

MICHELE CARDUCCI

Migranti e “comparazione umanitaria” dei giudici in Italia

Abstract: *The article discusses the specific problems of the rights of migrants in Europe and in Italy. In particular, it considers the specificity of European multiculturalism: multiculturalism “imported” by migration. Second, it emphasizes the contradictory nature of the qualification of migrants’ rights. Finally, it analyzes the Italian case law that recognizes the rights of migrants in accordance with international obligations for the protection of dignity of life of all people. This approach opens the door to an unprecedented “humanitarian” comparison about human rights.*

Keywords: Multiculturalism; Foreign Citizen; Migrants; “Humanitarian” Comparison.

1. Premessa: multiculturalismo “in entrata” e fragilità “multilivello”

Il tema dei migranti in Europa ha assunto ormai dimensioni epocali. Esso, infatti, apre inediti scenari nello spazio europeo, per almeno due ragioni. Da un lato, impone sfide enormi sul piano del riconoscimento dei diritti fondamentali delle persone migranti. Chi sono i migranti? Sono profughi, immigrati, rifugiati, non cittadini europei, stranieri, esclusi, poveri? Come riconoscerli nella effettività della loro condizione? Il tema dei diritti dei migranti, a causa della complessità di queste domande e della difficoltà di costruzione di risposte stabili e condivise, è ormai diventato lo specchio su cui si riflette il costituzionalismo contemporaneo europeo. La in-decisione sulle risposte, all’interno di un processo di integrazione europea, che immaginava di costruire una comunità di diritto fondata sulla multidimensionalità dei riconoscimenti dei diritti, dimostra quanto fragile sia una unione europea priva di una “politica dei diritti” e non solo di una “giurisprudenza (multilivello) dei diritti”: fragilità “multilivello”, che, a causa anche della diversa vocazione istituzionale della UE (integrazione funzionale al mercato) e della CEDU (integrazione compensatoria sulle tutele dei diritti), trasforma lo scarto tra cittadini e “stranieri” in una persistente contraddizione tra corte di giustizia della UE e corte CEDU. Infatti, i giudici di Lussemburgo, in nome della sovra-nazionalità sostitutiva dell’integrazione europea e dell’espansione della cittadinanza europea come libera circolazione, funzionalizzano la tutela dei migranti alle “esigenze” dello spazio

europeo,¹ mentre i giudici di Strasburgo, in nome della sovra-nazionalità compensatoria dei diritti individuali della persona, promuovono una lettura tendenzialmente universale dei diritti dei migranti, quanto meno sul fronte dello statuto giuridico dei singoli individui.²

Dall'altro lato, i flussi migratori verso l'Europa aprono inevitabili questioni di integrazione. Il "multi-interculturalismo" europeo è differente da qualsiasi altro contesto mondiale. Fuori dell'Europa, il "multi-interculturalismo" costituisce un dato (pre)-esistente ai processi di costituzionalizzazione moderna. In Europa, il fenomeno sopravviene a quei processi. Il primo campo giuridico definisce un "multiculturalismo esistente"; il secondo, il "multi-interculturalismo migrante".

Questa distinzione trapela in qualche modo dalla nota posizione di Samuel Huntington, lì dove riflette pregiudizi e timori delle società occidentali già "costituzionalizzate" al cospetto di migrazioni «provenienti da altre civiltà che rifiutano l'assimilazione e continuano a praticare e propagare valori, usanze e culture delle proprie società d'origine». Questa ipotesi si fonda sulla controversa distinzione tra "modernizzazione" e "occidentalizzazione" del mondo.³

Il "multi-interculturalismo" migrante è quello che, anche inconsapevolmente, assume, come premessa del discorso giuridico "inter-culturale", figurazioni e narrazioni della civiltà di accoglienza, in una prospettiva di omogeneizzazione *già* conseguita, all'interno di quella civiltà, come processo (di modernizzazione) e regole (moderne) di convivenza costituzionale. La posizione di Huntington si riferiva ovviamente sia agli USA che all'Europa (l'Occidente ormai "americanizzato") e tuttavia, proprio in questa omologazione geopolitica, essa dimostra tutti i suoi limiti di correttezza scientifica e metodologica, nella misura in cui occulta la cattiva coscienza di tutto l'Occidente,

¹ Cfr. L. MONTANARI, *Quali diritti per i cittadini europei: la complessa definizione dei contenuti della cittadinanza europea tra interventi della Corte di giustizia e ruolo dei giudici nazionali*, in www.diritticomparati.it, 7 giugno 2012.

² Cfr. A. LOLLO, *Il paradigma inclusivo della cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale*, in www.gruppodipisa.it. In generale, cfr. A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in www.giurcost.org, 1, 2015.

³ Cfr. S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996.

Migranti e “comparazione umanitaria” dei giudici in Italia

quando esso si è dimostrato schiavista e razzista *fuori* (e dentro) *dell’Europa* (e negli stessi Stati Uniti d’America celebrati da Huntington).⁴

In ogni caso, la tesi del politologo resta di per sé emblematica e contribuisce comunque a spiegare le diverse forme in cui, nelle democrazie costituzionali dell’Occidente, si mette in discussione la titolarità dei diritti dei migranti, nella loro “cultura” e persino nella loro materialità sociale e politica.

Pertanto, la distinzione tra “multi-interculturalismo migrante” e “multi-interculturalismo esistente” si rivela utile proprio per la conoscenza e comprensione dei processi di comparazione delle “culture” che si moltiplicano (dando luogo al multiculturalismo) e si interconnettono (evidenziando l’interculturalismo) nei vari campi giuridici.

2. I diritti dei migranti come “materia giurisprudenziale, politicamente e fattualmente condizionata”

In Europa non esiste una politica unitaria dei diritti. L’integrazione europea nasce senza questa finalità e il tema dei diritti è emerso progressivamente nel tempo, solo attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia. Analogamente, la convenzione europea dei diritti dell’uomo ha consentito l’attivazione di una corte europea dei diritti umani, con funzioni sussidiarie nella tutela dei diritti da parte dei singoli stati e comunque sempre attraverso esclusivamente l’intervento dei giudici.

Quindi, sul piano della giurisprudenza dei diritti, si è progressivamente affermata in Europa una tridimensionalità giudiziale rappresentata dai giudici nazionali, dalla Corte di giustizia della Unione europea, dalla Corte europea dei diritti umani.⁵ A questa tridimensionalità, tuttavia, non ha corrisposto un processo di effettiva integrazione politica interna all’Europa.

Non esiste un’Europa “politica”. Esiste un’Europa dei giudici (espressiva di quello che comunemente viene definito “*multilevel constitutionalism*”), che si occupa anche

⁴ Cfr. L. SEBASTIANI, *La colonialidad del poder y del saber en las políticas públicas de la Unión Europea*, in «Revista de antropología experimental», XV, 29, 2015, pp. 535-552.

⁵ Cfr. M. CARDUCCI - V. MAZZUOLI DE OLIVEIRA, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

di diritti, e un'Europa di strutture decisionali, che interagiscono fra loro attraverso processi di legittimazione differenti e non sempre convergenti in tema di diritti.

In questo quadro, sinteticamente richiamato, il tema dei migranti sfugge alla certezza delle competenze e delle responsabilità. I migranti non sono una “materia” di “competenza europea”. Tuttavia, i migranti arrivano in Europa entrando in quello spazio “multilivello”, che comunque riconosce, attraverso i giudici, una tutela multilivello delle persone. I migranti, quindi, non possono non avere diritti “giurisprudenzialmente” riconoscibili, anche se le legislazioni o le decisioni delle singole istituzioni dello spazio europeo divergono fra loro o non derivano da uniche fonti di legittimazione e normazione.

Rispetto allo statuto unitario della cosiddetta cittadinanza europea, identificato dalle fonti della Unione europea, la differenziazione tra straniero, immigrato, profugo, rifugiato, migrante, rimane ancorata alla legislazione e al quadro costituzionale degli stati membri.⁶ Ecco perché è stata la giurisprudenza, soprattutto costituzionale di ciascun paese, a elaborare proprie traiettorie di riconoscimento dei diritti di queste persone, a volte in sintonia con i giudici europei (Corte di giustizia e Corte europea dei diritti umani), a volte no. Questo ha prodotto più problemi che soluzioni, in quanto il riconoscimento dei diritti in capo ai migranti, mancando appunto una politica europea in materia, ha proceduto al seguito dei singoli casi e delle singole vicende, determinando un panorama di qualificazioni e definizioni di contenuti tutt'altro che omogeneo.

Infatti, quali sono i diritti dei migranti? Sono diritti fondamentali o diritti umani? Quanti sono? Qual è il loro contenuto? Quali i loro limiti? Emblematico, in merito a queste domande, è l'itinerario giurisprudenziale della corte costituzionale italiana. Essa, in estrema sintesi, ha inquadrato il migrante come “persona” titolare, in ragione della sua “dignità”, di “diritti inviolabili” – così definiti dall'art. 2 della Costituzione italiana – e quindi meritevole di trattamento uguale ai cittadini, in forza del principio di uguaglianza – sancito dall'art. 3 della Costituzione italiana. In apparenza, per la Corte costituzionale italiana, i diritti fondamentali coinciderebbero con i diritti umani

⁶ Cfr. S. GAMBINO - G. D'IGNAZIO, a cura di, *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, unione europea e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010.

“inviolabili” della “persona” e, come tali, riguarderebbero chiunque, compresi le “persone” migranti: stranieri, immigrati, profughi, rifugiati.⁷

Ciononostante, però, tale equivalenza onnicomprensiva non è stata consequenzialmente perseguita, non solo sul piano delle politiche del diritto dello stato italiano, ma persino dalla stessa Corte costituzionale, che ne è stata paladina. In una più recente decisione, infatti, il giudice costituzionale italiano ha voluto puntualizzare che il riconoscimento dei “diritti inviolabili” della “persona”, sempre in ragione del richiamo all’art. 2 della Costituzione italiana, comporta l’assolvimento di “doveri inderogabili”, senza i quali tali diritti non sarebbero meritevoli di tutela.⁸ In questo modo, pertanto, essa ha subordinato ai vincoli e agli obblighi, posti dalla legislazione nazionale, il godimento di diritti altrimenti considerati “inviolabili”. Poco dopo, lo stesso giudice ha però smentito nuovamente se stesso, affermando invece che «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana», prescindendo quindi dall’assolvimento dei doveri.⁹

Ma allora quali sarebbero effettivamente i diritti “inviolabili” che spetterebbero ai migranti in quanto “persona”? Se si prescinde dalla cittadinanza, potrebbero essere ricompresi addirittura anche i diritti politici?¹⁰ In realtà, le formule giurisprudenziali nascondono perifrasi che di fatto differenziano il regime di riconoscimento dei diritti in relazione allo “*status*” del soggetto, con buona pace dell’idea di “persona”. Il che significa che la sua tutela non discende dal fatto che un diritto, in quanto “inviolabile”, sia riconosciuto a “tutti”, bensì dallo *status* del soggetto all’interno del paese in cui si trova e secondo la legislazione di quello stato. In definitiva, i diritti fondamentali, ancorché giurisprudenzialmente riconosciuti, sarebbero dipendenti dallo spazio politico dello stato; sarebbero diritti “*politicamente condizionati*”: “universali” nella formulazione dei giudici che evocano la “persona” e poi lo “*status*”; “relativi” nella effettività “politica” del loro esercizio.

Non a caso, l’universalismo giurisprudenziale ha poi provveduto a definire una serie di differenziazioni in tema di diritti dei migranti, con sostanziale lesione del principio di

⁷ Cfr. Corte costituzionale italiana, Sent. n. 120 del 1967, e n. 104 del 1969.

⁸ Cfr. Corte costituzionale italiana, Sent. n. 172 del 1999.

⁹ Corte costituzionale italiana, Sent. n. 198 del 2000.

¹⁰ Cfr. Corte costituzionale italiana, Sentt. nn. 235 del 1988, 571 del 1989, 141 del 1996. Sul tema, cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, Jovene, 2006.

uguaglianza che, come si è visto, sembrava ispirare i ragionamenti giurisprudenziali in materia. Per esempio, si è distinto tra “titolarità” del diritto e suo “godimento”, connesso a “ragioni di fatto”, oltre che a “posizioni giuridiche”, al fine di assumere appunto le “situazioni di fatto” dei migranti come fonte interposta tra costituzione e uguaglianza dei diritti. Si è parlato anche di scissione tra “nucleo essenziale” di un diritto (come tale “inviolabile”) e “tutela” del medesimo in modalità e forme diverse tra cittadino, straniero, migrante, trasformando di fatto la “essenzialità” del diritto in livello minimo di tutela dello stesso per il non cittadino, in ragione della sua situazione di fatto.

Così ragionando, la “persona umana”, da soggetto pienamente “inviolabile”, è stato giurisprudenzialmente “frammentato” in funzione delle sue “situazioni di fatto” (per esempio, irregolare presenza sul territorio, minore età, condizione di donna gravida, lavoro clandestino ecc.), rispetto alle quali sarebbe da garantire solo un “livello minimo” di tutela dei diritti, rispetto ai cittadini e ad altri soggetti presenti sul territorio; “livello minimo”, cui aggiungere eventualmente elementi ulteriori, non perché “universalmente” riconosciuti”, bensì perché derivanti dalla specifica “situazione di fatto” presa in considerazione. Ecco allora che un minore sarebbe da tutelare non perché “persona”, ma perché “minore”. La “persona” maggiore di età, di conseguenza, non godrebbe di alcuna parificazione ammessa per il minore, ancorché “persona”. La logica della “rimozione” delle “situazioni di fatto” che producono disuguaglianza e discriminazione, pilastro dell’art. 3 della Costituzione italiana come rimedio alle ingiustizie, verrebbe disattesa e addirittura ribaltata, assumendo la “situazione di fatto” come legittimazione stessa della distinzione diseguale.

I diritti dei migranti, oltre che “*politicamente condizionati*”, diventerebbero pure “*fattualmente condizionati*”: con buona pace per il cosiddetto “universalismo” dei diritti umani.¹¹ Ma non è tutto. La condizione di tutela dei diritti (quali?) dei migranti sarebbe ulteriormente subordinata a una ulteriore variabile: l’ordine e la sicurezza come “interesse generale”, finalizzato a un “razionale ed efficiente controllo della immigrazione”. A essere “sicuri” non sarebbero prima di tutto i diritti (la “sicurezza dei diritti”), ma la razionalità e l’efficienza nel controllo della migrazione: una nuova

¹¹ Cfr. A. ALGOSTINO, *L’ambigua universalità dei diritti*, Napoli, Jovene, 2005.

“ragion di stato”, destinata a mantenere “incompiuti” i diritti dei migranti e a legittimare un “diritto alla sicurezza” come nuova forma di potere sulle libertà.¹²

3. *La sopravvivenza del “forestiero”*

La declinazione dei diritti dei migranti per interposizione giurisprudenziale delle condizioni di “fatto”, personali (“situazioni di fatto”) e statali (la “sicurezza”), è foriera di ulteriori contraddizioni. Infatti, le “situazioni di fatto” di una persona coinvolgono anche le condizioni esistenziali del vivere. Nel qualificare le “persone”, si può prescindere dalla “universalità” dei diritti, ma non si può certo negare l’umanità stessa come bisogno di esistenza e sopravvivenza.

Come qualificare la “situazione di fatto” dei bisogni “umani” del migrante (mangiare, bere, dormire, riscaldarsi dal freddo, ecc.)? Questa scissione della soggettività costituzionale tra “*status*” e “bisogno” ha una storia antica, che ha conosciuto la sua definitiva consacrazione nella parabola della Carta della “foresta” del 1217, rispetto alla risalente tradizione di diritto romano.

Originariamente, nel diritto romano, l’ambito territoriale della giurisdizione civile riguardava lo spazio urbano e le proprietà rurali dei patrizi, con esclusione dei luoghi esterni alle mura e alle proprietà, in quanto *locus neminis*, cioè “terra di nessuno”, tant’è che lo stesso termine latino *nemus*, con cui si indicava il bosco, deriva probabilmente da *nemo*, ovvero “nessuno”. Anche durante il Medioevo, la considerazione del bosco (la “foresta”) equivaleva al *locus neminis* romano. Rispetto alle istituzioni feudali e religiose, le “foreste” si collocavano *foris*, al di fuori; e coloro che vivevano *foris* non potevano che essere considerati “forestieri” oppure “nemici”, ossia “sconosciuti” proprio perché non rientranti nella legge e nella giurisdizione dei feudi e della chiesa. Non a caso, ai “forestieri” venivano equiparati banditi, eremiti, lebbrosi, fuggitivi.¹³

Questo contesto di esclusione non trova conferma nella Carta della “foresta” del 1217: la “foresta”, in quel documento originato dai postulati di libertà della *Magna Charta*, da *locus neminis* viene tradotto in *locus communis*: luogo di comune, libero accesso. Infatti, la carta poneva divieti, prima ancora che diritti, in nome appunto

¹² Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in M. PALMA - S. ANASTASIA, a cura di, *La bilancia e la misura*, Milano, FrancoAngeli, 2001, p. 21.

¹³ Cfr. P. CAMPORESI, *Le vie del latte. Dalla Padania alla steppa*, Milano, Garzanti, 1993.

dell'uso comune dei beni: divieti di occupazione, sfruttamento, recinzione esclusiva. Il *locus communis* doveva rimanere aperto e condiviso per i “bisogni” dell’“uomo comune”, ossia di qualsiasi persona al di là del suo “*status*”. Tuttavia, questa originaria matrice liberale sarà progressivamente ridimensionata da una serie di processi storici, particolarmente significativi per il costituzionalismo moderno.

Il primo si manifesta con le prassi delle *Enclosures* e con la progressiva disciplina repressiva dei “furti di legna”. Nel noto scritto giovanile di Karl Marx, intitolato *Dibattiti sulla legge contro i furti di legna* (1848), l'evento viene denunciato come dimostrazione della insensatezza e della profonda ingiustizia di qualsiasi limitazione di accesso alle “risorse naturali comuni”: «Quando una legge denomina furto un'azione che non è nemmeno raccolta abusiva di legna, la legge mentisce». La “menzogna”, nella spiegazione di Marx, non consiste nel riconoscimento della proprietà della legna, già prevista dal capitolo 31 della *Magna Charta*, bensì nella negazione del bisogno comune di usi comuni (l'uso della legna per riscaldarsi) e nella trasformazione di quel bisogno, per opera della legge, in reato. Da tale angolo di visuale, che era la visuale della carta della foresta, le *Enclosures*, ancorché legittimate dalle leggi e dal consenso parlamentare, si manifestavano come un “controsenso” rispetto ai bisogni elementari “comuni” tutelati dal documento del 1217.

4. Pushed e Pulled?

Che fare allora se il “migrante”/“forestiero” proviene da contesti dove i bisogni elementari “comuni” di sopravvivenza e di vita non consentono alcuna sopravvivenza effettiva? Si può continuare a pensare che l'accoglienza del “migrante”/“forestiero” permanga come un “privilegio” concesso dallo stato e non come un diritto ai “bisogni elementari” della “persona”?¹⁴ Questa domanda pone in rilievo il problema del “diritto ad avere diritti”, a partire dalla possibilità stessa di esistenza, dello *ius existentiae*.

Formalmente, il tema è stato oggetto di un'astrazione storicamente indeterminata che ammetteva la possibilità, appunto astratta, di distinguere il migrante “economico” – riducendo lo *ius existentiae* al dato presuntivamente oggettivo delle variabili

¹⁴ Sull'accoglienza come privilegio concesso dallo stato, e non come condizione inerente all'individuo, cfr. J.H. SIMPSON, *The Refugee Problem*, Oxford, Oxford University Press, 1939, p. 230.

economiche – e rifugiato. In particolare, gli studi di Egon Kunz fondavano una *Push and Pull Theory*,¹⁵ in grado di saper isolare, e quindi classificare, il “motivo” o la “causa” della migrazione: i *pushed* erano i soggetti destinati a diventare “rifugiati” perché spinti da situazioni di conflitto o di instabilità politica; i *pulled* erano coloro che si spostavano alla ricerca di migliori prospettive economiche come “lavoratori”; i primi “fuggitivi”; i secondi presunti liberi viaggiatori alla ricerca di miglior fortuna. Questo individualismo metodologico non ha mai avuto un riconoscimento giuridico formale, ma è comunque servito a “isolare” il tema dei diritti dei migranti nella sola prospettiva di far loro recuperare, nell’accoglienza del paese di arrivo, lo “statuto” formale minacciato nel paese di origine (statuto connesso evidentemente a violazioni di diritti civili e politici), derubricando lo *ius existantiae* alla dimensione del “cercare lavoro”.

La disciplina legislativa italiana, ma in genere europea, sul migrante in quanto “rifugiato”, riflette questa scissione. In base al decreto legislativo italiano n. 251/2007, i presupposti di riconoscimento della condizione di rifugiato sono tre. Gli articoli 7 e 8 definiscono lo “status” di “rifugiato” in ragione dell’esistenza, comprovabile in via di fatto, di atti di persecuzione personali e diretti subiti dal cittadino straniero nel proprio paese, costretto pertanto a migrare per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinione politica. Solo in assenza di tale comprovata situazione di fatto, la legge ammette la cosiddetta “protezione sussidiaria”, individuata dall’articolo 2 lettera g) sempre del decreto legislativo n. 251/2007, di attuazione della direttiva europea 2004/83/CE del consiglio del 29 aprile 2004. Lo “status” di protezione sussidiaria è concesso al cittadino straniero che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come “rifugiato”, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, ove ritornasse nel paese di origine, egli correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno, in termini di condanna a morte o esecuzione della pena di morte, tortura o altra forma di pena o trattamento inumano e degradante connessa a situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

È interessante osservare che l’accertamento delle situazioni di fatto relative al riconoscimento della situazione di “persecuzione” o “danno grave” del migrante non

¹⁵ Cfr. E.F. KUNZ, *The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in «International Migration Review», VII, 2, 1973, pp. 124-146.

deriverebbe dalle prove fornite dal migrante stesso, ma dalle ricognizioni effettuate dal giudice alla luce di una serie di riscontri comparativi sulla situazione politica e costituzionale del paese di provenienza. Per esempio, la corte di giustizia della Unione europea, seguita conformemente dai giudici italiani, ha sancito che, in tema di protezione, «il requisito della individualità della minaccia grave alla vita o alla persona [...] può desumersi anche dal grado di violenza indiscriminata che caratterizza il contesto di provenienza, da cui dedurre che il rientro nel paese d'origine determinerebbe un rischio concreto per la vita del richiedente». ¹⁶ È per questo, per esempio, che i giudici di merito italiani utilizzano fonti di documentazione internazionale, come i “*situation specific papers*” dell’agenzia UNHCR e i rapporti internazionali sui conflitti UCDP (Conflict Encyclopedia <http://www.ucdp.uu.se/gpdatabase>), di Amnesty International (<https://www.amnesty.org/en/countries>), del dipartimento di stato degli Stati Uniti d’America (<http://www.state.gov/r/pa/ei>), dell’UK Foreign Office (<https://www.gov.uk/foreign-travel-advice>), per poi compararli con gli indicatori, e gli indici conseguenti, di tutela o violazione di specifici diritti umani, come il *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, UN Human Rights Council* (<http://ap.ohchr.org/documents>), Human Rights Watch (<http://www.refworld.org/country,,,GMB,,55fab8164,0.html>); Freedom House: (<http://www.refworld.org/country.html/>). Tuttavia, questo approccio “comparativo” sulle condizioni interne del paese di provenienza del migrante e sulla effettività di tutela di alcuni diritti “umani” della persona ha progressivamente allargato la sfera di argomentazione dei contenuti dei diritti del migrante, inserendoli in un quadro non tanto di “condizionalità” politica e fattuale, quanto di “umanità” della vita del soggetto. Per esempio, la Corte di cassazione italiana, con la decisione n. 22111 del 2014, ha ricondotto il permesso di soggiorno del migrante per “motivi umanitari” come “parte integrante del diritto d’asilo” della “persona umana”, riconosciuto dall’art. 10 della costituzione italiana, declinando così le ragioni di “umanità” al di là di qualsiasi specifico fattore politico o costituzionale del paese di provenienza.

¹⁶ Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA UE, Sentenze *Elgafaji v. Staatsecretaris van Justitie* del 17 febbraio 2009 e *Diakité* del 30 gennaio 2014; Corte di cassazione civile italiana, ordinanza n. 16202/15. La sottolineatura è nostra.

In questo modo, la cosiddetta “protezione umanitaria”, quale terza possibilità di tutela ammessa dal citato decreto legislativo del 2007, si è aperta a qualsiasi “comparazione” volta a definire la condizione di “umanità” del migrante. Infatti, secondo un consolidato orientamento della corte di cassazione italiana,¹⁷ la protezione umanitaria è una misura residuale che presenta caratteristiche necessariamente non coincidenti con quelle riguardanti la “persecuzione” e il “danno grave”. Ma tale non coincidenza non ha valenza riduttiva. Significa piuttosto che la “situazione di vulnerabilità” del migrante nella sua “umanità” deve essere valutata «alla luce degli obblighi costituzionali e internazionali gravanti sullo stato italiano».¹⁸

Così facendo, si può allora arrivare a sostenere che il migrante meriti tutela come “essere umano”, anche se i diritti del migrante non sono pienamente riconosciuti dall’Italia perché “politicamente e fattualmente condizionati”, in quanto l’Italia è comunque tenuta ad adempiere ad obblighi internazionali e internazionali gravanti sullo stato. Sembra un paralogismo: i diritti del migrante sono condizionati anche se la costituzione, prima ancora che i documenti internazionali, ne proclamino la “inviolabilità” in quanto “persona”; in quanto “persona”, però, il migrante è un “essere umano” nei cui confronti lo stato deve adempiere a tutti gli obblighi internazionali e costituzionali, che lo riguardano. Evidentemente, questa contraddizione dimostra la fallacia della distinzione tra *pushed* e *pulled*.

Che cosa succede, infatti, se i vincoli internazionali dello stato italiano riguardano anche diritti più direttamente connessi alla sfera personale e umana del migrante, minacciati o compromessi nel paese di provenienza, ma non direttamente tutelati come protezione internazionale nelle forme dello “status” di “rifugiato” e di protezione sussidiaria? Si pensi ai diritti sociali come elementi costitutivi dello *ius existentiae*: non semplicemente le condizioni economiche (come il lavoro), ma la stessa salute, l’alimentazione, i beni vitali che nel Medioevo definivano l’uomo “comune” della “foresta”.

Questi elementi sono oggetto di specifici impegni internazionali dello stato: sono i vincoli internazionali a tutela dei diritti economici, sociali e culturali della persona

¹⁷ Cfr. Decisioni nn. 4139, 6879, e 24544 del 2011.

¹⁸ Cfr. Sentenza Corte di cassazione civile italiana, n. 22111/2014.

umana. Per esempio, l'art. 2.1 del *Patto internazionale per i diritti economici, sociali e culturali* dichiara che ciascuno degli stati parte si impegna a operare, «sia individualmente sia attraverso l'assistenza e la cooperazione internazionale, specialmente nel campo economico e tecnico, con il massimo delle risorse di cui dispone al fine di assicurare progressivamente con tutti i mezzi appropriati, compresa in particolare l'adozione di misure legislative, la piena attuazione dei diritti riconosciuti nel presente patto (corsi nostri)». Un obbligo del genere non solo entrerebbe nell'ordinamento degli stati, con pari dignità degli altri obblighi internazionali ed europei.

Gli importanti “*Principi di Limburg*” del 1987,¹⁹ ribaditi recentemente dai cosiddetti “*Principi di Maastricht*” del 2011,²⁰ miravano ad assumere il principio internazionale di “buona fede”, codificato dalla convenzione di Vienna del 1969 sulla interpretazione dei trattati, come meta-criterio interpretativo dei diritti sociali nel quadro della promozione e tutela nazionale, sovranazionale e internazionale dei diritti fondamentali. E quei “*Principi*” sostanzialmente stabiliscono a considerazione dei diritti sociali sia nella loro “integralità” sia nella loro interdipendenza e indivisibilità, ma soprattutto nella loro “implementazione” e “non regressione”; ovvero nella proibizione della “condizionalità”. Se allora la tutela dello *ius existentiae* del migrante si allarga anche a questo, quali saranno i suoi diritti fondamentali/umani?

5. La giurisprudenza di “comparazione umanitaria”

L'interrogativo ha coinvolto due recenti ordinanze della prima sezione civile del tribunale di Milano: l'una, in cui si afferma che le «oggettive difficoltà economiche, di diffusa povertà e di limitato accesso per la maggior parte della popolazione ai più elementari diritti inviolabili della persona, tra cui il diritto alla salute e alla alimentazione», accertate comparativamente dal giudice, legittimano l'accoglienza del migrante per “motivi umanitari”; l'altra, in cui si puntualizza che la condizione di povertà di origine del migrante come lesione del suo *ius existentiae* non opera nei casi

¹⁹ Cfr. UN Document E/CN.4/1987/17.

²⁰ Cfr. A. VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: i Principi di Maastricht del 2011*, in «Diritti umani e diritto internazionale», VI, 1, 2012, pp. 1-7.

di relazioni esclusivamente private di impoverimento. I due provvedimenti giurisdizionali, in definitiva, chiariscono che i motivi economici del migrante *pulled* non sono esclusivamente privati. Possono rintracciare cause sistemiche del paese di origine, da assumere come ragione di danno grave del migrante e causa efficiente della sua scelta di allontanamento. Di conseguenza, negare questa evidenza, comprovata dalle “comparazioni umanitarie” del giudice, abilitate, come accennato, dalla stessa giurisprudenza europea e domestica, provocherebbe la violazione diretta di obblighi internazionali sottoscritti dallo stato italiano, «ponendo il ricorrente in una situazione di estrema difficoltà economica e sociale e sostanzialmente imponendogli condizioni di vita del tutto inadeguate, in spregio agli obblighi di solidarietà di fonte nazionale e internazionale», che costituzioni e atti internazionali proclamano.

Al contrario, situazioni di precarietà e vulnerabilità prodotte esclusivamente da rapporti “orizzontali” tra privati, ancorché espressive di condizioni di precarietà e povertà del migrante, non potrebbero impegnare direttamente uno stato straniero, dato che i vincoli internazionali sono assunti dagli stati e impegnano gli stati nei rapporti reciproci e in quelli con i loro rispettivi cittadini, non nelle relazioni interne alle scelte individuali di ciascun individuo.

Ma quali sono gli obblighi costituzionali e internazionali che gravano sullo stato italiano a conferma di questa apertura e di questa distinzione? Anche in questo caso, è la “comparazione umanitaria” del giudice a tracciare i parametri di riferimento per il fondamento delle decisioni di riconoscimento: dall’art. 32 della costituzione («La repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo», dove per “salute” si intende internazionalmente «uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non soltanto assenza di malattie o infermità»);²¹ alla *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* dell’ONU, del 10 dicembre 1948, il cui art. 25 stabilisce che «ogni individuo ha il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all’alimentazione, al vestiario, all’abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, e ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in ogni

²¹ Costituzione della Organizzazione mondiale della sanità, OMS, di cui l’Italia è membro dall’11 aprile 1947, con ratifica approvata con decreto legislativo del capo provvisorio dello stato del 4 marzo 1947, n. 1068

altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà»; al già citato *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali* e al *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, sempre dell'ONU, ratificati in Italia con legge n. 881/1977, dove si incontra l'art. 11, secondo cui «1. Gli stati parti del presente patto riconoscono il diritto di ogni individuo a un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, che includa un'alimentazione, un vestiario, e un alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita. Gli stati parti prenderanno misure idonee ad assicurare l'attuazione di questo diritto, e riconoscono a tal fine l'importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso. 2. Gli stati parti del presente patto, riconoscendo il diritto fondamentale di ogni individuo alla libertà dalla fame, adotteranno, individualmente e attraverso la cooperazione internazionale, tutte le misure [...]».

Nel momento in cui la “comparazione umanitaria” consente di dimostrare che il paese di provenienza del “migrante” è estremamente povero rispetto al contesto italiano, per esempio attraverso il confronto dei dati del Fondo monetario internazionale sul prodotto interno lordo (PIL) *pro capite* dei vari paesi,²² oppure in base ai dati sulla produzione dell'agricoltura di sussistenza delle popolazioni locali,²³ la presenza del “migrante” nel territorio italiano determinerebbe di per sé il pieno diritto ad accedere alla protezione umanitaria, sotto forma di garanzia di un livello di vita adeguato per sé e per la propria famiglia, come adempimento degli obblighi costituzionali e internazionali richiamati.

Anche perché il preambolo dei patti internazionali di New York del 1966, ratificati in Italia con legge n. 881/1977, chiariscono non solo che «in conformità alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, l'ideale dell'essere umano libero, che goda della libertà dal timore e dalla miseria, può essere conseguito soltanto se vengono create condizioni le quali permettano a ognuno di godere dei propri diritti economici, sociali e culturali [...]», ma anche che «lo statuto delle Nazioni Unite impone agli stati

²² Cfr. <http://www.imf.org/external/index.htm>.

²³ Cfr. <http://www.ruralpovertyportal.org/fr/country/home/> e <https://www.ifad.org/home>, sito del Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo – IFAD, International Fund for Agricultural Development)

l’obbligo di promuovere il rispetto e l’osservanza universale dei diritti e delle libertà dell’uomo [...]».²⁴

Questo apparato argomentativo non è certo sufficiente a risolvere il problema del catalogo dei diritti fondamentali/umani del migrante. La “comparazione umanitaria”, tuttavia, segna una tendenza importante in Europa per la considerazione effettiva della “condizione di fatto” del migrante. Infatti, tale “condizione”, proprio perché “di fatto”, non può e non deve essere analizzata e valutata alla luce di parametri formali esclusivamente interni allo stato ospitante. Come la stessa giurisprudenza ha chiarito, il procedimento giudiziale nei confronti di un migrante non è un giudizio sul soggetto e sulla sua condotta in base alle norme italiane. Né consiste in un “controesame” sui comportamenti del migrante nella sua terra di origine, dove il giudice italiano non ha alcuna possibilità di acquisizione di evidenze minimamente oggettive. Neppure si può ridurre a una formale ricognizione delle fonti giuridiche del paese di origine del migrante, come “prova” della sua “situazione di fatto”.²⁵

La “situazione di fatto” appartiene al migrante in quanto “persona umana”, espressiva di bisogni umani comuni alle persone italiane come agli “stranieri” e, proprio per questo, assumibile a “*tertium comparationis*”, sulla base di indicatori utilizzati a livello internazionale, del minimo accettabile di *ius existantiae* di qualsiasi essere umano.

²⁴ Tribunale ordinario di Milano, prima sezione civile – protezione internazionale, ordinanza n. 64207/2015 del 31 marzo 2016.

²⁵ Cfr. sentenza Corte di appello di Bari, n. 1173 del 17 luglio 2015.

