



Anno VI, n. 1, 2016

Data di pubblicazione: 25 aprile 2016



Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review

Direzione e redazione: c/o Laboratorio
Multimediale e di Comparazione Giuridica
Università degli Studi "Roma Tre"
via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma



www.democraziaesicurezza.it - <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/DemSic>
redazione@democraziaesicurezza.it

Direttore responsabile: Salvatore Bonfiglio

Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011. ISSN 2239-804X

Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a procedura di revisione anonima.

Comitato direttivo

Salvatore Bonfiglio (Università degli Studi "Roma Tre" - Direttore scientifico)

Artemi Rallo Lombarte (Universitat Jaume I – Castellón - Condirettore)

Consiglio scientifico

Domenico Amirante, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, Lina Panella, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman.

Redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri.

Osservatorio sulla normativa: Valentina Fiorillo e, Massimo Rubechi.

Osservatorio sulla giurisprudenza: Giulia Aravantinou Leonidi, Caterina Bova, Pamela Martino.

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Cristina Pauner Chulvi, Cristina Gazzetta.

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli, Pina Sodano, Valeria Rosato.

Recensioni: Beatrice Catallo.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Indice

Editoriale

- Immigrati e altre persone vulnerabili: crisi umanitaria e necessaria ottimizzazione degli strumenti che garantiscono i diritti sociali*
di Luis Jimena Quesada 3

Saggi

- Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués*
di Mariana Canotilho 31
- Legal Treatment of Unaccompanied Immigrant Children against Spanish and International Legal and Political Parameters*
di Gabriele Vestri 73
- Sicurezza e insicurezza. Crimine, terrorismo e panico morale in una prospettiva sociologica*
di Fabrizio Battistelli 107

Osservatori

- La Corte suprema del Regno Unito su revoca della cittadinanza e sicurezza nazionale: il caso Pham*
di Pamela Martino 133
- Indagine sul contrasto allo sfruttamento lavorativo e di manodopera immigrata in Italia: dalla direttiva europea Sanzioni alla legge Rosarno*
di Marco Omizzolo e Pina Sodano 193

Recensioni

- Gli Intelligence Studies in Italia. A proposito del volume Intelligence e scienze umane. Una disciplina accademica per il XXI secolo* (a cura di Mario Caligiuri, Rub-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Indice

bettino, Soveria Mannelli, 2016, pp. 164) di Maria Luisa Maniscalco	233
<i>Riscoprire il sociale: nota critica su Immigrazione, società e crimine</i> di Luigi Maria Solivetti di Francesco Antonelli	243
R. E. Kistoris e F. Viganò (cur.), <i>Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo</i> , Giappichelli, Torino, 2015, pp. XVIII-158 di Mara Costantino	269





anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

Immigrati e altre persone vulnerabili: crisi umanitaria e necessaria ottimizzazione degli strumenti che garantiscono i diritti sociali

di Luis Jimena Quesada *

1. Premessa: la tutela delle persone vulnerabili come una delle sfide giuridiche più “s sofisticate”

Dato che nel panorama di crisi economica e finanziaria siamo abituati ad attribuire un'importanza esagerata e senza misura all'analisi economica del diritto, vorrei cominciare con la citazione di un economista illustre: Galbraith disse che l'arte di ignorare i poveri è, prima di tutto, una testimonianza di ignoranza. Questo parere diventa ancora più accentua-

* Ordinario di Diritto costituzionale (Università di Valencia, Spagna); già Presidente del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (Consiglio d'Europa). Le principali riflessioni introdotte in questo editoriale sono state inizialmente discusse dall'autore nel Convegno internazionale *Italia Romani. L'inclusione dei rom e sinti in Italia. Quale Strategia?*, organizzato dall'Associazione 21 Luglio e svoltosi a Roma, Università degli Studi "Roma Tre", nei giorni 3-5 aprile 2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

to nel contesto attuale di crisi umanitaria (“crisi dei rifugiati”) in cui si profila un circolo vizioso *immigrati-rifugiati-terrorismo*. Un tale circolo produce una tensione tra *Democrazia e Sicurezza*, in cui il primo termine subisce una chiara debolezza, rendendo più difficoltosa e complessa la realizzazione dei *valori comuni nell’Unione europea* nonché dei tre *pillastri del Consiglio d’Europa* (*Democrazia, stato di diritto e diritti umani*, anche nella loro dimensione di *Democrazia sociale, stato sociale e diritti sociali*).

Da questa prospettiva, per trattare della protezione delle persone vulnerabili, credo sia indispensabile sostenere che non esiste compito giuridico più nobile e “s sofisticato” nell’ambito dei diritti umani (in termini di democrazia e tutela delle persone vulnerabili nel contesto della crisi umanitaria attuale) che affrontare il tema della difesa della dignità umana attraverso il diritto alla protezione contro la povertà e l’esclusione sociale: ciò trova un riconoscimento giuridico esplicito nell’articolo 30 della Carta sociale europea riveduta nel 1996 (CSE), complemento naturale della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU). Dopo introdurrò alcuni esempi della sua efficacia nella prassi.

Ho l’impressione che, accanto ad altre considerazioni che secondo la mia opinione mantengono una connessione con approcci accademici-universitari erronei e compiacenti (ai quali farò allusione in seguito), la protezione delle persone vulnerabili è passata da una classificazione classica come azione di carità, a una etichetta più moderna di azione “indignata” di indole “ONG”, finendo per essere disprezzata dalla “scienza giuridica” più illustre.

Al contrario, coloro che hanno preteso di affrontare con un approccio giuridico di diritti umani la difesa delle persone che si trovano in una situazione precaria dovrebbero superare un certo sentimento di inferiori-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

tà, per evitare che l'idea di "diritti dei poveri, poveri diritti" trovi davvero appoggio parallelamente all'idea di "diritti dei poveri, poveri giuristi". A dire il vero, sono coloro che rifiutano o disprezzano questo approccio giuridico di diritti umani quelli che devono provare questo complesso di inferiorità nel vantarsi di una cieca sofisticazione accompagnata dalla *miserabilità* del loro discorso giuridico.

Con queste premesse, desidero proporre due approcci, in mia opinione sbagliati e tendenziosi, che nonostante ciò sono stati e sono tuttora radicati nei contributi scientifici universitari che hanno trattato delle persone vulnerabili e degli strumenti giuridici che garantiscono i diritti sociali. Questi sono: da un lato, la teoria del costo maggiore ed esclusivo dei diritti sociali; e, dall'altro, la presupposta allergia dei diritti sociali alla loro immediata giustiziabilità e articolazione giuridica.

Entrambi gli approcci sono autentiche falsità, rese evidenti in maniera ancora più ostentata dalla crisi economica e finanziaria, dato che:

– da una parte, non ha forse nessun costo economico l'esercizio del diritto a manifestare, la soddisfazione del diritto a un processo giusto o il finanziamento di una campagna elettorale per la messa in atto del diritto al suffragio? Non è forse necessario realizzare un'informativa sulla "fattibilità" (*ex ante* e *ex post facto*) per l'applicabilità di qualsiasi norma giuridica, che riguardi i diritti civili-politici oppure i diritti socio-economici?

– dall'altra parte, il problema della giustiziabilità immediata non riguarda solo i diritti sociali, ma anche i diritti civili: basti pensare alle "sentenze-pilota" della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) sul diritto a un processo equo e i prolungati tempi di decisione (per esempio, contro la Polonia e contro l'Italia), sentenze che non possono essere implementate immediatamente, visto che nascono in risposta alle man-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

canze materiali e strutturali del sistema giuridico che necessitano di una riorganizzazione intensa e di un considerevole afflusso di risorse.

Su queste linee, i rapporti annuali del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (istituzione incaricata di vigilare sulla esecuzione sia delle sentenze della Corte EDU che sulle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali – CEDS) sulla supervisione delle sentenze della Corte di Strasburgo illustrano perfettamente le due critiche fatte.

– La prima, circa la quantificazione in milioni di euro dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU (sui diritti civili e politici), per la quale esiste addirittura un Fondo fiduciario nel Consiglio d'Europa destinato ad aiutare i paesi condannati che abbiano difficoltà nel far fronte a questa esecuzione.

– La seconda, sulla non tanto immediata giustiziabilità se si presta attenzione alle numerose sentenze pendenti di esecuzione, un'esecuzione che al peggio tarderà molti anni o non avverrà mai. Per questi motivi, credo sia preferibile parlare di "efficacia" dei diritti (siano essi civili-politici, siano "socio-economici") invece di "giustiziabilità". E, a tal proposito, sarebbe molto più semplice trovare esempi di sentenze della Corte EDU che hanno dovuto far fronte a veri problemi di esecuzione, fino a tardare più di un decennio¹, contrariamente alle decisioni del CEDS che

¹ Per esempio, si veda la Sentenza della Corte EDU del 13 giugno 1979, caso *Marckx contro Belgio*: il Governo belga ha tardato undici anni nel modificare la legislazione civile che discriminava i figli nati fuori dal matrimonio nell'accesso ai diritti di successione (si veda a tal proposito la sentenza della Corte di Strasburgo emessa il 29 novembre 1991 nel caso *Vermeire contro Belgio*).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

hanno avuto esecuzione in pochi mesi o sono state addirittura implementate dallo Stato denunciato durante l'analisi sostanziale del caso².

In queste condizioni, la pretesa sofisticazione giuridica basata su questi approcci, sbagliati e tendenziosi, che ho finito ora di criticare, si trasforma o si converte in una testimonianza vulnerabile di ignoranza, visto che non riconosce come potenziale protezione gli strumenti giuridici di garanzia dei diritti sociali e, facendo ciò, infligge vulnerabilità a tali strumenti.

2. L'indivisibilità dei diritti e l'indivisibilità delle garanzie: un'attenzione particolare alla Carta sociale europea come Patto europeo per la democrazia sociale

Una delle cause di questi approcci erronei che hanno compromesso la protezione delle persone vulnerabili e dei diritti sociali forse si radica nell'aver postulato in maniera ipocrita il discorso relativo alla indivisibilità di tutti i diritti umani. Io credo non sia necessario continuare a cercare conforto ricordando alcune pronunce come la sentenza *Airey c. Irlanda* del 1979 della Corte EDU per constatare un'evidenza: ossia, non è possibile stabilire divisioni categoriche o compartimenti stagni tra diritti civili

² Durante l'analisi sostanziale dei reclami n. 33/2006 (*Movimento Internazionale ATD-Quarto Mondo c. Francia*) e 39/2006 (*FEANTSA c. Francia*), proprio il CEDS prese nota, nelle decisioni sul merito del 5 dicembre 2007 (§54 e §53, rispettivamente), della nuova Legge francese n. 2007-290 del 5 marzo 2007 sul diritto all'alloggio (*Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement*).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

li-politici e diritti socio-economici: il divieto del lavoro forzato, il diritto alla libertà sindacale o il diritto all'istruzione offrono a tal proposito chiari esempi di diritti riconosciuti allo stesso tempo sia nella CEDU che nella CSE.

Ad ogni modo, se si comparano i testi di entrambe le convenzioni, i due trattati più emblematici del Consiglio d'Europa, si avrà la conferma che esistono inammissibili asimmetrie incompatibili con il principio di indivisibilità, sia sul piano del riconoscimento dei diritti che nell'ambito delle rispettive garanzie: in particolare, si fa riferimento all'accettazione dell'insieme delle disposizioni contenute nella CEDU *versus* il sistema di accettazione "alla carta" contenuto nella CSE e la convivenza della CSE del 1961 (con il Protocollo del 1988) insieme alla CSE rivista del 1996; infine all'accettazione obbligatoria del diritto al ricorso individuale davanti alla Corte EDU *versus* l'accettazione facoltativa del ricorso ai reclami collettivi davanti al CEDS³.

Detto ciò, sul piano dell'elenco dei diritti, la giurisprudenza del CEDS ha messo in evidenza come la CSE costituisca un sistema nel quale le parti sono collegate e, in questo senso, ha sottolineato le connessioni tra i diritti e l'inconsistenza sia del sistema dell'accettazione "alla carta" come

³ Dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, 43 sono parte della Carta sociale europea: 34 della Carta riveduta del 1996 (gli ultimi paesi che hanno ratificato la Carta riveduta, fino ad arrivare a 34, sono Ungheria, Russia, Serbia e Slovacchia nel 2009; Montenegro nel 2010, Austria nel 2011, l'ex Repubblica Jugoslava di Macedonia nel gennaio 2012, Lettonia nel febbraio 2013 e Grecia nel gennaio 2016) e solamente 9 hanno ratificato la Carta originale del 1961. Infine 15 Stati hanno accettato la procedura dei reclami collettivi (la Repubblica Ceca è stata il quindicesimo paese ad accettare la procedura dei reclami collettivi, nel marzo 2012).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

del carattere irragionevole delle “due velocità” (CSE del 1961 e CSE rivista del 1996). Del primo costituisce un buon esempio la decisione sul merito del 5 giugno 2008 sul reclamo n. 41/2007 (*Centro di difesa dei diritti delle persone con disabilità mentale c. Bulgaria*), con la condanna basata sull’articolo 17 della CSE (protezione generale dell’infanzia e della giovinezza), non avendo accettato lo Stato denunciato l’articolo 15 della CSE (specifico sulle persone con disabilità); del secondo, la decisione sul merito del 22 giugno 2010 sul reclamo n. 52/2008 (*COHRE c. Croazia*), con la condanna basata sull’articolo 16 (protezione generale della famiglia incluso il focolare domestico), non avendo accettato lo Stato denunciato la CSE rivista del 1996 (con l’articolo 31 specifico sul diritto a un alloggio).

Per ciò che riguarda le garanzie, se i diritti hanno lo stesso valore delle garanzie, non ha senso che il meccanismo di difesa che dona maggiore visibilità ed efficacia alla CSE, il procedimento giudiziario di reclami collettivi, sia opzionale.

Certamente, questa natura facoltativa non si adegua all’idea di indivisibilità delle garanzie (anche il ricorso individuale alla Corte EDU era facoltativo per gli Stati Parte della CEDU fino al 1981), ancora di più visto che la giurisprudenza del CEDS elaborata nell’ambito dei reclami collettivi si applica “orizzontalmente” al procedimento dei rapporti (sistema originario e obbligatorio per tutti gli Stati Parte della CSE) e verticalmente nell’ambito interno (le autorità pubbliche nazionali devono essere coerenti con la suddetta giurisprudenza nei casi analoghi conosciuti).

Questa è stata, per lo più, l’evoluzione naturale nelle Nazioni Unite, dove il meccanismo di richieste individuali, inizialmente esclusivo del Patto sui Diritti civili e politici, è stato esteso al Patto sui Diritti economi-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

ci, sociali e culturali dopo l'entrata in vigore nel maggio 2013 del Protocollo addizionale adottato nel 2008⁴.

Infatti, farò ora riferimento ad alcuni esempi pratici dell'efficacia della CSE come strumento giuridico europeo per eccellenza per la difesa delle persone vulnerabili e dei diritti sociali. A questo scopo, per ragioni di spazio, mi limiterò a rinviare, quanto al meccanismo dei rapporti⁵, ai progressi fatti da ciascuna Parte Contraente nell'ambito della CSE (legislazione, giurisprudenza, pratiche nazionali) che sono raccolti nelle

⁴ La Spagna fortunatamente fu il terzo paese (e il primo europeo) a ratificare questo protocollo (prima di lei Ecuador e Mongolia), che entrò in vigore il 5 maggio 2013 dopo aver ottenuto la decima ratifica richiesta (quella dell'Uruguay il 3 febbraio 2013).

⁵ Ogni Stato Parte della Carta ha l'obbligo di sottoporre ogni anno (entro il 31 ottobre) un rapporto su un gruppo tematico. A tale fine, sono stati stabiliti quattro gruppi tematici: gruppo I su "Lavoro, formazione e pari opportunità" (articoli 1,9, 10, 15, 18, 20, 24 e 25); gruppo II su "Salute, sicurezza sociale e protezione sociale" (articoli 3, 11, 12, 13, 14, 23 e 30); gruppo III su "Diritti relativi al lavoro" (articoli 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 e 29), e gruppo IV su "Bambini, famiglie, migranti" (articoli 7, 8, 16, 17, 19, 27 e 31). In pratica, pertanto, ogni gruppo tematico è oggetto di presentazione di un rapporto ogni quattro anni. I rapporti nazionali sono trasmessi alle organizzazioni sindacali e manageriali più rappresentative di ogni paese affinché possano sottoporre le loro osservazioni; rapporti che vengono valutati dal CEDS (nell'anno seguente – conosciuto come "ciclo di controllo") e che portano questo ad adottare "conclusioni" di conformità o non conformità con la Carta, le quali impongono agli Stati Parte l'adozione di misure di miglioramento nella pratica o nella normativa. Nel "ciclo di controllo" 2015 è entrata in vigore la modifica adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa rendendo più "proattivo" il meccanismo dei rapporti (anche più flessibile nei confronti degli Stati aderenti alla procedura dei reclami collettivi): *European Social Charter – Governmental Committee of the European Social Charter and the European Code of Social Security – Ways of streamlining and improving the reporting and monitoring system of the European Social Charter*, 1196th meeting – 2-3 April 2014 ([CM\(2014\)26](#)).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

schede informative di ciascun paese (*country facsheets*) sul sito del Consiglio d'Europa (www.coe.int/socialcharter).

A questo proposito, incentrerò il mio discorso sul procedimento dei reclami collettivi⁶, facendo riferimento a differenti situazioni di vulnerabilità (immigrazione, orientamento sessuale e disoccupazione) e sulla efficacia delle decisioni del CEDS promosse dai distinti livelli del potere pubblico (giudiziario, esecutivo e legislativo):

– Un esempio di come è possibile che un'esecuzione per via giudiziaria anticipi una modifica normativa, attraverso l'esercizio del controllo della convenzionalità delle giurisdizioni interne, è riscontrabile nel Reclamo n. 14/2003 (caso *Federazione internazionale delle leghe dei diritti umani contro la Francia*, decisione sul merito del 7 settembre 2004), che non solo fu eseguita dalle autorità francesi, ma anche messa in pratica dal massimo grado della giurisdizione amministrativa francese (il Consiglio di Stato, attraverso la Decisione del 7 giugno 2006, *Associazione Aides e altri*)

⁶ Si tratta di un procedimento giudiziario la cui legittimazione attiva è riconosciuta in capo ai sindacati (nazionali e internazionali), da organizzazioni di datori di lavoro (nazionali e internazionali) e alle organizzazioni internazionali non governative con statuto partecipativo nel Consiglio d'Europa (anche le ONG nazionali se lo Stato Parte dà la sua approvazione). Il procedimento (principio del contraddittorio, diritto di difesa) è abbastanza immediato, sia per ciò che riguarda la durata del periodo di risoluzione (una media di quattro mesi per la "decisione di ammissibilità" e un'altra media tra i otto e gli undici mesi per la "decisione sul merito" del CEDS -la decisione sul merito del CEDS ha la medesima forma di una sentenza della Corte EDU) sia perché non è necessario l'esaurimento delle vie di ricorso interne in ambito nazionale (a differenza della Corte EDU); inoltre è essenzialmente scritto, ma è possibile l'organizzazione di udienze pubbliche (che di solito si tengono nella sede della Corte EDU).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

nel rigettare l'applicazione della legislazione francese controversa, accettando invece la soluzione proposta nel Reclamo n. 14/2003⁷.

– Una modalità di esecuzione per via esecutiva la offre il ritiro dei libri di testo dal sistema educativo che includevano manifestazioni omofobe contrarie all'educazione sessuale e riproduttiva non discriminatoria imposta dall'articolo 11 della Carta: Reclamo n. 45/2007 (*Interights contro Croazia*, decisione sul merito del 30 marzo 2009)⁸.

– Un esempio sull'esecuzione per via legislativa, e in un periodo ragionevole, può trovarsi nel Reclamo n. 48/2008 (*ERRC contro Bulgaria*, decisione sul merito del 18 febbraio 2009), a seguito del quale il Governo bulgaro ha informato il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che il Parlamento nazionale aveva provveduto alla modifica della Legge sull'Assistenza Sociale in data 10 febbraio 2010 (Gazzetta Ufficiale n. 15 del 23 febbraio 2010) per eliminare il limite temporale nel godimento delle prestazioni di sussidio alla disoccupazione e per conformarsi così al diritto all'assistenza sociale, intesa come risorse minime garantite, diritto questo riconosciuto nell'articolo 13 della CSE⁹.

⁷ Si vedano anche le decisioni sul merito del 20 ottobre 2009 (reclamo n. 47/2008, *DCI c. Paesi Bassi*), del 23 ottobre 2012 (reclamo n. 69/2011, *DCI c. Belgio*), del 1° luglio 2014 (reclamo n. 90/2013, *Conference of European Churches c. Paesi Bassi*) e del 2 luglio 2014 (reclamo n. 86/2012, *FEANTSA c. Paesi Bassi*).

⁸ V. la Risoluzione CM/ResChS(2009)7 adottata il 21 ottobre 2009 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella quale si attesta la attitudine positiva delle autorità croate nel ritirare il materiale pedagogico controverso dalla lista dei manuali per l'anno accademico 2009/2010.

⁹ Si veda l'Allegato della Risoluzione del Comitato dei Ministri CM/ResChS(2010) 2 del 31 marzo 2010.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

3. La sinergia positiva tra gli strumenti giuridici che garantiscono i diritti sociali

L'idea della indivisibilità esposta anteriormente può provocare contenziosi paralleli tra le istanze internazionali incaricate di interpretare con carattere risolutivo i rispettivi strumenti giuridici sui diritti sociali. Per tale ragione, è necessario porre in rilievo le sinergie positive tra detti strumenti, affinché questi contenziosi diventino fonte di convergenza, non di divergenza; in questo ultimo caso, difatti, il conflitto farebbe perdere credibilità al sistema globale dei diritti umani, dandogli vulnerabilità e, in definitiva, risultando nocivo per le persone vulnerabili potenzialmente beneficiarie.

Illustriamo questa sinergia positiva in relazione alla situazione delle persone vulnerabili, dovuta alla precarietà che deriva dal difficile accesso e godimento di una vita degna. A titolo di esempio, l'abbandono delle persone che disgraziatamente riempiono le file del cosiddetto "quarto mondo", o poveri del mondo sviluppato, è stato oggetto di analisi in due Reclami collettivi contro la Francia (il n. 33/2006 formulato dal *Movimento Internazionale ATD-Quarto Mondo*, e il n. 39/2006 presentato dalla *Federazione europea delle associazioni nazionali che lavorano con i "senzatetto" - FEANTSA*). In entrambi i casi, risolti mediante decisioni con identica data (5 dicembre 2007) il CEDS ha deciso che erano stati violati gli obblighi internazionali contenuti nella Carta riveduta, e concretamente il diritto all'alloggio (articolo 31) in combinazione con il divieto di discriminazione (articolo E) e, in più, nel caso del Reclamo n. 33/2006, il diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale (articolo 30).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

Nel suo ragionamento, il CEDS è stato ispirato dalla plausibile azione di sinergia di altre fonti internazionali¹⁰, come le Osservazioni nn. 4 e 7 del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, così come l'azione svolta dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto a un alloggio adeguato. È vero, in Francia è stata adottata il 5 marzo 2007 la Legge che ha consacrato il diritto all'alloggio come diritto soggettivo difendibile davanti alle Corti ma, nonostante questo, il CEDS ritenne che i tempi eccessivi per l'entrata in vigore di questa legge (avvenuta tra gli anni 2008 e 2012) non soddisfacevano pienamente gli obblighi progressivi che pesano sugli Stati Parte. Di fatto, tenendo conto di altri Reclami posteriori, il CEDS ha confermato quest'analisi negativa del diritto all'alloggio e della situazione vulnerabile di alcune categorie di soggetti, come le persone di etnia rom e le persone itineranti (*gens du voyage* – in francese – o *travellers* – in inglese)¹¹, arrivando a definire aggravata questa situazione di violazione quando alla vulnerabilità del gruppo leso si unisce l'azione di

¹⁰ Una simile azione di sinergia risulta tanto più pertinente visto che la mondializzazione o globalizzazione rappresenta naturalmente «una fonte di sfida per i diritti sociali, in quanto pone in contatto, in comunicazione, parti del mondo che hanno una larga esperienza sociale, e legislazioni sociali (...) e parti del mondo senza esperienza né *eredità sociali*», come ha sottolineato Belorgey (2009, 408).

¹¹ Si possono citare a tale proposito le decisioni del 19 ottobre 2009 (reclamo n. 51/2008, *ERRC c. Francia*), del 28 giugno 2011 (reclamo n. 63/2010, *COHRE c. Francia*, sullo sgombero e sullo smantellamento dei campi rom, così come sull'espulsione di persone rom di nazionalità bulgara e rumena durante l'estate del 2010, che il CEDS arrivò a definire violazioni aggravate e di responsabilità aggravata -e questo contrasta con l'inazione della Commissione Europea, che decise di non procedere ad alcun procedimento di infrazione), del 24 gennaio 2012 (reclamo n. 64/2011, *Forum europeo dei Rom e delle persone itineranti c. Francia*) o del 11 settembre 2012 (reclamo n. 67/2011, *Médecins du Monde – International c. Francia*).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

danno diretto da parte dei poteri pubblici (per esempio, decisione sul merito del 25 giugno 2010, reclamo n. 58/2009, *COHRE c. Italia* – di cui alcune risoluzioni giudiziarie italiane hanno tenuto conto).

Ovviamente, non si può concludere che l'efficacia delle decisioni del CEDS si configuri nei termini di una panacea o antidoto assoluto di fronte a tutte queste situazioni di vulnerabilità. Tuttavia, ha avuto davvero un impatto positivo nell'azione delle autorità legislative, esecutive e, soprattutto, giudiziarie interne. E, in aggiunta, alcune di queste decisioni sono state espressamente tenute in considerazione anche dalla Corte EDU: un esempio recente lo apporta la Sentenza del 17 ottobre 2013, caso *Winterstein e altri c. Francia*¹², nella quale si attestò una violazione dell'articolo 8 della CEDU per le condizioni di sgombero dei richiedenti (dalle roulotte che erano usate come alloggio e manifestavano il loro stile di vita) e degli ostacoli nell'accesso a una sistemazione alternativa.

D'altra parte, come aspetti criticabili della sentenza occorre menzionare i seguenti due: a) la Corte EDU rifiutò di entrare nel merito delle accuse di discriminazione; b) la Corte EDU determinò allo stesso tempo che, accanto ai ricorrenti individuali, l'associazione richiedente (Movimento ATD Quarto Mondo) non aveva una legittimazione attiva per fare ricorso. Dunque, il primo aspetto (la non discriminazione) non rientra nella giurisprudenza propria della Corte EDU; mentre il secondo (*locus standi*) si distanzia sia per quanto riguarda il ruolo conferito alle ONG nel procedimento di reclami collettivi davanti al CEDS, sia per la confi-

¹² Tanto nelle fonti (§§ 80-89, citazione esplicita delle decisioni adottate dal CEDS nei reclami n. 33/2006, 51/2008 e 64/2011) come nella *ratio decidendi* (§§ 165-167, menzione espressa della decisione del CEDS nel reclamo n. 51/2008).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

gurazione aperta data alle ONG nel procedimento di comunicazioni individuali stabilito davanti al Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite mediante il Protocollo facoltativo del 2008¹³.

Ritengo che gli esempi dati confermino la necessità di sfruttare queste sinergie positive, per l'insufficienza "autonoma" di ogni meccanismo o strumento giuridico di garanzia dei diritti sociali, al fine di dare protezione essi stessi alle persone vulnerabili. In particolare, mi permetto di avanzare una delle mie conclusioni critiche su come superare la vulnerabilità di questi strumenti giuridici. Infatti, in ambito accademico, siamo abituati a giudicare tutti i problemi, facendo sfoggio di una totale fede giurisprudenziale ingiustificata: così, per esempio, in ambito europeo, ci rivolgiamo immediatamente alla Corte EDU. Ma questa non è stata istituita come giurisdizione europea dei diritti sociali e, nonostante la sua interessante giurisprudenza sociale, a volte le chiediamo troppo e, quindi, ci sentiamo delusi quando si mostra troppo circospetta o moderata in relazione soprattutto a situazioni di vulnerabilità derivata da povertà o esclusione sociale¹⁴ o di disabilità¹⁵. In queste condizioni, noi accademici siamo responsabili di "ossessionarci" con determinati strumenti non sempre idonei per il trattamento di situazioni vulnerabili e di di-

¹³ V. Courtis (2008, 50): oltre alle due ipotesi più semplici (comunicazione individuale da parte della vittima o del gruppo delle vittime), si stabilisce come terza ipotesi quella di terzi senza mandato espresso della vittima presunta.

¹⁴ Decisione di inammissibilità della Corte EDU *Budina c. Russia*, del 18 giugno 2009 (sulla precarietà di una persona anziana a causa di una pensione insufficiente).

¹⁵ Tra le altre, le sentenze della Corte EDU *Botta c. Italia*, del 24 febbraio 1998, e *Molka c. Polonia*, del 14 aprile 2006, o la decisione di inammissibilità *Jitka Zehnalova e Otto Zehnal c. Repubblica Ceca*, del 14 maggio 2002.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

ritti sociali e, al contrario, dimentichiamo o ignoriamo altri strumenti più adeguati ed effettivi: in diverse occasioni ho criticato questa “ossessione convenzionale” (per la CEDU e per la giurisprudenza della Corte EDU).

4. La volontà positiva degli attori coinvolti nella protezione degli individui e dei casi vulnerabili

Nella sezione precedente, nel sottolineare le sinergie, ho dato risalto all’arricchimento mutuo derivato dalla messa in pratica di quella che chiamerei una “volontà giurisdizionale positiva” tra le istanze internazionali di interpretazione finale dei rispettivi strumenti giuridici. Questo dialogo giudiziario globale (anche con le giurisdizioni nazionali) è imprescindibile affinché questi strumenti giuridici non risultino vulnerabili, ma fortificati come meccanismi reali di difesa della dignità umana.

In assenza di meccanismi o passaggi formali o istituzionali di articolazione di questi strumenti e corti internazionali, si tratta in primo luogo del far sì che ogni corte riconosca i suoi propri limiti (per un corretto esercizio di *self-restraint*), per saper apprezzare quello che hanno realizzato altre corti e, nel suo caso, accogliere queste interpretazioni “esterne” quando siano più favorevoli per dare applicabilità ai diritti umani (*favor libertatis* o *pro personae*). Scrupolosamente, i trattati internazionali rispettivi contengono di solito clausole che vanno in tale direzione (così, l’articolo 53 della CEDU, l’articolo H della CSE o l’articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea).

In precedenza, ho offerto esempi di questa retroalimentazione positiva tra la Corte EDU e il CEDS. Ma questa volontà giurisdizionale positi-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

va deve andare approfondendosi, anche attraverso meccanismi informali di collaborazione, visto che il rischio di contraddizione esiste sempre, per ignoranza o per incomprensione degli sviluppi dell'altro. Lo mostrerò con un episodio che riguarda il CEDS e la Corte EDU, alla luce delle diverse decisioni sul merito del CEDS adottate nel 2012 che hanno affrontato direttamente il problema delle misure "anticrisi" di austerità e flessibilità del mercato del lavoro adottate per *imposizione* dall'Unione Europea (a dire il vero, dalla Troika, cioè Commissione Europea, Banca Centrale Europea e Fondo Monetario Internazionale), in maniera concreta in relazione al paese sicuramente più scosso dallo scenario finanziario ed economico critico.

– Da un lato, si tratta di due decisioni del CEDS del 23 maggio 2012 in risoluzione dei Reclami collettivi n. 65/2011 e n. 66/2011 (entrambi contro la Grecia, avanzati dai sindacati greci *Federazione generale degli impiegati delle compagnie pubbliche di elettricità* e *Confederazione dei sindacati dei funzionari pubblici*). Nella prima decisione (Reclamo n. 65/2011), il CEDS ha concluso che si era prodotta una violazione dell'articolo 4.4 della CSE, in quanto la legge nazionale autorizzava il licenziamento senza preavviso né indennizzo dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato per un periodo iniziale di dodici mesi e questo è incompatibile con le disposizioni contenute nella Carta; nella seconda Decisione (Reclamo n. 66/2011), il CEDS è arrivato alla conclusione che c'è stata violazione di diverse disposizioni della Carta Sociale (art. 4.4, 7.7, 10.2 e 12.3), nell'approvare misure restrittive sulle ferie annuali, sui sistemi di formazione e apprendistato, e sulla copertura assicurativa nei cosiddetti "contratti speciali di apprendistato" per i lavoratori tra i 15 e i 18 anni, e misure relative a un salario irrisorio (una piccola percentuale del salario



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

minimo nazionale) suscettibile di essere percepito dai lavoratori minori di 25 anni entrati recentemente nel mondo del lavoro¹⁶. Entrambe le decisioni hanno avuto abbastanza eco mediatico, in quanto il Governo greco sosteneva che le misure dichiarate contrarie alla Carta sociale europea dal CEDS erano state al contrario adottate per imposizione della Troika, cosa che suscita possibili divergenze di approccio tra il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea. E, soprattutto, entrambe le decisioni possono rappresentare un importante precedente di fronte alla valutazione di eventuali riforme del diritto del lavoro eccessivamente austere o flessibili messe in atto in altri Paesi Parte alla Carta sociale, specialmente per quelli appartenenti anche all'Unione Europea.

– Dall'altro lato, il CEDS ha risolto in senso analogo il problema dei tagli nel regime della sicurezza sociale in Finlandia (Reclamo n. 88/2012, *Finnish Society of Social Rights c. Finlandia*, decisione sul merito del 9 settembre 2014); e, ad ogni modo, il CEDS ha consolidato la sua linea giurisprudenziale in cinque nuove decisioni di fondo (datate 7 dicembre 2012) che dichiarano in violazione della Carta sociale europea le leggi anticrisi in Grecia che hanno imposto una riduzione delle pensioni tanto nel settore pubblico quanto nel privato (Reclamo n. 76/2012, *Federazione dei pensionati della Grecia c. Grecia*; Reclamo n. 77/2012, *Federazione panellenica dei pensionati pubblici c. Grecia*; Reclamo n. 78/2012, *Sindacato dei pensionati del personale ferroviario di Atene-Piraeus c. Grecia*; Reclamo n.

¹⁶ La cosa interessante di entrambe le decisioni del 23 maggio 2012 (Reclamo n. 65/2011, paragrafi 16-18 e Reclamo n. 66/2011, paragrafi 12-14) è che il CEDS ha stabilito una specie di ponderazione delle misure di flessibilità con la tutela prioritaria delle dignità dei lavoratori e delle lavoratrici.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

79/2012, *Federazione pan-ellenica dei pensionati dell' impresa pubblica di elettricità c. Grecia*, e Reclamo n. 80/2012, *Sindacato dei pensionati del Banco agricolo di Grecia c. Grecia*). Nella base giuridica di queste cinque decisioni contro la Grecia, il CEDS dice che le autorità di un paese non possono utilizzare il pretesto delle misure imposte da determinati organismi per evadere gli obblighi assunti in virtù della CSE, che come trattato internazionale deve essere rispettato in ambito interno. In particolare, con queste decisioni dichiara che l'articolo 12 della CSE è concepito più nei termini di una progressività che in quelli di una regressività; che, nel caso venissero stabilite delle restrizioni, queste non devono portare a una precarietà o a un depauperamento della popolazione coinvolta¹⁷. In aggiunta, e soprattutto, il Governo greco non ha dimostrato, sotto il pretesto delle misure di austerità imposte dalla Troika, di aver provato ad adottare altre misure alternative meno onerose per la popolazione coinvolta, né di aver avuto consultazioni o un dialogo con gli interlocutori sociali in un ambito tanto essenziale. Aggiunge il CEDS che l'effetto cumulativo di tutte queste mancanze,

¹⁷ Qual è il risultato di queste riduzioni o restrizioni? Per il Comitato, sebbene sia accettabile che alcuni *bonus* o parti dei salari extra (a Pasqua, Natale e nelle ferie) siano ridotti o addirittura soppressi, le pensioni di base e quelle complementari non possono essere ridotte in maniera tanto drastica come è stato fatto (in una percentuale tra il 20% e il 50% a seconda della cifra della pensione); ciò non è soltanto contrario all'obbligo degli Stati di stabilire progressivamente un regime di sicurezza sociale a un livello più elevato (art. 12.3 della CSE), ma si distanzia allo stesso tempo in molti casi di situazioni vulnerabili (le pensioni minime) dall'obbligo di protezione sociale degli anziani così come stabilito nell'articolo 4 del Protocollo del 1988 (art. 23 della CSE rivista del 1996), affinché non restino sotto la soglia minima di povertà, per la quale il Comitato prende come metro di comparazione il 50% del salario medio secondo quanto stabilito dall'EUROSTAT in funzione della ricchezza e della congiuntura economica di ogni paese.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

unito alle riduzioni delle pensioni in sé, scarica solo sui pensionati, nella loro qualità di contribuenti, le conseguenze della crisi economica in maniera ingiustificata e contraria alla CSE.

Come si anticipava, la necessità del dialogo giudiziario e della volontà positiva è estremamente urgente¹⁸, come dimostra la controversa Decisione della Corte EDU del 7 maggio 2013 di inammissibilità delle richieste n. 57665/12 e n. 57657/12 (*Ioanna KOUFAKI c. Grecia e ADEDY [Confederazione dei sindacati dei funzionari pubblici]*¹⁹ c. Grecia). A tale proposito, cattura l'attenzione, nonostante l'identità dell'oggetto tra le circostanze di entrambe le richieste e quelle sottoposte all'esame del CEDS tramite i Reclami n. 65/2011 e n. 66/2011 contro la Grecia esposti precedentemente, che la Corte EDU adotta la sua decisione ignorando e non menzionando le decisioni del CEDS del 23 maggio 2012 nel dichiararsi (sez. 50 della decisione di inammissibilità) «competente nel conoscere le richieste formulate» e, ciò nonostante, aggiungendo che «per la Corte non si manifesta nessuna apparenza di violazione dei diritti e delle libertà garantite» dalle disposizioni convenzionali richiamate.

Da parte mia, eviterò commenti su una simile motivazione consistente nel non riscontrare «apparenza di violazione» e così concludere che le richieste sono “manifestamente infondate”; ma la decisione della Corte EDU invita disgraziatamente, per lo meno, allo scetticismo.

Detto ciò, è necessario che la volontà positiva giurisdizionale sia accompagnata allo stesso tempo da altri due tipi di volontà positive com-

¹⁸ Si legga Jimena Quesada (2013); cfr. Canosa Usera (2015).

¹⁹ Si riscontra che il suddetto sindacato richiedente alla CortEDU è lo stesso che ha sottoposto vittoriosamente il Reclamo n. 66/2011 contro la Grecia davanti al CEDS (*supra*).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

plementari: da un lato, la maggior volontà giuridico-sociale degli agenti sociali e delle organizzazioni della società civile di essere più attivi nella formulazione dei reclami collettivi davanti al CEDS; dall'altro lato, la maggiore volontà politica degli Stati membri del Consiglio d'Europa affinché siano tutti essi Parti contraenti della CSE e del Protocollo sui reclami collettivi, potendo quest'ultimo meccanismo giocare un ruolo preventivo per nulla disdegnabile (non essendo necessario l'esaurimento dei ricorsi interni) al momento di evitare conflitti giurisdizionali interni e, di conseguenza, eventuali contenziosi individuali davanti alla Corte EDU dopo l'uso precettivo dei rimedi domestici²⁰. Il cosiddetto "Processo di Torino" della Carta Sociale Europea lanciato in ottobre 2014 è indirizzato a rafforzare questi sviluppi nel Consiglio d'Europa e le sinergie con l'Unione Europea. In particolare, per quanto riguarda l'Europa dei 28, nel suo discorso sullo stato dell'Unione, tenuto il 9 settembre 2015, il Presidente della Commissione europea (Juncker) ha annunciato lo sviluppo di un pilastro europeo dei diritti sociali.

²⁰ Per esempio, da gennaio 2012 sono state formulate migliaia di richieste alla Corte EDU contro l'Ungheria per la questione pensioni e prestazioni sociali che, se l'Ungheria avesse accettato il procedimento dei reclami collettivi, avrebbero potuto essere evitate (non solamente davanti alla Corte EDU, ma anche preventivamente davanti alle giurisdizioni interne) con la "soluzione europea" del CEDS. È quello che è successo nel caso della Grecia (che ha accettato il Protocollo sui reclami collettivi), dove la legislazione anti-crisi è stata sottoposta al CEDS attraverso i reclami commentati.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

5. Critiche e proposte finali: il superamento della vulnerabilità e l'ottimizzazione dell'efficacia degli strumenti giuridici

Arrivati a questo punto, devo riferire che la vulnerabilità degli strumenti giuridici sui diritti sociali che permettono la tutela delle persone vulnerabili ha a che vedere con mancanze criticabili nella ricerca e nell'insegnamento universitario. Basti pensare che si continuano a sostenere alcune falsità come quella del costo esclusivo dei diritti socio-economici o la supposta giustiziabilità immediata solo dei diritti civili-politici. La realtà del costo, anche, dei diritti civili-politici (come di qualunque strumento normativo che riconosca i diritti di qualsiasi categoria, come un aspetto inerente alla "fattibilità" delle norme) e gli esempi di efficacia ragionevole nel tempo dei diritti sociali (mi rifaccio alla giurisprudenza del CEDS passata in rassegna), permettono di smentire o rifiutare questi approcci deficitari.

Questi stessi esempi hanno portato alla conclusione che gli strumenti normativi che proteggono i diritti sociali e tutelano le persone vulnerabili non obbediscono a un puro spirito caritativo, ma ad alcuni compromessi giuridici suscettibili di realizzare un focus sui diritti umani, persino in relazione a nuovi sviluppi giuridici come il diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale consacrato nell'articolo 30 della CSE. Con ciò si deve evitare:

- da un lato, un sentimento di inferiorità nell'assumersi la difesa giuridica delle persone più vulnerabili, al contrario rivalutando questo compito come degno della maggiore sofisticazione giuridica;
- dall'altro lato, professioni di fede giurisprudenziali eccessive che si focalizzino su una sorta di "ossessione convenzionale" (come dicevo, nei



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

confronti della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU) che, alla peggio, disilludono credendo negli effetti taumaturgici dello strumento giuridico e dello strumento di controllo.

Da questa prospettiva, questo “approccio ossessivo” dovrebbe dare spazio ad altri strumenti ed enti che si sono dimostrati efficaci nella difesa dei diritti sociali e delle persone vulnerabili, come ad esempio il Patto e il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite (con un potenziale e accentuato sviluppo dopo l’entrata in vigore del procedimento delle comunicazioni individuali a maggio 2013), o la CSE e il CEDS sul piano europeo. Nel caso del CEDS, sembra che si stia affermando gradualmente come lo strumento continentale di protezione dei diritti sociali che offre delle prospettive giurisprudenziali più visibili, sia per l’entità autonoma del suo lavoro sia per l’approssimazione complementaria in relazione agli apporti recenti in materia di diritti sociali favoriti da altri organi internazionali (inclusa la giurisprudenza sociale della Corte EDU o della Corte di giustizia dell’Unione Europea –CGUE) (Gallant 2008).

A tale riguardo, e tenendo in conto che il principio di indivisibilità ha portato irrimediabilmente a convergenze testuali tra la CEDU e la CSE, o tra questi e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE²¹, è necessario che questa convergenza testuale si manifesti anche tramite una convergenza giurisprudenziale tra Corte EDU, CEDS e CGUE. Le disposizioni citate precedentemente (articolo 53 del CEDU, articolo H della CSE e articolo 53 della Carta UE) invitano a questa interazione (e la impongono). Sicu-

²¹ Difatti, sia la CEDU che la CSE rivista del 1996, sono assunte esplicitamente come canone normativo nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’UE e, in modo più preciso, nel testo articolato secondo le spiegazioni annesse del *Praesidium*.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

ramente, questa interazione potrà essere più esplicitamente confermata (perlomeno, nell'ambito della collaborazione tra il Consiglio d'Europa e l'UE) nei trattati corrispondenti, in modo che si proceda alla adesione dell'UE non solo alla CEDU (così come prescritto nel Trattato di Lisbona), ma anche alla CSE (come si sottolinea nella Risoluzione del Parlamento Europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali della adesione dell'UE alla CEDU, in particolare, nelle sezioni 30 e 31).

Infine, ancora a onor del principio della indivisibilità, la crisi economica attuale ha accentuato la chiara percezione secondo la quale i tre pilastri del Consiglio d'Europa (Democrazia, Stato di diritto e Diritti umani) devono inevitabilmente leggersi in chiave sociale (Democrazia sociale, Stato sociale e Diritti sociali). Da questo punto di vista, la vulnerabilità degli strumenti giuridici dei diritti sociali comporta la vulnerabilità degli strumenti dei diritti civili e politici: in alcuni paesi la legislazione restrittiva sui diritti civili (manifestazione, ecc.) sta acquisendo purtroppo maggiore visibilità della legislazione impregnata di austerità e tagli sociali, visto che le restrizioni ai diritti civili-politici hanno l'obiettivo di mettere a tacere le proteste dei cittadini contro i regressi sociali²².

Parallelamente, deve restare chiaro nel terreno politico che il costo del mancato rispetto dei diritti sociali è maggiore di quello del loro rispetto. Da parte loro, alcune ONG che si occupano esclusivamente di diritti civili hanno incorporato nella loro attività il discorso della indivisibilità, abbracciando allo stesso tempo la difesa dei diritti sociali.

²² Si veda il report della visita realizzata in Spagna, dal 3 al 7 giugno 2013, del Commissario dei Diritti Umani del Consiglio d'Europa [CommDH (2013) 18], datato 8 ottobre 2013.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

Infine, gli accademici non possono rimanere chiusi in una cieca sofisticazione giuridica che li spinge a continuare ad occuparsi “ossessivamente” dei diritti civili disprezzando i diritti sociali. Al contrario, dovremmo lamentarci, rispettivamente, della *miserabilità* dell’azione politica, della *miserabilità* della strategia sociale e della *miserabilità* del discorso giuridico e accademico; solamente così sarà possibile un’azione decisa a tutela delle persone vulnerabili e l’ottimizzazione degli strumenti giuridici che garantiscono i diritti sociali.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

Bibliografia

Alfonso Mellado, C., Jimena Quesada, L., Salcedo Beltrán, C. (2014), *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete: Bomarzo.

Akandji-Kombé, J.F. (2010), *L'applicabilité ratione personae de la Charte sociale européenne: entre ombres et lumières*, in *The European Social Charter: A social constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe* (Coord. De Schutter, O.), Bruxelles: Bruylant.

Belorgey, J.M. (2009), *Les droits sociaux face à la mondialisation: peut-on les maintenir et les réaliser?*, in *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale* (Ed. Aliprantis, N.), Bruxelles: Bruylant.

Bonfiglio, S. (2015), *Sicurezza, immigrazione e cittadinanza inclusiva*, in *Democrazia & Sicurezza*, 4.

Canosa Usera, R. (2015), *El control de convencionalidad*, Madrid: Civitas.

Colomer Viadel, A. (2016), *Inmigrantes y emigrantes. El desafío del mestizaje*, Buenos Aires: Ciudad Nueva.

Courtis, C. (2008), *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginevra: Commissione Internazionale dei Giuristi/Istituto Interamericano dei Diritti Umani.

De la Dehesa, G. (2008), *Comprender la inmigración*, Madrid: Alianza Editorial.

Gallant, Ch. (2008), *Développements récents en matière de droits sociaux/Recent developments in the field of social rights*, Strasburgo: Consiglio d'Europa, 2^e ristampa.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Editoriale

Jimena Quesada, L. (2013), *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

Jimena Quesada, L. (2015), *Protection of Refugees and other Vulnerable Persons under the European Social Charter*, in *Revista de Derecho Político*, 92.

Palmisano, G. (2014), *Overcoming the limits of the European Social Charter in terms of persons protected: the case of third State nationals and irregular migrants*, in *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century* (Ed. D'Amico, M., and Guiglia, G.), Verona: Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli/Roma.

Panzer, C. (2014), *The Personal Scope of the European Social Charter*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 24.

Salcedo Beltrán, C. (2015), *Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales*, in *Democrazia & Sicurezza*, 3.





anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués

di Mariana Canotilho *

1. Introducción

El impacto de la crisis económica y social que afectó a los países europeos desde el año 2008 fue muy severo en Portugal. Los datos hablan por sí mismos: entre 2008 y 2014, la deuda pública aumentó de manera significativa (de 71.7% a 130.2% del PIB)¹; a lo largo del mismo período, las inversiones han disminuido casi 40% en términos nominales. El país tiene aproximadamente 10 millones de habitantes, y entre 2010 y 2013 en torno de 500.000 empleos han sido eliminados. El paro ha más que doblado entre 2008 e 2014, llegando a un 16.2% (oficial) de parados en 2013 (38.1% de paro para los jóvenes con menos de 25

* Doctora en Derecho. Profesora Asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Portugal. Letrada del Tribunal Constitucional portugués. Artículo sometido a un proceso de revision por pares mediante el sistema de doble ciego.

¹ Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Administra%C3%A7%C3%B5es+P%C3%BAblicas+d%C3%ADvida+bruta+em+percentagem+do+PIB-2786>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

años)². La emigración – la solución para muchos de los parados, especialmente los jóvenes calificados – también ha atingido números impresionantes. Más de 100.000 personas han salido del país en 2011, más de 120.000 en 2012, 128.000 en 2013 y más de 134.000 en 2014³. Números similares solo han existido en los años 1960, período de dictadura, guerra colonial e estagnación económica. La tasa de pobreza ha igualmente aumentado (19.5% en 2014), aunque el descenso de la renta media ha bajado el estándar de pobreza⁴. El numero de ciudadanos sin ningún tipo de apoyo estadual/social ha aumentado en más de 250.000 entre 2011 y 2012⁵.

En 2011, el Gobierno portugués negoció ayuda financiera por parte del FMI y de instituciones de la Unión Europea (BCE y Comisión Europea), la *Troika*. A cambio de un préstamo de 78 mil millones de Euros, las autoridades nacionales se han comprometido a implementar una serie de reformas de distintas políticas públicas (sanidad, educación,

² Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+grupo+et%C3%A1rio+%28percentagem%29-553>.

³ Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Emigrantes+total+e+por+tipo-21>.

⁴ Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+risco+de+pobreza+antes+e+ap%C3%B3s+transfer%C3%A2ncias+sociais-2399>,

⁵ Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa – Relatório do Conselho de Administração do Banco de Portugal*, Lisboa, 2014, in <https://www.bportugal.pt/PT/PublicacoesIntervencoes/Banco/RelatConselhoAdministracao/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Relat%C3%B3rio%20-%20A%20Economia%20Portuguesa%20%28vers%C3%A3o%20integral%29.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

seguridad social, empleo, etc.) y a proseguir un conjunto de objetivos de naturaleza fiscal. Los acuerdos firmados tienen la forma de *Memorandos de Entendimiento*, que establecen las medidas y reformas económicas, laborales y sociales a adoptar⁶.

2. Políticas públicas y reformas legislativas a lo largo del período de crisis

A partir del año 2011, y en consecuencia de la implementación del programa de asistencia económica y financiera, asistimos a importantes cambios en varias políticas públicas, a los que corresponden, del punto de vista jurídico, profundas reformas legislativas. En ciertos casos, como, por ejemplo, la reforma de las leyes laborales, la crisis y la austeridad no han hecho más que acelerar o profundizar alteraciones iniciadas anteriormente⁷. En otras situaciones, pero, como los recortes de los salarios de funcionarios públicos y de pensiones, y la pérdida de

⁶ El programa de asistencia financiera a Portugal comprende varios documentos, el *Memorandum of Economic and Financial Policies*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371354/mefp_20110517.pdf; el *Technical Memorandum of Understanding*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371360/tmou_20110517.pdf; y el *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf.

⁷ El código laboral – *Código do Trabalho* – ha sido aprobado en 2003 e introducía una serie de cambios paradigmáticos en las relaciones laborales, bien como en los derechos de los trabajadores, que han sido muy contestados, desde el punto de vista jurídico y político.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

derechos de los mismos funcionarios, las medidas introducidas han sido inesperadas, rompiendo la continuidad de soluciones legislativas con varias décadas, así como constitucionalmente problemáticas.

2.1. Reforma de las leyes laborales

El principal objeto de las reformas exigidas por los Memorandos es el trabajo, tanto en el sector público como en el sector privado, y los derechos con el relacionados, de manera directa y indirecta. Efectivamente, hay fuertes fundamentos para considerar que el derecho al trabajo ha sido el derecho fundamental más afectado, en sus diferentes dimensiones. De hecho, este derecho se ha visto vulnerado como consecuencia directa de la crisis, debido al enorme aumento del desempleo, pero también debido a las medidas de austeridad adoptadas, entre las cuales se cuentan recortes en los salarios públicos y privados, la reducción de las indemnizaciones por despido y el aumento del número de horas de trabajo sin remuneración adicional. Asimismo, la precarización del trabajo es notoria, y a pesar de todas las reformas legislativas y administrativas, el mercado laboral portugués aún presenta muchos problemas⁸.

En materia laboral, la *Troika* exigía a Portugal, como contrapartida de los préstamos y de la asistencia económica concedida: la reducción de

⁸ OIT, *Enfrentar a crise do emprego em Portugal*, Noviembre 2013, disponible en http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/versaofinal_oit_relataentarcriseemprego_20131101_pt.pdf.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

los gastos con los recursos humanos de la administración pública; la flexibilización de las relaciones laborales individuales; reducción de los costes del trabajo extraordinario; facilitación del despido por iniciativa del empleador y reducción de las indemnizaciones; erosión del derecho colectivo del trabajo y limitación de los mecanismos de extensión de os convenios colectivos; recorte de las pensiones, del subsidio por desempleo y de otras prestaciones sociales⁹.

No siendo posible abordar todas las cuestiones jurídico-laborales problemáticas desde el punto de vista constitucional, se hará mención, por lo menos, a cambios en tres áreas distintas: salarios, normas de despido y tiempo de trabajo / trabajo extraordinario.

En relación con los salarios, el Gobierno ha asumido una serie de compromisos en el Memorando, entre los cuales mantener una política salarial que permita la creación de empleo y la competitividad, para corregir riesgos macroeconómicos. Así, las autoridades aceptaron no aumentar el salario mínimo durante todo el periodo del rescate, que se mantuvo en los 485 euros mensuales, aunque existía un acuerdo previo, firmado en el marco de la concertación social por representantes de los sindicatos y asociaciones patronales, que preveía un aumento para 500

⁹ Véase el *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf. Véase también, sobre cuestiones de derecho laboral y respectiva jurisprudencia constitucional, J. Caupers, *O Direito do Trabalho na Jurisprudência Constitucional: desenvolvimentos recentes*, Informe portugués para la 17ª Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, Lisboa, 2015, disponible en http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20151015/ctri20151015_rel_pt.pdf.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

euros en el año 2011¹⁰. Solo en octubre 2014, después del fin de la intervención directa de la Troika en el país, fue posible aumentarlo a 505 euros.

Al mismo tiempo, ya desde el inicio del año 2011 y antes de la intervención de las instituciones de la Unión Europea y del FMI, los funcionarios públicos y otros empleados del Estado habían sufrido un corte en su salario bruto, de entre un 3,5% y un 10% (5% como media), siempre que ganasen más de 1.500 euros brutos. Este tipo de recortes se ha prolongado, con algunas variaciones, a lo largo de todo el programa de asistencia económico-financiera.

También en el cuadro del Memorando, el Gobierno se comprometió a definir criterios para la extensión de los convenios colectivos de trabajo, entre los cuales deben contarse la representatividad de los sindicatos participantes y las implicaciones que dicha extensión pueda tener en la competitividad de las empresas. La duración y eficacia de dichos convenios se han visto profundamente afectadas por los cambios legislativos en este período, verificándose una disminución clara del número de trabajadores que se benefician de este tipo de instrumento.

En cuanto a las normas de despido, estas han sufrido alteraciones muy relevantes durante el periodo de austeridad. La Constitución prohíbe expresamente el despido sin justa causa (artículo 53), por lo que la liberalización total es imposible dentro del actual marco jurídico-constitucional. En cambio, las reformas legislativas aprobadas

¹⁰ El acuerdo de Concertación social sobre el salario mínimo puede verse en <http://www.ces.pt/download/203/FixEvolRMMG2006.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

constituyen un avance posible en esa dirección. Se ha facilitado el despido por razón de la extinción del puesto de trabajo y por razón de inadaptación, y la ley establece ahora una serie de criterios que el empleador debe seguir para determinar, en caso de que exista más de uno, qué puesto extinguir. Estos criterios abren un mayor espacio de subjetividad para la actuación del empleador, basándose en distintos conceptos indefinidos y de amplio alcance, como productividad y calidad del trabajo. El procedimiento disciplinario obligatorio para despedir con justa causa también se ha simplificado, así como las obligaciones legales de las pequeñas empresas que necesiten despedir a sus trabajadores.

Por otro lado, las indemnizaciones por despido han sido fuertemente reducidas. Para los contratos firmados después de noviembre 2011, han pasado, en una primera fase, de 30 a 20 días de salario por año trabajado, con un techo máximo de 12 salarios. Posteriormente, para los contratos firmados después de octubre de 2013, y para el tiempo de duración de contrato transcurrido desde esa data, en caso de firma anterior, la indemnización se ha reducido a 18 días de retribución para los primeros 3 años de trabajo y 12 días para los años adicionales¹¹, según una tendencia, notable desde la segunda revisión del Memorando de la Troika, para atenuar el concepto clásico de compensación en caso de cese de la relación laboral¹².

¹¹ Véase la ley 69/2013, disponible en www.dre.pt.

¹² Véanse las leyes 53/2011 y 23/2012, disponibles en www.dre.pt. Ver también sobre este asunto Observatorio Sobre Crise e Alternativas, *A Anatomia da Crise: identificar os*



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Además, en relación con el trabajo extraordinario, hay que señalar que los valores pagados por el trabajo realizado en esos casos se han reducido a la mitad. Así, el trabajo extra realizado en un día laboral ha dejado de pagarse a 50% para la primera hora y a 75% para las horas siguientes, para ser retribuido solamente al 25% y 37,5%, respectivamente. La remuneración del trabajo extraordinario en días festivos ha bajado del 100% al 50% . Para los trabajadores del Estado, estos recortes han sido todavía mayores, sobre todo si consideramos que a jornada laboral ha pasado de 35 a 40 semanales, sin que por ello haya sido incrementado su salario, lo que equivale, indirectamente, a otro recorte salarial.

Por último, la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores es otra de las perjudicadas por las reformas legislativas de los últimos años. Entre otras medidas, se ha reducido el plazo de caducidad de las convenciones colectivas de 5 a 3 años, previéndose también la posibilidad de su suspensión temporal por acuerdo entre empleadores y sindicatos, en periodos de crisis o por causas relacionadas con el mercado, entre otras situaciones. Con la vigencia de las nuevas reglas, el número de trabajadores que se benefician de contratos o convenios colectivos ha disminuido de forma notoria¹³.

problemas para construir as alternativas diciembre 2013, disponible en http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id_lingua=1&pag=6561.

¹³ Informe de la Confederación General de Trabajadores (UGT – Central Sindical), disponible en <http://www.ugt.pt/Relatorio%20do%201%20Semestre%20de%202014%20final.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

También cabe mencionar que los efectos de los convenios colectivos en vigor han sido frecuentemente suspendidos por las leyes que instituyen medidas de austeridad, cuando sus cláusulas eran incompatibles con dichas medidas. Esto ha sucedido con diversas normas de los presupuestos del Estado, que asumen naturaleza imperativa y establecen su propia prioridad sobre cualquier instrumento de negociación colectiva y sobre cualquier otra norma, las cuales no pueden ser modificadas o revocadas de ninguna manera. Este tipo de previsión ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional por lo menos una vez¹⁴, pero no se declaró inconstitucional, por entenderse justificado por la necesidad de asegurar el interés público en materia económica.

2.2. Reforma de las prestaciones sociales

Las medidas de austeridad adoptadas en el contexto de crisis y en obediencia a los Memorandos también han afectado seriamente a las prestaciones y beneficios de la seguridad social, tanto las de base contributiva, como el subsidio por desempleo; como las del sistema de solidaridad, como la prestación por hijo o menor a cargo (*abono de família*) o la renta mínima (*subsídio social de inserção*). Entre 2010 y 2015, es evidente el retroceso en las políticas y prestaciones asistenciales, en particular de las medidas destinadas al combate a la pobreza y a la

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 413/2014, disponible en www.tribunalconstitucional.pt.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

precariedad, justificadas oficialmente con la necesidad de reducir el déficit y el gasto público.

Frecuentemente mencionado en los Memorandos, el subsidio por desempleo ha sido objeto de profundos cambios en los últimos años. Como consecuencia de las reformas¹⁵, que han seguido el guión trazado por la Troika, se ha reducido el periodo de duración máxima (que ahora varía entre 150 y 540 días, dependiendo de la edad e historia contributiva del beneficiario, cuando antes podía llegar a los 900 días, en algunos casos) y el montante máximo que se puede recibir, que es de 1047 euros, independientemente del salario previo del trabajador. También se ha establecido un corte de un 10% del subsidio al cabo de 6 meses. Los únicos aspectos positivos de las reformas normativas han sido la disminución del periodo contributivo necesario para poder cobrar el subsidio de desempleo (de 15 a 12 meses) y la extensión del derecho a ciertas categorías de autónomos. Sin embargo, las consecuencias de las nuevas políticas, en su globalidad, son de nuevo negativas para los ciudadanos: menos de la mitad de los parados reciben cualquier tipo de apoyo del Estado.

El caso de la renta mínima es otro buen ejemplo de las reformas adoptadas en materia de seguridad social¹⁶. Cabe referir, antes nada, que este subsidio es una prestación de solidaridad destinada a mitigar situaciones de extrema pobreza, estando considerada como una verdadera prestación de sobrevivencia. El montante máximo abonado es

¹⁵ Decreto-Ley 220/2006 y Decreto-Ley 64/2012, disponibles en www.dre.pt.

¹⁶ Ley 13/2003 y Decreto-Ley 133/2012, disponibles en www.dre.pt



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

de 189 euros para el titular, a los que se suman hasta 94 euros por cada adulto adicional en la familia y 57 euros por cada niño. Su percepción obliga a firmar un contrato de inserción social con las autoridades administrativas y al cumplimiento de una serie de obligaciones. Los beneficiarios deben, entre otras cosas, buscar activamente un empleo o realizar actividades socialmente útiles cuando estén en el paro. El gasto total con la renta mínima nunca ha sido realmente significativo en el presupuesto total de la Seguridad Social. Aun así, el régimen jurídico de la prestación fue objeto de grandes reformas entre 2010 y 2012. Se modificaron, primeramente, los requisitos de elegibilidad para recibirla y se bajó el valor máximo de ingresos que una familia puede tener para poder solicitar la renta mínima. Las consecuencias quedan muy claras con un ejemplo: hasta 2012, una pareja con 2 niños podría pedirla si tenía un ingreso inferior a 569 euros al mes; después de las reformas legislativas, la misma pareja solo tendrá derecho al subsidio cuando sus ingresos sean menores a 398 euros. Por otra parte, y al contrario de lo que sucedía en el régimen anterior, la renta mínima solo es debida desde el momento en que se firma el contrato de inserción y no se renueva de forma automática, por lo que depende de nueva petición. Todo esto ha provocado una caída significativa del número de personas beneficiarias de esta prestación y, al mismo tiempo, una reducción de las cuantías recibidas por las familias que la siguen cobrando.

La reducción o recorte total de las prestaciones por hijo o menor a cargo ha sido otra medida de austeridad muy criticada. Con las reformas del régimen jurídico de esta prestación, más de un millón y medio de niños han dejado de recibirla en los últimos 5 años, especialmente debido a los cambios en los criterios de elegibilidad. Por otra parte, el montante de los



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

subsídios para los que mantienen el derecho a recibirlos ha bajado de forma significativa y el cuarto escalón, existente hasta 2010, se eliminó¹⁷.

Los pensionistas, en general, han sido una categoría de ciudadanos muy afectada por la crisis y las medidas de austeridad. La discusión que se genera en torno a las pensiones es difícil, en parte, porque se ha introducido en el discurso político y constitucional una idea de oposición entre generaciones; repitiéndose el argumento de la (in)sostenibilidad del sistema de seguridad social —a pesar de que, antes de la crisis, se había hecho una reforma importante con respecto a los requisitos para obtener el derecho a una pensión, así como la fórmula de cálculo, a la que incluso se añadió un factor de sostenibilidad directamente relacionado con la esperanza media de vida— así como el argumento de la necesidad de protección de las generaciones futuras, se han llevado a cabo nuevos cambios en la legislación sobre pensiones y recortes en las pensiones de los actuales beneficiarios.

En cuanto a los recortes en las pensiones, estos han sido similares a los aplicados a los salarios de los funcionarios públicos. Bajo la forma de una ‘Contribución Extraordinaria de Solidaridad’, impuesta por primera vez en 2011 a las pensiones de más de 5.000 euros mensuales brutos, se aprobó un corte de un 10% a dichas pensiones. Pero, en los años siguientes dicha contribución fue alargada a un grupo mucho más amplio de pensionistas; las tasas se fijaron entre un 3,5% para las pensiones entre 1.350 y 1.800 euros brutos y un 40% para las cuantías

¹⁷ Véase el Informe del Comité Portugués para UNICEF, *As Crianças e a Crise em Portugal - Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*, 2013.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

superiores a 7.545 euros. El dinero se destina al sistema de seguridad social responsable por el pago de cada pensión. Paralelamente, y tal como ha pasado con los salarios, no se han incrementado las pensiones desde 2011, con excepción de la pensión mínima de sobrevivencia (cuyo valor es de 246,36 euros).

La edad de jubilación también ha sido aumentada, y está actualmente en los 66 años. La fórmula de cálculo de la pensión ha sufrido igualmente importantes alteraciones, en sentido desfavorable al trabajador. El montante a recibir depende ahora no solo de la edad e historia laboral y contributiva del ciudadano, sino también de un factor de sostenibilidad, directamente relacionado con la esperanza media de vida, que determina un recorte adicional de las nuevas pensiones. La posibilidad de jubilarse anticipadamente se ha suspendido durante el periodo de asistencia económica y financiera, y cuando se retome traerá consigo una fuerte penalización y respectiva reducción de la pensión.

2.3. Reformas en materia de sanidad

El sector de la salud tiene también un papel importante en el diseño de las reformas jurídicas y políticas exigidas en los Memorandos y implementadas por el Gobierno portugués. Allí se preveía un ahorro de 550 millones de Euros, a través de la reducción del gasto público en prestaciones de sanidad.

Las reformas adoptadas en relación con el Servicio Nacional de Salud portugués han tenido un impacto significativo en su funcionamiento, así como en su capacidad de cobertura universal. El gasto público con el SNS



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

disminuyó visiblemente entre 2009 y 2012, comprometiendo la cantidad y calidad de las prestaciones, y consecuentemente, aumentando la presión sobre los profesionales de la salud¹⁸. Son varios los hechos que nos permiten confirmar esta afirmación, entre los cuales: la disminución del número de consultas en los servicios públicos de salud; la disminución del número de niños hasta 13 años con plan nacional de vacunación al día; la reducción del número de cirugías y de urgencia en varios hospitales, y la reducción de transporte de los enfermos no urgentes¹⁹.

En este contexto, parece natural que la vulneración del derecho a la salud durante el periodo de la crisis sea una de las principales quejas de los ciudadanos, en particular de las personas mayores y de los enfermos crónicos. Los últimos años han estado marcados por el cierre de hospitales y centros de cuidados primarios del Servicio Nacional de Salud. Otra medida muy criticada es la implementación de un nuevo modelo de gestión centralizada de unidades hospitalarias.

Preocupante es el enorme aumento de las tasas de copago en el Sistema Nacional de Salud, aprobado en respuesta a una exigencia del Memorando. El número de exenciones ha disminuido considerablemente a causa de la reducción del número de categorías de ciudadanos exentos del copago. Ahora, solamente los niños hasta 12

¹⁸ PORDATA, *Despesa total e com pessoal ao serviço - Continente - Portugal*, disponible en

<http://www.pordata.pt/Portugal/SNS+despesa+total+e+com+pessoal+ao+servico+++Continente-330>.

¹⁹ Véanse Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 - Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, 2012, y *Relatório de Primavera 2014 - Saúde, Síndrome de Negação*, 2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

años y los desempleados con subsidios inferiores a 650 euros están exentos de la obligación del pago de las tasas de sanidad.

A las reformas anteriores, se añade la fuerte reducción de las ayudas del Estado para el transporte de enfermos no urgentes: al contrario de lo que sucedía antes, en la actualidad el gasto de dicho transporte es costado, parcialmente, por el paciente, salvo que demuestre que carece de capacidad o disponibilidad económica para ello. Naturalmente, todo esto hace más difícil el acceso a las prestaciones de sanidad, en especial para los ciudadanos que viven en pueblos más aislados, poniendo en duda la efectividad de su derecho fundamental a la salud. La cuestión de la desigualdad en el acceso a la salud (en particular, de las desigualdades territoriales) es un problema discutido a nivel político y jurídico²⁰.

2.4. Reformas en materia de educación

Las reformas adoptadas en materia de educación tienen como objetivo fundamental la disminución del gasto público, a través la

²⁰ Véanse los Informes *Health at a Glance: Europe 2014*, OECD Publishing 2014, en http://dx.doi.org/10.1787/health_glance_eur-2014-en; Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 – Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, 2012, disponible en <http://www.observaport.org/sites/observaport.org/files/RelatorioPrimavera2012.pdf>; y Gulbenkian Platform for a Sustainable Health System, *Um futuro para a Saúde – todos temos um papel a desempenhar*, 2014, disponible en http://www.gulbenkian.pt/mediaRep/gulbenkian/files/institucional/FTP_files/pdfs/FuturoSaude2014/RelatorioFuturodaSaudePT2014/index.html.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

disminución de recursos dedicados a esta política pública, especialmente a las escuelas públicas. De hecho, los gastos del Estado con educación sufrieron un recorte abrupto del 4,8% al 3,9% del PIB entre 2010 y 2012, volviendo a aumentar al 4,2% en 2013²¹. Estos recortes están en consonancia con lo acordado en el Memorando de la Troika, que preveía la reducción de costes en el área de la educación, con un ahorro de por lo menos 195 millones de euros, a través de la racionalización de la red escolar, de la reducción de personal, gastos centralizados y recorte de las transferencias para colegios concertados.

Para alcanzar estos objetivos, el Gobierno adoptó una serie de medidas con un serio impacto en la calidad del sistema educativo y en el acceso de los menores a una educación digna y que promueva la igualdad de oportunidades. En consecuencia, se aumentó el número de alumnos por clase (de 24 a 26 en primaria y de 28 a 30 en educación secundaria); se alargaron los horarios de los profesores y muchos fueron despedidos, a causa de la disminución de actividades en las escuelas y de la disminución del apoyo extra prestado a estudiantes con dificultades²².

²¹ PORDATA, Despesas do Estado em educação: execução orçamental em % do PIB – Portugal disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Despesas+do+Estado+em+educacao+execucao+orcamental+em+percentagem+do+PIB-867>

²² Observatório de Políticas de Educação e de Formação, *O estado da educação num estado intervencionado – Portugal 2014* disponible en <http://www.op-edu.eu/media/O%20ESTADO%20DA%20EDUCACAO%20NUM%20ESTADO%20INTERVENCIONADO.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Particularmente problemática desde un punto de vista de los derechos fundamentales es la gran reducción de mecanismos de integración y ayuda a niños y jóvenes con necesidades especiales o discapacidades. Aunque el número de afectados por este tipo de problemas matriculados en el sistema público de enseñanza haya aumentado (de 62.100 en 2012/2013 a 65.000 en 2013/2014), los recursos a ellos dedicados han disminuido de forma notoria. El número de profesores de educación especial en las escuelas públicas ha sufrido un recorte del 6,23% y el número de otros profesionales, tales como logopedas, fisioterapeutas, psicólogos y otros, ha caído un 16,24%²³. Esta situación es dramática, no solo por el perjuicio evidente para el desarrollo armonioso de los menores, sino también desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, teniendo en mente la compleja combinación de derechos fundamentales afectados.

3. Derechos fundamentales y mecanismos de garantía

Las medidas descritas han afectado, por veces de forma intensa, un conjunto importante de derechos fundamentales consagrados en la Constitución portuguesa (derecho al trabajo; artículos 53, 58 y 59;

²³ Conselho Nacional de Educação, *Estado da Educação 2013*, disponible en <http://www.cnedu.pt/content/noticias/CNE/Estado-da-Educacao-2013-online-VF.pdf> y datos del Ministerio de Educación y Ciencia, disponibles en <http://www.dgeec.mec.pt/np4/224/>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

derecho a la seguridad social, artículo 63; derecho a la salud, artículo 64; derecho a la educación, artículo 74, etc.). Teniendo en mente la relevancia jurídico-constitucional y política de las reformas, la oposición y contestación a las exigencias de los Memorandos y a las opciones del Gobierno se hizo en distintos planos: en el Parlamento, a través de frecuentes manifestaciones de la ciudadanía y, finalmente, con recurso a los mecanismos de vigilancia, fiscalización y garantía de derechos fundamentales existentes, en particular, los tribunales.

Un análisis de los resultados de las solicitudes presentadas a cada uno de los mencionados mecanismos de garantía de derechos muestra que estos pueden analizarse a partir de dos dicotomías básicas: la de eficacia/ineficacia, que está acompañada por un eje paralelo de auto-contención/no auto-contención; y la proximidad en relación con el ciudadano, oscilando entre mecanismos de bajo nivel y mecanismos de alto nivel, según la distancia de la ciudadanía. Ahora bien, las decisiones o informes de las instituciones de garantía de derechos con menor grado de eficacia presentan también, en general, un menor grado de auto-contención, identificando con más frecuencia problemas de constitucionalidad en relación con las medidas de austeridad, incluso en el campo de los derechos de igualdad.

Hay riesgos reales que resultan de interponer frecuentemente recursos en los tribunales cuestionando la validez de medidas de austeridad, y ese proceso impone necesariamente dificultades considerables. No se olvida, tampoco, que es indispensable establecer criterios metodológicos que puedan orientar la decisión, y que, de todas formas, siempre se verificarán insuficiencias. No creemos que el recurso al poder judicial sea la respuesta adecuada para todos los litigios



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

político-constitucionales, ya que el diseño y la efectiva realización de políticas sociales eficaces es una tarea de la esfera de la política, que se debe de imponer, por fuerza, en ese campo y no a través de procesos judiciales. Pero, la verdad es que los mecanismos jurídicos de garantía de los derechos han tenido un papel relevante e importante de afirmación de la normatividad de las disposiciones constitucionales, en un contexto difícil, y en el cual los argumentos basados en la idea de necesidad insuperable parecían justificar cualquier tipo de medida.

a) El Defensor del Pueblo

El primer ejemplo de una actuación positiva en la defensa de los derechos fundamentales ha sido el Defensor del Pueblo portugués, que identificó problemas de violación del principio de igualdad en situaciones relacionadas con el régimen jurídico relativo a varios derechos sociales, como la salud, la educación y la vivienda. Además, y utilizando sus poderes constitucionales, este órgano ha pedido la fiscalización abstracta de la constitucionalidad de varias normas que implementan medidas de austeridad.

Su recomendación más profundizada tiene por objeto la reforma de leyes sobre el Servicio Nacional de Salud²⁴. El Defensor del Pueblo pide, en primer lugar, atenuar el sistema binario de las tasas de copago, que se

²⁴ Recomendación del Defensor del Pueblo portugués n.º 11/B/2012 proc. Q-1165/12 (A6), *Novo regime de acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde* (11/B/2012), de 13 de septiembre de 2012.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

basa en dos categorías únicas (exento/no exento). Este diseño crea disparidades preocupantes entre personas con rentas muy similares y es completamente ajeno a las circunstancias familiares concretas de los beneficiarios adultos. Por ello, se sugiere la introducción de elementos de progresividad en el sistema de tasas, en analogía con lo que sucede con otras prestaciones sociales aseguradas por el Estado, lo que permitiría atenuar, al menos, las situaciones más perversas o injustas y promover una mayor igualdad sustancial entre los usuarios del Servicio Nacional de Salud. La progresividad implicaría la creación de escalones intermedios de exención parcial o modificaciones en los valores de las tasas.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el copago busca, según el legislador, incentivar un uso responsable y moderado de los servicios de sanidad, evitando así su descontrol, pero sin vetar el acceso a los ciudadanos que realmente los necesitan, el Defensor del Pueblo recomienda el cobro o exención de las tasas de acuerdo con una evaluación estrictamente médica de la justificación clínica para recurrir a los servicios de urgencia. las reglas concretas de determinación de la renta relevante, que ignoran por completo la constitución de las familias, ya que consideran únicamente las rentas relevantes y la existencia de un adulto o una pareja. Según el Defensor del Pueblo, esta situación viola imperativos de justicia e igualdad al tratar igual a casos concretos claramente distintos, los de ciudadanos solos o en pareja con y sin hijos a su cargo. Estas reglas son más penalizadoras cuanto mayor sea el número de menores dependientes, y afectan en especial a las familias monoparentales, introduciendo una dificultad más en un día a día que ya es, por norma, más difícil que el de las familias con dos adultos.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

b) El Tribunal Constitucional portugués

A pesar de la contribución relevante del Defensor del Pueblo, en lo que respecta a la tutela de derechos fundamentales a nivel nacional, los grandes actores han sido, sin duda, los tribunales, en especial del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, es conocido el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional portugués durante el periodo de crisis. En general, se señala su papel de intervención y defensa de los derechos fundamentales, contra las medidas de austeridad. Pero, un análisis más ponderado de la designada “*jurisprudencia de la crisis*” permite comprobar que la posición del Tribunal Constitucional ha sido bastante más compleja y que, lejos del activismo judicial del que se le acusa, ha ejercido un notable grado de auto-contención en sus decisiones acerca de las medidas adoptadas por el Gobierno como respuesta a la crisis.

La dicha “*jurisprudencia de la crisis*” incluye un conjunto de decisiones del Tribunal Constitucional adoptadas entre 2010 y 2014. Proferidas en procesos de fiscalización abstracta de la constitucionalidad, estas sentencias tienen por objeto muchos de las principales cambios normativos adoptados como respuesta a la crisis y a las exigencias de los Memorandos: Sentencia 399/2010 (Taja adicional del impuesto sobre personas físicas); Sentencia 396/2011 (Presupuesto del Estado 2011); Sentencia 353/2012 (Presupuesto del Estado 2012); Sentencia 187/2013 (Presupuesto del Estado 2013); Sentencia 474/2013 (“Recalificación” de los funcionarios públicos); Sentencia 602/2013 (Código Laboral); Sentencia 794/2013 (40 horas semanales); Sentencia 862/2013 (Convergencia de sistemas de pensiones); Sentencia 413/2014 (Presupuesto del Estado 2014);



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Sentencia 572/2014 (Contribución Especial de Solidariedad 2014); Sentencia 574/2014 (Recortes salariales 2014-2018); Sentencia 575/2014 (Contribución Especial de Sostenibilidad)²⁵.

Pero, estas decisiones no son las únicas en materias relevantes para el análisis de las medidas de austeridad. En varios casos, y en particular en materia laboral, muchos de los cambios verificados en el período de crisis solo profundizan, como ya se ha dicho, tendencias anteriores que, por veces, ya habían sido fiscalizadas por el Tribunal Constitucional. Véanse, por ejemplo, la Sentencia 632/2008, en la cual se declara inconstitucional la ampliación del período experimental de los trabajadores indiferenciados para 180 días o la Sentencia 338/2010, en la cual se declara inconstitucional la atribución de naturaleza facultativa al procedimiento disciplinar para despido, en ciertas circunstancias. En la misma decisión, la adopción de un banco de horas y otras medidas de flexibilización laboral han sido juzgadas conformes a la Constitución. Finalmente, cabe aún señalar la Sentencia 296/2015, en la cual se declara inconstitucional un cambio legislativo relativo al régimen de la renta mínima que afectaba a los extranjeros: la exigencia, añadida por el legislador en el año 2012, de un plazo de 3 años de residencia legal para poder solicitar dicha prestación social ha sido considerada contraria al principio constitucional de la proporcionalidad.

Teniendo en mente el conjunto de la designada *jurisprudencia de la crisis*, vemos que el Tribunal Constitucional ha sido llamado a atestiguar

²⁵ Toda la jurisprudencia constitucional portuguesa está disponible en www.tribunalconstitucional.pt.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

la constitucionalidad de un número importante de normas sobre tres tipos de materias: legislación sobre el sector público de empleo, en particular normas sobre cortes salariales, alteraciones en la remuneración del trabajo extraordinario y mecanismos de ‘recalificación’; en segundo lugar, legislación sobre prestaciones de Seguridad Social, en especial sobre recortes de y contribuciones especiales sobre las pensiones y alteraciones del sistema de cálculo de las pensiones del sector público (convergencia de pensiones); por último, legislación sobre impuestos, tasas y fuentes de financiación estatal (como la contribución especial sobre el subsidio de enfermedad y de desempleo).

Ahora bien, en relación con los recortes salariales y de pensiones el Tribunal ha declarado varias veces la inconstitucionalidad de medidas de este tipo con base a un argumento fundamental: la violación del principio de igualdad, en la dimensión de igualdad ante los gastos públicos. De hecho, el Tribunal Constitucional portugués ha desarrollado una fundamentación de sus decisiones basada en la idea de igualdad proporcional: aunque se puedan admitir, debido a las diferencias de estatus y a la dependencia de los presupuestos públicos, sacrificios adicionales a los funcionarios y pensionistas en función de las necesidades de equilibrio de las cuentas públicas, esos sacrificios no pueden ser demasiado agudos en relación con los objetivos perseguidos, bajo pena de violación del principio de igualdad. Así pues, el Tribunal aceptó los recortes de salarios y pensiones introducidos en 2011 (y que se han mantenido, aunque con una disminución progresiva, hasta 2016), pero ha declarado inconstitucionales todos los recortes adicionales. Además, el Tribunal Constitucional no consideró contrarios al



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

parámetro constitucional todos los recortes (muy significativos) en la remuneración del trabajo extraordinario ni el aumento del horario de trabajo de los funcionarios públicos, que se produjo sin el correspondiente ajuste salarial (lo que equivale, en la práctica, a otro recorte salarial).

Con respecto a la legislación sobre el sistema de pensiones, el Tribunal declaró inconstitucional la llamada “convergencia de pensiones”, que en la práctica representaba una reforma de las pensiones del sector público, bastante perjudicial para los jubilados; la fundamentación de la sentencia se centra en el carácter casuístico de los cambios legislativos, que no constituían una modificación profunda, consensuada y justificada del sistema de pensiones, lo que, si se analiza junto a la disminución significativa de las pensiones actuales, implica una violación del principio de la protección de confianza, comprendido como una consecuencia lógica del principio del Estado de derecho democrático. Pero el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de otras medidas relativas a pensiones, como el caso de la Contribución Especial de Solidaridad —tributo que incidía únicamente sobre pensiones superiores a 1.350 euros mensuales— que fue muy criticado tanto en el plano político como jurídico. El Tribunal portugués declaró que la medida, al ser temporal y excepcional, era necesaria para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de cara a la consolidación de las cuentas públicas y que, además, presentaba cierto carácter redistributivo, en razón de las tasas progresivas.

Finalmente, en lo que atañe a los cambios en el sistema fiscal y a la creación de nuevos tributos, el Tribunal Constitucional únicamente declaró inconstitucionales las tasas sobre los subsidios de enfermedad y



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

desempleo. El Tribunal consideró que estos tributos afectaban a grupos especialmente vulnerables y que, a pesar de estar en ‘estado de emergencia económica’, el legislador tiene de asegurar un mínimo de garantías destinadas a proteger, ante todo, el derecho a una vida digna; así, la imposición de un tributo adicional a personas en situación extremadamente precaria constituye un límite a su autonomía y vulnera el principio constitucional de proporcionalidad. Todas las otras reformas fiscales, incluyendo medidas de naturaleza evidentemente regresiva, fueron consideradas dentro del margen de libre apreciación del legislador.

Al contrario de lo que los críticos hacen ver, el Tribunal portugués demostró, así, un notable grado de auto-contención en su apreciación de las medidas de austeridad, estando su actuación muy lejos de cualquier tipo de activismo judicial. Además, el Tribunal ha centrado su argumentación no en normas específicas sobre derechos sociales (en las cuales la Constitución portuguesa es especialmente rica), sino en principios constitucionales fundamentales —con especial importancia del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y el principio de protección de la confianza—. Los argumentos presentados contienen elementos interesantes desde el punto de vista de la igualdad sustancial, concretamente la idea de protección especial de los desempleados y enfermos, debido a su especial vulnerabilidad, y la consideración de la naturaleza redistributiva de ciertas medidas fiscales para aceptar su conformidad con la Constitución. Pero, en general, la jurisprudencia constitucional portuguesa presenta un elevado grado de deferencia en relación con las medidas tomadas por el legislador para responder a la crisis económica (es de señalar, además, que no han sido



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

declaradas inconstitucionales la gran mayoría de las reformas de la legislación laboral que benefician al empleador en el equilibrio de fuerzas en la relación de trabajo, en particular las modificaciones y límites a la contratación colectiva)²⁶.

El papel de los tribunales – en particular del Tribunal Constitucional – durante la crisis muestra tanto su inigualable importancia como mecanismo de garantía de derechos fundamentales y control del poder, como las limitaciones y contradicciones inherentes a sus decisiones. Así, para muchos ciudadanos portugueses, los tribunales han sido, de hecho, el único mecanismo del Estado social de derecho que ha funcionado a su favor, asegurándoles la protección y las prestaciones que el pacto constitucional les había atribuido hasta la crisis. Pese a ello, un análisis

²⁶ En este sentido, y desde una perspectiva crítica, véase Pinheiro (2014): “*Entendemos que a “jurisprudência da crise” traduz um “processo negocial” entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”.* O TC socorreu-se da “*prosecução do interesse público*” dentro de uma ordem “*transitória*” e “*excepcional*” para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de “*crise*”. A utilização banal e repetitiva, amiúde sem fundamentação abundante, do “*interesse público*” serviu de base a uma sequência de decisões do TC em manifesta cedência da normatividade – tal como vinha sendo interpretada – à verdade do mundo”. En sentido idéntico, y sobre las reacciones jurídicas y políticas a las decisiones del Tribunal Constitucional, véase Loureiro (2014): “*Even if the idea of state of exception is not used, it is true that some Constitutional Courts – for instance, the Portuguese one – used emergency to justify not having declared some measures unconstitutional, given their temporary and exceptional character. (...) Faced with some constitutional defeats at the Constitutional Court, some voices herald a specific anticonstitutionalism, supporting constitutional amendments or even proposing a new constitution. But with a few exceptions this strategy seems to ignore that fundamental pieces of crisis jurisprudence draw on juridical principles such as protection of confidence, proportionality and equality, that are part of the core of the legal order, imposing themselves even to the constitution-making power*”.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

objetivo de la jurisprudencia de la crisis muestra también insuficiencias y puntos críticos.²⁷

Así, y de un modo general, el Tribunal Constitucional está bastante limitado en su acción, que depende de las intervenciones concretas que les sean presentadas. A este respecto, hay que señalar la importancia del papel de las minorías parlamentarias en el control de constitucionalidad de medidas lesivas de derechos fundamentales, adoptadas como respuesta a la crisis. Fue el caso de Portugal, con los recortes de salarios y pensiones de 2012 y 2013 o con las tasas sobre los subsidios de enfermedad y de desempleo. Este es un aspecto interesante del posible diálogo entre parlamentos y tribunales y un mecanismo importante de control del poder legislativo.

En segundo lugar, la jurisprudencia —en especial la constitucional, por el alcance y los efectos de sus decisiones— presenta, en regla, un grado elevado de auto-contención en el ejercicio de sus poderes. El

²⁷ Véase, por ejemplo, la crítica de Novais (2014); en el trabajo citado, el autor afirma que el Tribunal Constitucional portugués intenta conciliar dos posiciones imposibles, al garantizar, en la práctica, los derechos sociales, pero con fundamento en la doctrina portuguesa tradicional, muy restrictiva en esta materia: *“o Tribunal Constitucional tem ensaiado nos últimos anos uma verdadeira tentativa de quadratura do círculo: na prática faz, em geral, um controlo intensivo das agressões legislativas aos direitos sociais, mas procede a esse tipo de controlo ao mesmo tempo que rejeita a natureza jusfundamental destes direitos. Ou seja, na sua jurisprudência mais recente, que não na história do Tribunal Constitucional, há, na prática, uma intenção clara de defesa dos direitos sociais, mas essa intenção é traída quando o Tribunal o pretende fazer recorrendo ao arsenal teórico da doutrina tradicional portuguesa dos direitos fundamentais. Então, no espaço aberto por tal contradição, o Tribunal Constitucional acaba por dar involuntariamente alento teórico ao criticismo assente na acusação infundada de activismo judicial”*.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

número de medidas no declaradas contrarias a la constitución es muy significativo. En el discurso jurídico-político, la atención suele centrarse en las declaraciones de inconstitucionalidad, pero estas fueron bastante pocas si tenemos en consideración el universo total de medidas de austeridad, así como las medidas judicialmente cuestionadas. Por otro lado, los propios tribunales han limitado, en ocasiones, los efectos de sus decisiones, por miedo a afectar demasiado al equilibrio de las cuentas públicas perseguido por los poderes ejecutivo y legislativo. Véase la decisión del Tribunal Constitucional portugués de 2012, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la suspensión del pago de las pagas extraordinarias (de vacaciones y Navidad) de los salarios de los funcionarios públicos y de las pensiones, pero los efectos de la declaración se mitigaron de tal forma que, en la práctica, las medidas inconstitucionales se aplicaron en la totalidad.

c) Tutela internacional: del Comité Europeo de los Derechos Sociales al TJUE

A nivel internacional, varios mecanismos y organismos de garantía de derechos han analizado las medidas adoptadas para combatir la crisis económica y sus consecuencias. Efectivamente, organizaciones internacionales como la OIT, así como peritos y órganos de control en el marco de la ONU (como el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres o el Comité sobre los derechos del niño) han expresado su preocupación con relación al respeto de los estándares internacionales de derechos humanos y al



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

impacto jurídico y socio-económico de ciertas medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis.

Las decisiones internacionales más importantes en lo que respecta a los derechos sociales, igualdad sustancial y crisis económica son probablemente las del Comité Europeo de los Derechos Sociales. Así pues, en relación con Portugal²⁸, el Comité de Derechos Sociales consideró que el nivel de la prestación social de la renta mínima (que se han rebajado las prestaciones y se ha alterado durante el periodo de crisis) es manifiestamente inapropiado para asegurar un nivel de vida adecuado a sus beneficiarios, ya que no garantiza que estos se sitúen por encima del umbral de pobreza (que equivale a cerca de 350 euros mensuales, lo que es significativamente superior a la prestación media de renta mínima en Portugal, aproximadamente de 90 euros).

Además, el Comité verificó que las alteraciones legislativas que rebajaban los valores del trabajo realizado en días festivos al salario regular más un 50% violaban el artículo 2.2 de la Carta Social Europea. Para el Comité, y pese a reconocer que los Estados tienen margen de apreciación en la materia, no se ha alcanzado un nivel adecuado de compensación para el trabajo prestado en días festivos.

²⁸ El conjunto de las decisiones más recientes del Comité de Derechos Sociales con relación a Portugal se puede encontrar en COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER – *European Committee of Social Rights Conclusions 2014 (PORTUGAL)*, 2015, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Prep/Portugal2014_en.pdf.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Asimismo, y en lo que respecta a la remuneración, el Comité examinó las alteraciones al Código del Trabajo que han reducido, de forma significativa, la compensación del trabajo extraordinario, a consecuencia de lo acordado en el Memorando firmado con la Troika. Así, confirmó que el valor pagado por las horas extraordinarias se había rebajado a la mitad de lo que estaba previsto en la legislación anterior y que los mecanismos de flexibilidad previstos en las leyes laborales, como el banco de horas, han tenido como consecuencia que muchas horas de trabajo dejen de ser consideradas como trabajo extraordinario, perdiéndose el derecho a la respectiva compensación. El Comité manifestó dudas sobre la adecuación de este régimen jurídico con la Carta Social Europea y aplazó su decisión hasta recabar más información. Sin embargo, declaró que se violaba el artículo 4.2 de la Carta en el caso de los oficiales de policía, que no reciben compensación por trabajo extraordinario cuando están en prevención activa (fuera del local de trabajo, pero disponibles mediante llamada) o en turnos fuera del horario habitual.

En último lugar, el salario mínimo portugués también fue considerado insuficiente para garantizar un estándar de vida digno. El Comité ha señalado repetidamente que un salario mínimo que pretenda garantizar un nivel de vida decente, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Carta, no puede ser menor al 50% del salario medio líquido. Ahora bien, el salario mínimo en Portugal no alcanza dicho valor por lo que no está en concordancia con el parámetro normativo de la Carta Social Europea.

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue llamado a pronunciarse varias veces sobre la adecuación de las medidas de austeridad con los parámetros constitucionales de la Unión.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Uno de los primeros casos apreciados²⁹ parte de un reenvío prejudicial de un tribunal portugués que tiene por objeto la interpretación del artículo 47 de la Carta, a propósito de la aplicación de medidas de austeridad —en especial, de recortes salariales— acordadas con las Instituciones Europeas (en el marco de las negociaciones del programa de rescate con la Troika). Estaba en causa la aplicación del principio de la igualdad de trato a los trabajadores del sector público y la validez de la discriminación por razón de naturaleza pública del vínculo laboral que la legislación sobre los presupuestos del Estado creó al instituir los recortes salariales, problemas que, además, fueron retomados y reformulados en posteriores interpelaciones al TJUE³⁰.

El órgano jurisdiccional remitente tenía en manos un proceso sobre la aplicación de los recortes salariales previstos en el presupuesto del Estado para 2011 a los trabajadores del BPN, un banco nacionalizado en 2008, como consecuencia de la gravedad de su situación financiera. Ante tal situación, los salarios de sus trabajadores fueron objeto de recortes salariales, en condiciones de igualdad con los funcionarios públicos, y en contradicción con lo previsto en el Acuerdo Colectivo de Trabajo para el Sector Bancario, firmado por el banco. Así, el Tribunal nacional planteó al TJUE una serie de cuestiones fundamentales, relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

²⁹ Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*, de 7 de marzo de 2013.

³⁰ Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, de 21 de octubre de 2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Así pues, el tribunal *a quo* pretendía saber lo siguiente: si el principio de igualdad de trato, del cual emana la prohibición de discriminación, debe ser interpretado en mismo sentido que el de los trabajadores del sector público; si la imposición estatal de reducción de salarios, a través de la Ley del Presupuesto del Estado para 2011, que se aplica únicamente a trabajadores que ejercen sus funciones en el sector estatal o empresarial público, es contraria al principio de prohibición de discriminación, dando lugar a una discriminación por razón de la naturaleza pública del vínculo laboral; si el derecho a condiciones de trabajo dignas, previsto en el artículo 31.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe ser interpretado en el sentido de que se prohíba disminuir la remuneración sin el acuerdo del trabajador, en el caso de que el contrato se mantenga inalterado; si dicho derecho debe ser interpretado como un derecho a una remuneración justa que garantice a los trabajadores y su familia un nivel de vida satisfactorio; si la reducción de salario, no constituyendo la única medida posible, necesaria y fundamental para el esfuerzo de consolidación de las finanzas públicas en una situación de grave crisis económico-financiera del país, es contraria al derecho previsto en el artículo 31.1 de la Carta por colocar en riesgo el nivel de vida y los compromisos de orden financiera asumidos por los trabajadores y sus respectivas familias, antes de esa reducción; y finalmente, si la reducción de salarios impuesta por el Estado portugués sería contraria al derecho a condiciones de trabajo dignas, por no ser previsible ni predecible por los trabajadores.

La interpelación al Tribunal de Justicia, por otra parte, parece tener todo el sentido. Efectivamente, en los términos del artículo 51 de la



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

CDFUE, las disposiciones de la Carta vinculan a las Instituciones de la Unión, así como a los Estados miembros, cuando apliquen derecho comunitario. Así pues, tanto las medidas previstas en los Memorandos de los programas de asistencia económica y financiera, así como las medidas nacionales de implementación y ejecución, deberían estar en concordancia con los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales, en especial con el parámetro establecido por la Carta. Recordemos, además, que el propio TJUE siempre ha mantenido una interpretación amplia de la vinculación por parte de los Estados a las exigencias que se derivan de la protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario³¹.

La posición del Tribunal de Justicia ha sido, en cambio, bastante distinta. En primer lugar, ha recordado que en el ámbito de un reenvío prejudicial, en los términos del artículo 267, el TJUE puede interpretar únicamente el derecho de la Unión dentro de los límites de competencias atribuidas a la institución. Sin embargo, entendió que la decisión del Tribunal nacional no contenía ningún elemento concreto que permitiera considerar que la Ley del Presupuesto del Estado para 2011 se destinaba a aplicar el derecho de la UE. De esta forma, según el Tribunal de Justicia, no quedó demostrada su competencia para responder a la solicitud de decisión prejudicial, lo que obligó a rechazarla por incompetencia del TJUE.

³¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Wachauf*, proc. 5/88, de 13 de julio de 1989.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Con esta decisión y la siguiente³² el Tribunal de Justicia ha decidido no aceptar un principio fundamental de cualquier ordenamiento jurídico que pueda calificarse *de derecho constitucional*: el principio según el cual todas las actuaciones de una Institución de la Unión, a cualquier título, están sujetas a los límites impuestos por el derecho constitucional de la UE, en particular por el parámetro constituido por los Tratados y la CDFUE, prestando especial atención a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es casi incomprensible que pueda entenderse la cuestión de manera distinta. Así pues, por lo menos las medidas consagradas en los Memorandos deberían estar sometidas al control del Tribunal de Justicia, como mecanismo central de garantía de los derechos fundamentales en el marco de la UE, ya que las Instituciones de la Unión son coautoras del documento.

Efectivamente, esta es una cuestión estructural e independiente de la evaluación concreta sobre la adecuación de las normas de los Memorandos con parámetros constitucionales de cualquier tipo. La CDFUE, y en particular el artículo 51 citado, no imponen ningún tipo de exigencias o requisitos en cuanto al contexto de actuación de las Instituciones y órganos de la UE, a efectos de su vinculación a los derechos fundamentales consagrados en la Carta. Esta se aplica en todas las circunstancias, tanto cuando las Instituciones actúen en el marco de la Unión, como cuando actúen en el plano del derecho internacional o de acuerdos intergubernamentales, ejerciendo competencias propias o

³² Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, de 21 de octubre de 2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

delegadas La admisión de espacios de actuación de la Comisión y del Banco Central Europeo sin cualquier tipo de barrera jurídico-constitucional es bastante preocupante, ya que equivale, en la práctica, a un ejercicio ilimitado del poder, a la negación del propio Derecho Constitucional. Desde un punto de vista académico, habrá pues que profundizar en la reflexión sobre esta paradójica utilización del Derecho en espacios (aparentemente) vacíos de derecho constitucional.

Por otra parte, sería interesante conocer la posición del Tribunal de Justicia, sobre los límites de competencias de la Unión en materias sociales. Una vez más, habría que hacer una reflexión seria sobre la paradoja resultante de la constatación de la incompetencia de la UE en materia de políticas sociales (que genera, en el fondo, la imposibilidad de establecer estándares mínimos de protección social en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos comunitarios) y la posibilidad de hacer exigencias en dichas materias en el marco de los programas de asistencia económica y financiera (exigiendo, frecuentemente, la reforma de los programas sociales existentes y la disminución de las prestaciones aseguradas a la ciudadanía).

Por último, y tal como los reenvíos prejudiciales de los tribunales portugueses pretendían resaltar las medidas de austeridad consagradas en los diversos Memorandos parecen contrarias a varios de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE. La falta de conformidad entre el parámetro y las normas cuestionadas solo podrá afirmarse en el marco de un juicio concreto, con fundamento en una lectura de las disposiciones de derechos fundamentales orientada hacia la realización efectiva de los valores constituyentes y de los objetivos básicos de la Unión, juicio este que el Tribunal de Justicia se ha abstenido, hasta el



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

momento, de hacer³³, renunciando así a una competencia que, en períodos anteriores, había vehementemente afirmado como propia.

4. Conclusiones

La reflexión sobre el ejemplo portugués, en lo que respecta al período de crisis económica y social, a las medidas de austeridad adoptadas para combatirla, a la afectación de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales por dichas medidas y, por fin, al papel de los Memorandos y de las Instituciones Europeas en el proceso, permite varias conclusiones relevantes.

En primero lugar, y teniendo en mente reformas idénticas adoptadas en otros países, como España, o Grecia, puede comprenderse que los fenómenos descritos presentan claras tendencias comunes a nivel europeo, no obstante las especificidades nacionales. Esas tendencias comunes se refieren al sentido de las reformas legislativas (pérdida de derechos laborales y precarización; recortes en los sectores de la salud y educación; disminución y reorganización de las prestaciones de seguridad social), y al tipo de argumentos jurídico-constitucionales movilizados para contestarlas, fundados en los derechos fundamentales, y en principios como la igualdad o la universalidad.

³³ Catalogando estos mismos fundamentos para la impugnación judicial de las medidas de austeridad, véase Koukiadaki (2014).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

En segundo lugar, cabe señalar que los tribunales nacionales – en especial el Tribunal Constitucional – han sido, en el caso portugués, un importante mecanismo de garantía de derechos fundamentales. Pero, y pese a las pesadas críticas que le han sido dirigidas, el Tribunal Constitucional está lejos de adoptar una posición militante, de oposición, por principio, a las medidas de austeridad elegidas por el Gobierno y impuestas por la Troika. Es importante tener presente que la grande mayoría de dichas medidas no han sido, siquiera, llevadas a la apreciación de un órgano jurisdiccional.

Por último, el ejemplo fracasado de los intentos de reenvío prejudicial, para el TJUE, por parte de los tribunales portugueses, en materia de medidas de austeridad, muestra la debilidad y las paradojas del sistema europeo de constitucionalismo multinivel, en el contexto del cual tanto los parámetros de validez (la Constitución) cuanto los mecanismos de actuación a nivel nacional se han revelado los más eficaces en la defensa de los derechos del ciudadano, no obstante sus insuficiencias.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Bibliografia

Balaguer Callejón, F., Azpitarte Sánchez, M., Guillén López, E. y Sánchez Barrilao, J.F. (2015), *El Impacto de la Crisis Económica en las Instituciones de la UE y los Estados Miembros*, Thomson Reuters Aranzadi.

Balaguer Callejón, F. (2013), *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 19.

Baptista, E. Correia (2011), *Natureza Jurídica dos memorandos de FMI e a UE*, en *Revista da Ordem dos Advogados*, 71(2).

Canotilho, M. (2015), *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Portugal*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels.

Canotilho, M., Violante, T. Y Lanceiro, R. (2015), *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, en *European Constitutional Law Review*, 11, doi:10.1017/S1574019615000103.

Caupers, J. (2015), *O Direito do Trabalho na Jurisprudência Constitucional: desenvolvimentos recentes*, Informe portugués para la 17ª Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, Lisboa, disponible en http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20151015/ctri20151015_rel_pt.pdf.

Contiades, X. (ed.) (2013), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham: Ashgate.

Coutinho, F. Pereira (2013), *A natureza jurídica dos memorandos da "troika"*, en *Themis*, XIII, 24/25.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Fischer-Lescano, A. (2014), *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Baden-Baden: Nomos.

Freixes Sanjuán, T. y Lladós Vila, J. (2015), *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels.

Galera Victoria, A. (2014), *Los derechos Sociales en Tiempos de Crisis Económica*, en *Papeles el tiempo de los derechos*, 19, disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-19-14.pdf>.

Kilpatrick, C. (2015), *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers LAW 2015/34, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1.

Koukiadaki, A. (2014), *Can the austerity measures be Challenged in supranational Courts? The cases of Greece and Portugal, An analysis for the ETUC*, University of Manchester.

Loureiro, J. (2014), *Constitucionalismo, bem-estar e crises*, en *E-pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, 3.

Morais, C. Blanco de (2014), *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*, en *E-pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, 3.

Novais, J. Reis (2014), *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina.

Novais, J. Reis (2014), *O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira*, en *E-pública – Revista Eletrônica de Direito Público*, 1.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Pereira, R.A. (2013), *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98.

Pinheiro, A. Sousa (2014), *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*, en *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 7(1).

Ribeiro, G. Almeida y Coutinho, L. Pereira (2014), *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaio Críticos*, Almedina.

Viala, A., Pinon, S. y Balaguer, F. (2015), *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, Institut Universitaire Varenne.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Abstract

Austerity and Constitutional Law: the Portuguese Example

This paper analyses the relationship between austerity measures and constitutional law, focusing especially on the Portuguese example. The economic crisis and the adoption of the Memoranda of Understanding signed with EU institutions and the IMF in exchange for loans, has led to implement laws that were at the foundation of significant economic and social changes, in areas that include health, education, social security and protection of workers. Fundamental rights in these areas are part of the core of the social state under the Portuguese Constitution, which grants them a special and detailed protection.

The work focuses on the mechanisms of protection of fundamental rights, especially on the role of the Ombudsman and the Constitutional Court. The latter has been the main 'constitutional obstacle' to the full implementation of austerity measures; however, and despite the accusation of political engagement or judicial activism, the constitutional jurisprudence during the crisis period was actually quite balanced, and based on fundamental principles rather than on social rights norms.

Keywords: economic crisis, fundamental rights, austerity measures, Constitutional Court, constitutional law.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Legal Treatment of Unaccompanied Immigrant Children against Spanish and International Legal and Political Parameters

di Gabriele Vestri *

1. Introduction

Preliminarily, we are obligated to place the figure of unaccompanied children. It is, thereby, important to establish the definitions that identify this figure warning that between international law and community law differences exist that can induce to considering the same situation, according to different legal aspects.

* International Doctor in Law and Political Sciences by Universidad of Pablo de Olavide in Seville and Extraordinary Doctorate Award. Professor of Constitutional Law at the same university, accredited Hired PhD Professor (ANECA). Researcher at the Centro Euro-Árabe de Estudios Jurídicos Avanzados, coordinator of International Relations and Mobility of the Faculty of Law at Universidad Pablo de Olavide in Sevilla. Paper subjected to a double blind peer review.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

In this sense, in 1997, UNHCR promulgated the definition of Unaccompanied Foreign Children (MENA, in Spanish), according to which these are “children and adolescents under 18 years of age outside their country of origin and who are separated from both parents or from the person who by law or custom had them under their care”. By 1999, the very UNHCR revised its own definition and introduced the concept of “separated”¹. This point of view, seeks to substitute the concept of unaccompanied children for that of separated children motivated by the “desire to broaden the care setting of not only children who are alone in European countries, but also of all those who are not with their biological parents or legal guardians and live in the host countries accompanied by adult relatives (sibling, uncle/aunt, cousins, etc.), who have also endured prior separation processes and who have required or require protection. In some cases, the fact that children live specifically with them does not mean that these relatives are capable of caring for them” (Capdevila, Ferrer 2003, 17).

Added to this is the MENA definition offered by EU law: “children under 18 years of age, citizens of third countries or who are stateless, who arrive to territories of member States of the European Union without being accompanied by an adult responsible for them, whether legally or through a custom agreement, while not effectively under the care of said responsible adult, as well as those children left alone after their

¹ Definition by the High Commissioner for Refugees of the United Nations and the Save the Children Organization in its declaration of good practices.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

entry to the member States”². This refers to the condition of their nationality, literally understanding that children who are citizens of member States of the European Union do not fit into this definition. The consequence is the risk of a different treatment among collective equals and, hence, the creation of two models: unaccompanied children from the European Union and unaccompanied foreign children.

2. Constitutional norms and immigrant children

It is undoubtedly necessary to highlight the constitutional parameters also related to immigrant children. In the first place, it seems opportune to establish entitlement and the exercise of freedoms of foreigners within the Spanish constitutional order (Bordonado Bermejo 2006, 417). Thus, Article 13 of the CE establishes that “foreigners are entitled in Spain of the public freedoms guaranteed in its Title I, in the terms established by Treaties and the Law”. Along with Article 13, we must also appreciate Article 10.1 CE that establishes the dignity of an individual, inviolable rights, free development of personality, respect for the law and social peace. Posing, in this sense, the question of what rights are recognized to all, nationals and foreigners, and which are only recognized for nationals (e.g. article 14 CE)³.

² EU Council (Resolution), 26/06/1997. Diario Oficial number. C 221 of 19/07/1997. Directives of the EU Council 2001/55/CE, 2003/9/CE and 2003/86/CE, which incorporate the reference of the stateless.

³ In this sense, it is convenient to remember that certain precepts of Organic Law 4/2000, of 11 January, on the rights and freedoms of foreigners in Spain, and their social



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

The Spanish Constitutional Tribunal, STC 107/1984 of 23 November, FJ.3, alludes to the articles mentioned, upon solving an appeal of protection for alleged violation of Articles 13 and 14 of the Constitution, referring to the difference in treatment between Spaniards and foreigners. In this sense, on one hand, it is stressed that in the Spanish Constitution there is no prescription that extends such quality to foreigners; however, on the other hand the Spanish Constitution does have a direct relationship with international treaties. It is in this aspect that foreigners in Spain will have the same freedoms attributed by Treaties and the Law. The High Tribunal also mentions “direct” recognition of the fundamental rights included in the Spanish Constitution that correspond to foreigners through constitutional mandate.

After this, the second paragraph of Article 13 CE excludes foreigners from enjoying political rights, although some exceptions exist in municipal elections. The Constitutional Tribunal highlights how Article 13 CE “recognizes for the legislator the possibility of establishing additional conditions to the exercise of fundamental rights by foreigners, but for them, in all cases constitutional prescriptions must be respected, given that said precept cannot be estimated by permitting the legislator to freely configure the right itself, when it has been recognized for foreigners directly by the Constitution (...). One thing is, in effect, to authorize differences in treatment between Spaniards and foreigners, and another

integration was declared in part unconstitutional in that it denied recognition of certain to fundamental rights to foreigners residing illegally in Spain (Spanish Constitutional Tribunal, Sentence 236/2007).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

is to understand that authorization as a possibility of legislating to that extent without considering the constitutional mandates”⁴.

Also, it is necessary to deal with entitlement and the exercise of rights and freedoms of foreign children. In the first place, the Constitution in article 10 recognizes the dignity of the individual without distinction of nationality or age. In the second place, article 14 CE, although not specifically, collects non-discrimination on grounds of age; the same Constitutional Tribunal, in sentence 75/1983 of 03 August, highlights:

Age is not among the circumstances normatively enunciated in Article 14, but it should not be seen herein a closed typifying intention that excludes any other precept, alluding to any other personal or social condition or circumstance, nature of personal circumstance that must be preached of age.

The content of Articles 10 and 14 of the Spanish Constitution is applied not only to national children, but also to foreign children and immigrants. In this sense, the right to life, to physical and moral integrity, personal freedom, right to honor, to intimacy, and right to freedom of speech are recognized.

3. Supranational norms

At international level, the principal norm is – undoubtedly – the International Convention on the Rights of the Child (ICRC), approved by

⁴ Spanish Constitutional Tribunal, Sentence 115/1987 of 7 July



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

the General Assembly of 20 November 1989, which culminates the path traced internationally by the Geneva Declaration of 1924 on the Rights of the Child and the Declaration of the Rights of the Child approved by the General Assembly of 20 November 1959, and continued by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, as well as the pertinent statutes and instruments of specialized organisms and international organizations concerned with protecting children.

The spirit of the 1989 Convention, along with the dispositions underpinned by a logic of understanding the child as a weak subject, supposes recognizing dispositions that emphasize on the autonomy of children⁵. Emblematic in this sense is Article 12 of the Convention, according to which it must be guaranteed that “Member States will guarantee children to be in conditions of forming their own views, the right to freely express their opinion on all issues that affect children, duly bearing in mind the opinions of the child, in function age and maturity of the child”. With said purpose, it is foreseen that “particularly, the child will be granted the opportunity to be heard in every legal or administrative procedure affecting the child, whether directly or through a representative or an appropriate organ, in keeping with procedure norms of national law”.

⁵ According to Article 1 of the Covenant of the Rights of the Child: “for the effects of the present Covenant, as child we understand every human being below 18 years of age, unless, by virtue of the law applicable to said individual, full age had already been reached”.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

The dimension of the child as an autonomous subject, however, is clearly perceptible, for example, in Article 13, which recognizes the child's right to freedom of speech⁶, or Article 14 that requires observing the child's right to freedom of thought, of conscience, and religion, as well as article 15 on the Rights of the Child to the freedom of association and the freedom of peaceful assembly. These dispositions show us the sense of a subject that is not perceived merely as a beneficiary of protection, but also as an active player of social life, which intervenes as an individual person or as a team.

The specific aim of these dispositions allows the Convention to address with greater detail matters that general norms find more difficult to rule. On the basis of this finding, the innovative content of the 1989 Convention could be the "ripe fruit" of a new sensitivity, but could also be a logical consequence of the specificity of the Convention, whose reach would not have imposed a selection – to the essential setback in a law, Charter of General Rights – of the most relevant profiles from which the previously mentioned dispositions previously could be erased.

The 1989 Convention recognizes not only the rights of children, but, rather, the Human Rights of children, at least regarding their entitlement (Bázán López 1998, 58).

It is in light of these considerations that the Charter of Fundamental Rights becomes especially important, signed and proclaimed by the

⁶ Including "the freedom to seek, receive, and disseminate information and ideas of all types, without consideration of borders, whether orally, in writing or in print, in artistic form, or through any other medium elected by the child".



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Presidents of the European Parliament and Commission in the European Council of Nice on 7 December 2000. It included some norms that can be found in all (or in the most part of) contemporary Constitutions⁷; however, the chapter on equality received a separate article – Article 24 – on the “Rights of the Child”⁸.

The three paragraphs of this article highlight the complexity of the legislation on childhood, discipline toward the protection of a weak subject (“Children have the right to protection and to the care necessary for their wellbeing”: paragraph 1, first period) – the importance of the relationship with the parents (“Every child has the right to periodically maintain personal relations and direct contacts with his/her father and mother, unless they are contrary to their interests”; paragraph 3), but also to the intervention from public power and the community in general (“In all actions related to children carried out by public authorities or

⁷ We think, for example, of Article 14: “1. Every person has the right to education and access to professional and permanent formation. 2. This right includes the faculty of receiving free of charge obligatory teaching. 3. According to the national laws that regulate their exercise, respect is guaranteed for the freedom to create schools within the respect to democratic principles, as well as the right of the parents to guarantee the education and teaching of their children in keeping with their religious, philosophical, and pedagogical convictions”.

⁸ Article 24: “1. Children have the right to protection and to the necessary care for their well-being. They will be able to freely express their opinion. It will be kept in mind in relation to issues that affect them, in function of their age and of their maturity. 2. In all actions related to children carried out by public authorities or private institutions the higher interest of the child will continue being a primordial consideration. 3. Every child has the right to periodically maintain personal relations and direct contacts with their father and mother, except, if these are contrary to their interests”.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

private institutions, the higher interest of the child will constitute a primordial consideration"; paragraph 2); without overlooking the dimension of the child as an active member of society, capable, with the passing of age, of completing evermore conscious acts, both for themselves as in relational life. In this sense, the provision of the second period of paragraph 1 is particularly significant, guaranteeing children the right to freely express their opinions, distinguishing that this right is even more significant when the opinion expressed has direct effects upon the child, so that it is indicated that "this will be kept in mind in relation to the issues affecting them, in function of their age and maturity".

Concisely written, Article 24 of the Nice Charter, was able to gather in few dispositions the profiles that constitute the legal condition of the child, making explicit the necessary adoption of a new approach. Within this context, Spanish legislation, at the level of constitutional sources, seems at least partially deficient. In fact, it is true that when the Constitution speaks of children it always does so by taking a certain perspective, and it is not less true that the Constitution must be appreciated in function, not only of what is said, but also of what is suggested or implied.

Thus, the fundamental Law is presented, as already indicated, as a text of great potential that has not remained confined to the time it went into effect, but perpetuating, permitting adjustment of the social changes the country has had and will have. The evolution observed in the concept of children, thereby, leads to searching within the constitutional text for useful elements to support the legal evolution of the child's status. The consideration of the child as a full subject is present, although mostly in implicit manner.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

The adaptation – which can be deduced from the text – of the constitutional dispositions between the child and the adult supports this assertion. That adaptation bears in mind the need to place limits derived from the peculiarities of the child's situation, as woman or man in formation; characteristics that, additionally, also guarantee, along with the limits, the obligations designed for children to benefit. Specifically, it may be seen how many constitutional dispositions, referring to the "person" are applied to adults and children. This occurs, above all, in the dispositions related to civil rights, but it is also found in political rights.

It should be highlighted that civil rights are recognized to children in a substantially similar manner to what occurs for adults; it is impossible not to extend to children the guarantees related to personal freedom, to the right to inviolability of the home, to freedom and secrecy of correspondence, freedom of assembly, of association, to profess their religion, to express their ideas. Although it is also true that some additional restrictions for children – in spite of not being expressly provided in the Constitution – may be found with respect to freedom of circulation, while in procedural and criminal matters the condition of children leads, inevitably, to discipline separated from that of adults.

With respect to social rights, these are especially developed for the child, as a result of what has been previously demonstrated, and agreeing with the vision of the child recognized, as we have stated on repeated occasions, as a weak subject.

In addition, we can highlight the application of the Hague Convention of 19 October 1996 related to Competence, Applicable Law, Recognition, Execution, and Cooperation regarding Parental Responsibility and of Measures to Protect Children and, particularly, it should be made



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

evident – as demonstrated by Professor Nuria González Martín – that “the cooperation measures contained in the Convention can be useful, given the increasing number of situations in which unaccompanied children cross borders, trying to find a better livelihood, looking for work, or trying to regroup with their parents or with their family that, as a general rule, crossed, in principle, the same borders illegally or without proper documentation. These boys, girls, and adolescents are in situations of true vulnerability in which the possibilities of being subjects of exploitation, sale, or trafficking are not distant. If the unaccompanied child is a refugee, asylum seeker, displaced, or simply a fugitive adolescent, the Hague Convention of 1996 aids them by permitting cooperation to locate them, determining the authorities from which country are competent to take the necessary protection measures, and permitting cooperation between the national authorities from the host country and from the country of origin to exchange necessary information and the start of necessary protection measures (González Martín 2010, 131).

4. Children: between human trafficking and illegal trafficking in persons?

We cannot ignore the migration phenomenon of boys, girls and the consequential gender problem that affects this doubly margined group by being a migrant collective and a feminine collective at the same time (Chiarabotti Boero 2006, 6-23). In this sense, for males, transferring from



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

their country of origin to Europe is often due to economic reasons; the girls, on the contrary, are victims of human trafficking⁹.

More so, in many cases, girls do not choose to face the journey on their own, but rather, they are obligated to leaving their own country under the promise of a better future or the threat of injury or death to her or her relatives. A premise is therefore essential to really help us to understand what human trafficking means and who the victims are.

Trafficking was first defined in International law through a Protocol to prevent, repress, and sanction trafficking in persons, especially women and children, which complements the United Nations Convention against transnational organized crime; document known as the "Palermo Protocol" or the "Trafficking Protocol". Article 3 shows a broader definition of trafficking in persons and which provides an essential base to reform national laws (UNHCR 2005, 11).

"The international definition covers a wide range of activities linked to a process. Catchment takes place in the victims' place of residence, which is also frequently their place of origin... Catchment refers to engagement or recruitment, that is, the first contact the victims have with the trafficking network through the recruiter" (Torres Falcón 2010, 31). It is absolutely necessary to highlight that human trafficking is a serious crime that many governments and other parties seek to solve throughout the world.

⁹ We wish to indicate that nonage boys are also object of human trafficking, but within the context of unaccompanied child immigrants and making a balance between boys and girls who fit within the same collective, girls are affected by organized crime whose only purpose is that of trafficking for purposes of prostitution. Boys arrive triggered, of course, by organized crime attracted by easy income and work.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

The concept of human trafficking is different from that of trafficking of migrants and of personal migration because the victim in illegal trafficking in persons will be exploited by people involved in managing their passage from one place to another. Being exploited means that someone who is not the victim profits with said situation. In some legal systems the mere exploitation is sufficient for the case to be typified as illegal trafficking in persons. However, in practice, it may be difficult to distinguish human trafficking and illegal migration from illegal trafficking in persons because it often occurs that an individual begins the journey as an emigrant and ends up being a victim of illegal trafficking in persons (Ecpat 2006, 6).

“Both illegal trafficking of migrants and illegal trafficking in persons involve movement of human beings to obtain some benefit. However, with human trafficking two additional elements must be considered with respect to illegal trafficking: a form of undue capture, for example, with coercion, deception, or abuse of power; and a purpose of exploitation, although it is finally not fulfilled. In sum, in the assumption of illegal trafficking in persons, the main source of income for the delinquents and the economic motive driving the crime is the product obtained through the exploitation of the victims in prostitution, forced labor, or other forms of abuse; while in the case of illegal trafficking the price paid by the irregular immigrant is the origin of the income, and no lasting relation persists between the delinquent and the immigrant once they have arrived at their destination” (García Vázquez 2008, 233).

Following and sharing the reasoning by Marta Torres Falcón, it is worthing to highlight the catchment mechanisms, which especially materialize on work promises, life changing opportunities, sentimental se-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

duction, and abduction, which are later turned into transfer and exploitation (2010, 46). Once again, we bring up the difference between human trafficking and illegal trafficking in persons¹⁰, although, above all, the catchment methods manifest some similar assumptions that trigger the immigrant's journey.

In spite of dealing with different concepts, it is true that a close relationship exists between both, which fundamentally takes place when the emigrant person ends up in a trafficking situation, *i.e.*, is exploited (Torres Falcón 2011, 158 and Nieto 2010, 43-46) along the migratory process, whether during transit or in the place of destination. But it must be noted, nevertheless, that this can occur both in cases in which the individuals are displaced through illegal means as when these means are legal. Consequently, irregular migration is not a pre-requisite to configure the crime of human trafficking (International Organization for Migration, Save the Children 2007, 29).

According to the 2009 Trafficking in Persons Report by the US Department of State, it is calculated that 12.3-million adults, boys and girls endure conditions of forced labor and sexual servitude with commercial purposes. Further, it is estimated that at least 1.39-million of these people are victims of sexual servitude with speculative purposes, in the

¹⁰ The terms "illegal trafficking in persons" and "trafficking of migrants" have been used as synonymous, but refer to different concepts. The objective of sexual trafficking is the exploitation of the person, instead, the purpose of trafficking of migrants is the illegal entry of migrants. In the case of sexual trafficking, it is not indispensable for the victims to cross borders to configure the criminal act, while this is a necessary element for the commission of trafficking of immigrants.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

transnational setting and within the countries. Besides this being one of the most lucrative “businesses” after drug and weapons trafficking, it underlies an important gender component, given that it mostly affects women and girls¹¹.

It remains clear how upon approaching the theme of trafficking with girls we cannot forget that this problem does not only affect girls, but the whole female gender and not only in Spain but internationally: “only in Spain, the data provided by shelter and protection centers supported by institutions of the Catholic Church show that the majority of the women object of illegal trafficking come from Latin America (Colombia, Brazil, Dominican Republic, Ecuador), with the rest originating in Eastern Europe (Russia, Lithuania, Croatia). This information coincides with data delivered by the General Direction of the Civil Guard, which cite Latin America as place of origin of 70% of the victims of trafficking of women” (Chiarabotti Boero 2006, 8).

We feel it is absolutely important to always be on the alert about both themes that, due to some common characteristics, have the risk of combining. The danger is that illegal trafficking in persons, in our investigation on girls, boys, and adolescents, is disguised as illegal trafficking of migrants. We understand that identifying the victims is fundamental: in the first assumption, victims of human trafficking, exploitation is verified, thus, there is violation of principal Human Rights, while if we consider the illegal entry of a person to a given country, we are against an illicit and illegal aid an-

¹¹ Data offered by Save The Children during the activity *Boys, girls, and adolescents victims of sexual trafficking*, on 03 March 2011 in Motril, Granada, Spain.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

other person offers (through prior payment) to the emigrant. This leads to the different application of protection measures of victims.

It is true that the Spanish Penal Code has introduced a truly concrete norm that at least clarifies the position of the Spanish State against this problem and also against the relation between both assumptions. Article 318.2-*bis* Spanish Penal Code¹² reminds us that illegal trafficking of migrants may hide trafficking for purposes of exploiting persons: “if the purpose of the illegal trafficking or clandestine immigration were the sexual exploitation of persons, these will be punished with a penalty from 5 to 10 years in prison” (Muñoz Conde 2010).

We agree on the difficulty of considering the immigration of unaccompanied children as victims of trafficking, although it is possible that, at least some doubt is raised. It must be kept in mind that in most cases boys and girls who arrive to Spain, after a true migratory process, have had to pay for their journey to mafia groups and to traffickers. At a closer look, we may state that traffickers take advantage of the individuals and their sentiments. And there is no doubt that this is a form of exploitation with which we already have one of the elements that characterize trafficking of humans. To that we could add the higher vulnerability of the boys and girls who are much more impressionable than the adults. That is, the key lies in starting from a broad concept of exploitation, given that it seems that the exploitation is “only” the pattern following the

¹² Article of the Spanish Penal Code introduced by LO 11/2003 of 29 September (except its first section that was introduced by LO13/2007 of 19 November), “concrete measures on the matter of citizen security, the mystic violence, and social integration of the foreigners”.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

catchment, in other words, the trafficker captures the victims with the intention of exploiting them, which is not always manifested in practice. In the case of children, isn't the mere fact of capturing a vulnerable subject like the child, accepting, or favoring the transfer already translated into exploitation? Is it really necessary to clarify the fact that the child assumes or not his or her transfer?

In recent years, an international law on Human Rights has been developed, especially, within the setting of protection of the most vulnerable groups¹³. Within the setting of the struggle against illegal trafficking in persons and illegal trafficking of migrants, respectively, the First and Second Protocols directly impact upon the aim of eradicating said crimes. In addition, in European Law, there have also been important normative developments implemented by the European Union in its objective to eradicate said crimes of violation of Human Rights. After this, it is difficult to carry out the struggle against illegal trafficking in persons and illegal trafficking of migrants in those countries where much still needs to be done to reach a democratic State¹⁴.

Of course, there is the will of the International Community to end with these forms of modern slavery by using international legal instru-

¹³ Women, workers, immigrant workers, and children - said vulnerable groups – in many cases, are victims of transnational organized delinquency and suffer heinous crimes of sexual and or labor exploitation. In International Penal Law, the international community has managed to develop the Palermo Covenant and its protocols to fight against the activities of organized criminal groups.

¹⁴ In general terms, in 2011 164 States were part in the Palermo Covenant. Hence, we refer to the States that still have not ratified the Palermo Covenant, like Thailand, Vietnam, Sierra Leone, Angola and Ivory Coast.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

ments¹⁵. It is a challenge for the International Community to pressure said States to ratify the instruments mentioned to accomplish effective international cooperation on the issues of the struggle against illegal trafficking in persons and illegal trafficking of migrants.

The Spanish legal system, as already stated, also implements its legal instruments. In this sense, we must distinguish the new Title VII bis of the Spanish Penal Code related to illegal trafficking in persons (Fernández Palma 2010, 1-28).

Definitely, effective international cooperation must be based on a series of basic instruments, like loyal inter-governmental cooperation, international legal cooperation, and international police cooperation. All these are instruments that must be articulated to reach a common objective that eradicates the condemnable violation of Human Rights committed by transnational organized delinquency in the crimes of illegal trafficking in persons and illegal trafficking of migrants (Escribano Úbeda-Portugués 2011, 148).

Between illegal trafficking and illegal trafficking in persons a minimum common denominator exists represented by the mafia groups that direct all exploitation channels. From this perspective and to act against trafficking, it is necessary to have a useful common strategy to confront this blight. The most important element is to have more clarity and above all, the role of Human Rights and, hence, retake what Nuria

¹⁵ Concretely, Protocol I complementary of the Palermo Covenant related to the fight against illegal trafficking in persons, especially women and children, the number of instruments of ratification has increased in recent years, although there are still important States that have not ratified the Protocol.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Cordero Ramos¹⁶ identifies as the “sensitivity of Human Rights”. This sentiment permits broadening the perspective the new global situations offer, thus, discovering wider humanity spaces. With this vision, we can understand Human Rights as a set of social, economic, normative, political, and cultural processes that open and consolidate those spaces of struggle to achieve recognition of human dignity (Cordero Ramos, Cruz Zuñiga, Solórzano Norman 2012, 33).

5. Determining the age of unaccompanied immigrant children

We finally reach one of the key problems of this work: the determination of the age of the unaccompanied child. We must ask if this is really a legal matter or if on the contrary it can remain on the margin of our investigation. The answer is: yes, it is a legal matter. Said affirmation starts at the moment of electing the applicable legal norms. If we declare the alleged minor as such, we must apply the Law of Childhood Protection, as well as the Convention of the Rights of the Child, which implies a broader protection system; while if we are dealing with an adult individual, we apply the Immigration Law.

Circular number 6 of 2006 of the State Attorney General offers a first element to reflect¹⁷: in the case in which the operators who take in the foreign child have doubts regarding the child’s (or alleged child’s) age,

¹⁶ And other authors.

¹⁷ “(...) In those cases in which there is doubt on the age of the alien children, the prosecutors, once the pertinent diagnostic tests have been performed etc..”



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

they will communicate these doubts to the Fiscal Ministry and it will authorize the medical-diagnostic tests for the case¹⁸.

Now, at least three problems emerge in this situation that must be highlighted: 1) arrival of an undocumented child and who has a passport to demonstrate nonage, 2) use of an age determination system, through a comparative “atlas” with a two-year margin of error 3) obligation to submit to medical tests, mainly X-rays or ultrasound of the wrist, hand, elbow, shoulders, or parts of the body with many bones, and of course, the connection with the activity of the Fiscal Ministry.

In most cases we think of an unaccompanied foreign child who arrives to Spain undocumented, a person “without papers”. Recognizing that this occurs often, we cannot forget those cases of documented unaccompanied children, that is, those presenting their own passports or document accrediting their age. Within this context, the “guidelines” from the State Attorney General seem to attribute to the operators, who take in the alleged minor, an arbitrary power to the limit of legality: “in those cases where there is doubt on the age of the foreign children, the Prosecutors, upon conducting the pertinent diagnostic tests...”.¹⁹ The word “doubt” means “suspension or indetermination of the mood between two judgments or two decisions, “to doubt” indicates “distrust, suspect of someone or something... grant little credit to information heard”. In fact, if the operator doubts that the passport can be official, he

¹⁸ In this same sense, there is article 35.3 of the L.O. 2/2009 of 11 December (BOE number 299 of 12 December 2009), a reform of the L.O. 4/2000 of 11 January, on rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration.

¹⁹ Circular 2/2006 of the State Attorney General.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

requests intervention from the Prosecutor who subjects the alleged minor to tests to determine the age²⁰.

Let us not forget that we are talking about a person who shows up with his or her own passport and which accredits his or her nonage²¹. The explanations some Autonomous Communities, like that of Madrid, offer and which provide positive reflection elements are that it is not about the falsehood of the passport; rather, the falsehood of the data contained in it²².

Additionally, the same Instruction from the General Direction of Registries and Notaries on prevention of documental fraud on civil status of 20 March 2006, informs on the possible “signs of defective, erroneous, or fraudulent nature related to the conditions in which the document was elaborated or drafted”²³. The Instruction, with prior nature reminds us that to determine the effectiveness of a foreign document in Spain, analysis must be made of the concurrence of a set of requisites of two types,

²⁰ The same occurs when the security forces taking an undocumented person of whom they doubt that person’s nonage.

²¹ Among the many cases, we highlight that appearing in the press: “the attorney specialized in the defense of the rights of immigrant children, Juan Ignacio de La Mata, has just presented a caution in the court of Castilla requesting return to the protection system of a minor from Cameroon who sis yesterday has been in the streets.”

²² Words by Ms. Paloma Martín Martín, manager of the Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid, pronounced on 9 November 2010 during the *second day of activities of the MINA 2010. The situation of unaccompanied immigrant children: their protection and integration*. Valencia, 8, 9 and 10 November 2010. The author of this work personally witnessed this activity.

²³ Published in the BOE of 24 April 2006.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

in form and substance. Both must be object of separate consideration in the registration qualification. In this sense:

a) Existence of a long interval between the date of the document and the date of the occurrence referred to; b) that the document had been elaborated after much time since the fact alluded to and soon before the procedure for which the document was issued; c) existence of contradictions or implausible aspects among the different data consigned in the record or in the document; d) that the document was elaborated exclusively on the basis of the Declaration by the person to which it directly relates; e) that the document was elaborated without having an objective element that will guarantee the reality of the fact referred to in the document; f) that this is a document issued by an authority that did not have in its power or did not have access to the original record.

The same Instruction continues indicating the possible “signs of defective, erroneous, or fraudulent nature derived from external elements of the document”:

a) That contradictions or implausible aspects exist among the data of the document presented and those figuring in other records or documents communicated to the competent authority or those acting in its power; b) that the data included in the document presented do not seem to correspond to the person to which it refers; c) that the competent authority on the matter is aware through official means of prior fraud or irregularities attributable to the interested party; d) that the competent authority on the matter is aware through official means of numerous irregularities in the management of civil records



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

or the expedition of certifications of records of the State of origin of the document presented.

We admit, as in this specific case, that it is quite difficult to achieve a perfect balance between the prosecutors activity, which as constitutional organism has the mission of promoting the action of justice in the defense of legality, of the rights of citizens, and of the public interest protected by the Law, and of the alleged minor's right to claim his condition as a minor supported by an official document.

Also, we detect the need for a continuous and joint action of all the participants involved in taking in the alleged minor: cooperation with the countries of origin, personnel specialized in detecting false documents, use of the Registry of unaccompanied foreign children; that is, a collection of measures that can really promote the work of the Fiscal Ministry, which in fact it is the one who makes the final decision.

6. Use of the comparative atlas

At the moment of determining the age and upon the problem of false documentation, we add the use of a comparative "atlas" of the X-rays or ultrasound studies. It is based on the comparison of an X-ray with a series of standard X-rays taken from a sample of the general population, assigning the osseous age that corresponds to the most similar standard or to an intermediate age between two successive standards; particularly, "it is an atlas with a series of typical X-rays of children that gather 30 evolutionary states in the maturity scale" (Tristán Fernández 2005, 60).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Although atlas exists for the knee, elbow, and foot, the best known and used is that by Greulich and Pyle for the hand and wrist (Keats, Siström 2002, 309). It is worth remembering that said atlas was developed by its two researchers during the 1940s in the USA and that, as explained by the authors, it takes, in part, into consideration the preceding research and atlas by Prof. Wingate Todd of 1929 (Greulich, Pyle 1950). As indicated by Dr. José Prieto of the Forensic Anatomical Institute in Madrid, the principal inconvenience “is the subjectivity of the X-ray reading”. Normally, after a sufficient learning curve, the variables are tolerable; finding no significant differences with other more precise methods” (Prieto 2010).

Obviously, we must keep in mind that osseous maturity is influenced by different factors: genetic, environmental, socio-economic, etc., with which if taking into consideration X-rays or ultrasound studies from one part of the population with given characteristics, for example, Latin persons, the comparative test will yield results different from those that could be reached if we were to consider another geographical-territorial part of comparison. Further, even if they “balanced” comparison were made, the margin of error would always be too high; give or take two years, with which if we are investigating the age of the person who is, supposedly, between full age and nonage, said activity that is to erroneous could change the treatment and protection granted to the person²⁴.

²⁴ In these cases the principle of *favor minoris* is usually applied. The Prosecution, in its own Instrucción 2/2001 indicates that we should take as age of reference the lowest age resulting from the medical tests performed.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Scientifically, among the best known, at least another two methods to determine age are indicated: the 1975 Tanner-Whitehouse method, based on Anglo Saxon children and the Sampé method based on French children. The basis of the Tanner-Whitehouse method consists in adjudicating aliquots of a numerical score that represents the whole process of skeletal maturity, to each of the stages through which the bones develop and which can be evidenced via X-rays (Guimarey, Lejarraga, Cusminsky 1979, 312). This is, then, a numerical method and not a comparative method, as the one by Greulich and Pyle. The Sampé method gathers elements similar to those by Tanner-Whitehouse, although more precise because it uses “maturity tertiary indicators” (Tristán Fernández 2005, 62), that is, osseous indicators related to adolescence.

Currently, although to a lesser extent, medicine also uses the panoramic X-ray system or dental orthopantomography that evaluates the maturity status of teeth in development²⁵. This system, like the rest, does not offer definite certainty about the age of the person with which, until now, there is no 100% reliable technique. However, we are left with the hope that medical and anthropological techniques may provide us, in the near future, with more loyal and certain methods. Clearly, the work of “machines” must be complemented with the work of professionals who will be asked to interpret the data obtained, bearing in mind, of course, a series of prior activities, like identifying the child and interviewing him or her²⁶.

²⁵ System proposed by Demirjian Goldstein and Tanner (1973).

²⁶ In this sense, “identifying the child” means knowing, when available, of prior medical exams that permit having a more complete picture of the person being investigated. “Interviewing”, means elaborating the complete anamnesis as for any other patient.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Thereby, we understand that “the medical tests do not always tend to offer an exact age, but always set a rather broad threshold and between its extremes we may find the subject’s true age with a scant margin of error; due to this, we must presume, in the absence of other data and seeking to determine if the subject is older or younger, that the age is that established as lower limit of said threshold. The determination of age will also have the corresponding interview, with the exploration of the alleged minor through the physical exam that will comprise: anthropometric measurements, secondary sexual characters, radiological exploration²⁷, and exploration of the degree of dental maturity” (Nieto García 2011).

In addition to this, it is necessary to reconsider some tools provided by the Law, which, in some cases, are left aside and facilitate the work of all the participants. Article 60.2 of Royal Decree 864/2001 of 20 June²⁸ institutes the “Registry of foreign children in situation of legal abandonment”²⁹. The use of said Registry is scarce, which if correctly employed could propose acceptable results related to displacements among Au-

²⁷ As already explained, particularly through the Greulich-Pyle method, a method that compares bone x-rays of the wrist and part of the arm of the individual whose age we need to determine with a visual Atlas of the method – although criticized because the Atlas of the method by Greulich-Pyle is designed on an upper-middle-class North American population and needs adaptation

²⁸ Through which approves the Regulation of execution of the Organic Law 4/2000, of 11 January, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, reformed by Organic Law 8/2000, of 22 December.

²⁹ Article 60.2 R.D. 864/2001: “likewise, in the General Direction of the Police, there will be a Registry of Alien Children in situation of legal neglect for merely identifying effects (...)”.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

tonomous Communities, as well as offer an initial reference of the child taken in.

7. Conclusions

Spain, due to its geographic position, becomes the entry border of immigration (of adults and children). The proximity to the African continent makes the peninsula a territory of arrival and permanence, as well as a transit territory. What could turn out obvious is not if we observe the immigration phenomenon within international perspective and more so according to European Union logic.

The difficulties generated by managing immigration of adults, as well as that of children, cannot be circumscribed only within Spaniard confines. Thereby, said phenomenon affects all the countries comprising the European Union. Much is spoken about the “immigration emergency in Spain”, as well as on other occasions solutions are sought for the “problem” of immigration with notable economic investment that, finally, turns out to be a cover used to calm social and political moods after a human disaster that assumes the characteristics of a catastrophe. All this is amplified when at the core of the disgrace we find boys and girls who also do not have the weak protection of their parents (who are also subject to the criminal logic of immigration).

In this sense, and without the presumption of providing solutions (if not work proposals), it is interesting to intervene in different aspects.

It is absolutely necessary to understand univocally that immigration is an unstoppable natural phenomenon. This consideration should not be understood in negative sense, all the contrary. It is an “undulatory” situation that increases or diminishes, depending on the economic and



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

social context. States, including Spain, forcefully and mostly deal with immigration when the parable is ascendant, that is, when immigration has the risk of presenting the country's negative face to international public opinion. Hence, a strong unitary policy is needed at European Union level. The different norms the member States have with respect to immigration fragment the efforts that should, on the contrary, be unitary.

If on one side, the socio-economic conditions in most of the countries from where immigration originates are presented as the cause of displacement; on the other side, it is the obligation of the European Union and of its member States to continue and increase cooperation with the immigration exporter states. We understand this cooperation cannot take place only through economic contribution. Eradicating poverty and beginning to enhance the construction of a possible social state in these countries must be the priority in the political agenda of the European Union. Although the member States of the European Union, are being currently affected by an extraordinary economic crisis, we cannot accept the use of immigration as one of the culprits of the present situation. If unemployment is high, if medical care is reduced due to Budget cuts (etc.), this cannot be used as a political tool to further closet he borders reducing immigrants to merchandize that is returned when not needed and accepted when it is useful for the country's development.

Finally, in the case of unaccompanied immigrant children we must not forget their condition as children before that of immigrants. Children are increasingly arriving without the company of their parents. This is the most recent phenomenon (with respect to adult immigration) that must confront different norms (in the Spanish case, for example, the Law



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

of Legal Protection for the Child and the Immigration Law); this causes difficulties in properly protecting the child. All this is further complicated when the tools to determine the child's age are not suitably qualified. Within this framework and where medical tests erroneously establish full age, theoretically no commitment solution exists. If the child turns out to be an adult, the Immigration Law is applied and having entered Spain illegally he or she is returned to his or her country. On the contrary, if it established that he is a minor, he may remain in Spain. I say "may" because the Public Administration will have to establish if this is of high priority interest. It is, therefore, advantageous for the Spanish government to grant stable guidelines (without these changing with new governments), which help operators to protect children without attacking international norms.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Essential References

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiado (2005), *Contra la trata de niños, niñas y adolescentes*, Manual para Parlamentarios núm. 9, <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/> (visited 29 November 2013).

Bazán López, J.L. (1998), *Notas acerca de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*, en M. Núñez Canal (coord.), *El menor en la legislación actual*, Fundación Antonio de Nebrija.

Bordonado Bermejo, M.J. (2006), *El origen de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, in *Estudios Geográficos*, LXVII, 261, julio-diciembre.

Chiarotti Boero, S. (2006), *Aportes al Derecho desde la Teoría de Género*, en *Revista Miradas*, Universidad de los Andes, 6(1).

Cordero Ramos, N., P. Cruz Zuñiga y A. Solórzano Norman (Eds.) (2012), *Trata de persona, dignidad y derechos humanos*, ArCiBel Editores.

Departamento de Estado de Estados Unidos, www.america.gov/st/hrspanish/2009/July/20090721152648pii0.0993616.html (visited 10 October 2015).

Ecpat Europe Law Enforcement Group (2006), *Combatiendo la trata de niños, niñas y adolescentes con fines sexuales*, Preguntas y respuestas, Ecpat International.

Escribano Úbeda-Portugués, J. (2011), *Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes*, en *Nova et Vétéra*, 20(64).

Fernández Palma, R. (2011), *La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la*



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

política migratoria, arts. 177bis, 313, 318bis CP, Pamplona, La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios.

García Vázquez, S. (2008), *Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea. La desprotección de las víctimas*, en *ReDCE*, 10, Julio-diciembre.

González Martín, N. (2010), *La familia en el derecho comparado: Nuevas Estructuras Familiares, apuntes que trascienden al Derecho Internacional Privado* (Curso Anual de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público), en *Cuadernos de Trabajo del Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México - Nuevas estructuras familiares: algunos apuntes que trascienden al derecho internacional privado*.

Greulich, W.W., I. Pyle (1950), *Radiographic atlas of skeletal development of the hand and wrist*, Standford University Press, California.

Guimarey, L.M., H. Lejarraga, M. Cusminsky (1979), *Evaluación de la madurez esquelética por el método de Tanner y Whitehouse*, en *Revista Medicina*, Enero-Febrero, Buenos Aires.

Keats, T.E., G. Siström (2002), *Atlas de medidas radiológicas*, Ediciones Harcourt.

Martín Martín, P. (2010), *II Jornadas MINA 2010. La situación de los menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración* (Valencia, 8, 9 y 10 de Noviembre).

Muñoz Conde, F. (2010), *Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Nieto García Á.J. (2011), *Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables*, en *Diario La Ley*, Nº 7597, Sección Doctrina, 25 Marzo 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, LA LEY 3060/2011.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Nieto R. (2010), *Derechos Humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Temas para el debate, 191 (octubre) (Copia dedicada a: Los derechos humanos hoy).

Organización Internacional para las Migraciones, Save the Children (2007), *Guía de intervención psicosocial para la asistencia directa con personas víctimas de trata*, México.

Prieto J.L. (2012), *Determinación de la edad en jóvenes indocumentados. Protocolo de actuación médico-forense*, www.justizia.net/docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1501&IdDoc=SP (visited 15 enero 2012)

Save the children (2011), *Niños, niñas y adolescentes víctimas de trata*, 3 de marzo (Motril, Granada, España).

Torres Falcón, M. (2010), *Con sus propias palabras. Relatos fragmentarios de víctimas de trata*, Centro de Estudios para el Adelanto de las mujeres y la Equidad de Género, Cámara de Diputados, Gobierno de México LXI Legislatura.

Torres Falcón, M. (2011), *Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos*, en *Nova et Vétera*, 20(64).

Tristán Fernández, J.M. (2005), *Influencias de diversos factores de salud y sociodemográficos en el desarrollo esquelético y antropométrico*, Universidad de Granada.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Abstract

Immigrant Children against Spanish and International Legal and Political Parameters

Since the 1990s, Spain has had to face an immigration phenomenon until then unknown. This is the immigration of unaccompanied foreign minors. This newest category of immigrants has specific characteristics compared to displacement of adults. Mainly, they are children who arrive to Spain without the company of their parents or legal guardian. After recognizing this situation, it is interesting to verify the national and international legal treatment granted, considering also the medical tests performed to verify age, resulting in one of the main problems affecting all their legal treatment.

Keywords: Child Immigration, Unaccompanied children, Rights of the Child, Determining age, Comparative atlas.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Sicurezza e insicurezza. Crimine, terrorismo e panico morale in una prospettiva sociologica

di Fabrizio Battistelli *

1. Insicuri e non sicuri

L'insicurezza può a ragione essere definita l'ostinata compagna della condizione umana. Paradossalmente, essa non è mai stata così diffusa e così evocata come nella società in cui avrebbe meno motivo di esistere: la società occidentale contemporanea. Tale paradosso è il risultato di un complesso insieme di fattori in parte esistenziali e in parte storici. Tra questi ultimi, un ruolo centrale spetta alle logiche di azione del sistema mediatico e di quello politico, l'uno e l'altro guidati dalla massimizzazione dei rispettivi obiettivi: per il primo l'*audience*, per il secondo il consenso elettorale.

Paragonate alle società pre-moderne o ad altre aree del pianeta, nelle quali la vita degli esseri umani era ed è scandita da inenarrabili traversie

* Professore ordinario di Sociologia presso il Dipartimento di Scienze Sociali ed Economiche – DiSSE dell'Università di Roma "Sapienza". Contributo su invito; l'autore ha appena pubblicato con un titolo analogo (*La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*) un lavoro più ampio per l'editore Donzelli.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

personali e flagelli collettivi (povertà, ignoranza, malattie individuali ed epidemiche, carestie, crimini, guerre), “qui e adesso” la società è relativamente sicura. Sicura ma non *sine cura*, come invece vorrebbe l’etimologia latina, pur in un contesto sociale ed economico che è fuoruscito dalla condizione di penuria (Inglehart 1983) e che è, almeno in teoria e nel complesso, regolato dai principi dello Stato di diritto. Paradossalmente, invece, l’avvenuta soddisfazione dei bisogni primari della sicurezza in quanto sopravvivenza economica e della sicurezza in quanto incolumità personale rende inaccettabile, per coloro che ne godono, anche solo l’ipotesi di un qualunque evento, attore o circostanza che sia percepito come capace di metterla a repentaglio.

Nell’opinione pubblica la sensazione di insicurezza viene esasperata dalla strategia dell’allarme perseguita dai populistici. L’antropologia dei populistici politici a mediatici è rudimentale e come tale possiede un vantaggio: si propaga facilmente. Secondo costoro l’umanità si divide in due categorie, gli *insicuri* e i *non sicuri*: i primi sono formati da “noi”, i secondi sarebbero gli “altri” (i rom, i migranti, gli appartenenti alle minoranze ecc.) che minacciano il nostro stile e tenore di vita. La rozzezza e la strumentalità di questa visione sono evidenti. Peraltro, ciò non significa che sia automaticamente vero il contrario, cioè che il (relativo) ordine e benessere delle società occidentali, conseguiti attraverso il lungo e travagliato processo dell’industrializzazione e dell’affermazione della democrazia rappresentativa, siano dati una volta per tutte. Essi infatti sono frutto di una concomitanza di fattori favorevoli e sono sfidati da una concomitanza di fattori di segno opposto.

Dal punto di vista *sociale ed economico*, la sicurezza conquistata dalle classi lavoratrici attraverso il Welfare è, oggi, a rischio a causa della ri-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

strutturazione di mercati industriali e finanziari pressoché integralmente globalizzati. Dal punto di vista *strategico*, la sicurezza viene intaccata da eventi di differenti proporzioni che vanno dai banali atti di inciviltà riscontrabili nelle vie e nelle piazze della città ai delitti perpetrati dalla piccola e grande criminalità, fino alle drammatiche esplosioni della violenza bellica e/o terroristica.

In particolare gli avvenimenti di quest'ultimo tipo, pur essendo dislocati in luoghi più o meno lontani, a partire dagli attentati di New York e Washington nel 2001 per arrivare a quelli di Parigi nel 2015, risultano psicologicamente prossimi, anzi incombenti. Infatti gli attacchi terroristici non solo sono quotidianamente rilanciati dai *media*, ma le loro conseguenze vengono anche sperimentate in prima persona dai cittadini nelle misure di sicurezza che ormai si sono imposte nella *routine* urbana, quali le recinzioni che barricano i luoghi simbolici delle città o i controlli cui i passeggeri devono sottoporsi negli aeroporti. È così che – tra le minacce vere, le narrazioni degli imprenditori politici e mediatici e le sporadiche percezioni che ciascuno di noi sperimenta nella vita quotidiana – stiamo passando dalla semplice insicurezza di tutti i giorni, che è una sensazione relativamente spontanea, al «panico morale» (Cohen 1972) che è un sentimento indotto da qualcuno.

2. Sicurezza rilevata e sicurezza percepita

Il risultato che tutto ciò provoca nella soggettività dei cittadini è che la sicurezza è perennemente accompagnata da un'*ombra*: l'insicurezza. Ma quale insicurezza? Quella dei "fatti" o quella delle "percezioni"? Un



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

luogo comune citato spesso è la distinzione tra insicurezza “oggettiva” e insicurezza “soggettiva”. Ma sul serio esiste una sicurezza oggettiva separata dal modo in cui è percepita dalle persone? Piuttosto, bisognerebbe parlare di una *insicurezza rilevata sistematicamente* (cioè eseguendo una procedura condivisa dagli specialisti) e di una *insicurezza percepita impressionisticamente*.

A sua volta l'*insicurezza rilevata* riguarda sia le conseguenze della percezione di sicurezza, sia l'entità di una delle cause (non l'unica) che la determinano, cioè la perpetrazione dei reati in un determinato ambito territoriale e temporale. Quest'ultima costituisce una questione che, per una serie di motivi tecnici e politici, è controversa come poche altre.

A livello tecnico essa è complicata dalla aleatorietà delle misurazioni, frutto a sua volta dell'eterogeneità delle agenzie preposte alla rilevazione dei dati, dell'instabilità dei metodi e dei criteri e dalla pluralità dei possibili indicatori (reati denunciati, reati deferiti all'autorità giudiziaria, reati conclusi con una condanna, etc.). Come se non bastasse, vi è poi l'intrinseca complessità dei dati stessi; si pensi al cosiddetto “numero oscuro”, cioè alla quota di reati che sfuggono alle statistiche in quanto non denunciati.

Un classico esempio della difficoltà di decodificare il numero oscuro è costituito dai dati relativi alle violenze sessuali subite dalle donne. A causa di ben noti fattori di ordine sociale, culturale, psicologico che inibiscono un'adeguata divulgazione degli episodi ad opera delle persone che ne sono vittime, i dati ufficiali sottostimano gravemente l'effettiva portata del fenomeno. Come interpretare quindi la numerosità delle denunce che, negli ultimi anni, è in costante ascesa? Essa è dovuta a un reale incremento delle violenze sessuali o è dovuta, invece, all'aumentata



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

propensione delle donne che le subiscono a uscire allo scoperto e a denunciare i responsabili degli abusi? La plausibilità di entrambe le ipotesi (con una larga propensione degli esperti a favore della seconda) porta alla luce la difficoltà di fornire risposte definitive.

A livello politico, poi, la sicurezza rilevata appare ancora più complicata da valutare per via dell'uso demagogico che ne viene fatto in passaggi cruciali del discorso pubblico, quali le campagne elettorali e i dibattiti televisivi, in cui i politici in contesa tra loro si improvvisano criminologi. I pessimisti ("i reati aumentano") e gli ottimisti ("i reati diminuiscono"), si scontrano fra loro secondo strategie di partito preso. Queste appaiono ispirate non alla conoscenza effettiva e all'interpretazione imparziale dei dati disponibili, bensì all'appartenenza dell'oratore di turno rispettivamente all'opposizione ovvero al governo, nazionale o locale che sia.

2.1. Primo paradosso: la piccola illegalità allarma più della grande

Per quanto riguarda invece l'*insicurezza percepita*, osserviamo come le variabili in cui è possibile scomporre il concetto di "percezione" siano molte e di varia natura (sociale, psicologica, ideologica ecc.). Da un lato incombe l'errore per cui dare per acquisite le percezioni può significare legittimare queste ultime e le loro conseguenze, secondo il principio della «profezia che si autoavvera» (Merton 1993). Nello stesso tempo, se in un ambito sociale è diffusa una determinata rappresentazione della realtà, questo è già di per sé un dato con cui misurarsi, sulla base di un altro principio sociologico (il cosiddetto teorema di Thomas) in base al quale



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

“se le persone definiscono una situazione come reale saranno reali i suoi effetti”.

Naturalmente le persone non sono tutte uguali e anche il massimo indicatore della percezione di insicurezza – cioè il timore di rimanere vittime di un reato – non è distribuito equamente tra i cittadini, nel senso che per taluni è più forte che per altri. Ciò dà vita a effetti che in alcuni casi costituiscono specifici paradossi. Talvolta il timore di restare vittima di un crimine ha fondamenti concreti; per restare all'esempio delle violenze sessuali, si tratta di un tipo di reati rispetto ai quali gli uomini sono e si percepiscono meno vulnerabili, mentre le donne sono e si percepiscono più vulnerabili. Altre percezioni sono, invece, paradossali, vanno cioè nella direzione opposta rispetto a ciò che accade realmente.

Le persone giovani, che secondo gli studi in materia sono soggetti che presentano la massima probabilità di subire reati, manifestano meno timore rispetto agli anziani che, invece, vi sono “oggettivamente” (per stile di vita, numero di opportunità ecc.) meno esposti. Analogamente, i residenti nelle zone centrali della città, anche in quelle dove ha luogo un elevato numero di reati, manifestano meno timori dei residenti nelle zone periferiche, in cui pure i reati sono più rari, ad esempio in proporzione al numero di abitanti per non parlare dell'estensione del territorio.

Ma il paradosso più macroscopico è costituito dal rapporto inverso che emerge tra la gravità della violazione (lungo uno spettro che va dai crimini più gravi ai semplici atti di inciviltà) e il numero di coloro che manifestano il timore di rimanerne vittime. Le violazioni della legalità, infatti, possono essere distinte in tre categorie: illegalità “grande”, illegalità “media”, illegalità “piccola”. La prima categoria si suddivide in due sottocategorie, i delitti “eclatanti” che occupano le prime pagine di gior-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

nali e telegiornali e ispirano simil-processi nei *talk show* televisivi (Cogne, Erba, Perugia, Avetrana ecc.); paradossalmente si tratta di crimini che, proprio in virtù della loro portata estrema, suscitano la curiosità di molti non sono veramente temuti da “nessuno”. Quanto alla seconda sotto-categoria di “grande illegalità”, cioè i delitti della criminalità organizzata, essa può costituire un grave fattore di preoccupazione civile per la parte più consapevole delle popolazioni coinvolte, mentre non appare altrettanto grave relativamente al timore di esserne direttamente vittime.

In paragone, sono più numerosi coloro che temono una minaccia indiscriminata come quella costituita dalla “media” illegalità dei reati predatorî (borseggi, scippi, furti in appartamento ecc.). A differenza dei delitti mafiosi, infatti, questi reati hanno come bersaglio non soggetti specificamente esposti a causa della propria condizione economica e professionale (imprenditori e commercianti, per non parlare di magistrati e poliziotti), bensì i residenti di un territorio in maniera indifferenziata.

Il risultato è che la percezione di maggiore insicurezza è causata dalla “piccola illegalità” e talora pseudo-illegalità rappresentata dagli atti di inciviltà. Il concetto, sociologico piuttosto che giuridico, delle *incivilities* comprende infatti comportamenti che molto spesso non configurano un reato bensì una violazione regolamentare o, addirittura, pure e semplici violazioni delle regole di “buona educazione”. L’esito delle situazioni di quest’ultimo tipo è, frequentemente, la guerra tra poveri, tra ultimi e penultimi, tra “insicuri” e “non sicuri”. Gli uni (ad esempio gli abitanti di una zona degradata della città) patiscono uno stato di insicurezza per molteplici cause; ma considerano quale unica o principale causa gli altri (tipicamente agli immigrati), percepiti come “non sicuri”, anche a prescindere dagli effettivi comportamenti.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

2.2. Secondo paradosso: più della trasgressione commessa conta “chi” la commette

I problemi non finiscono qui. Contraddicendo il basilare principio di civiltà giuridica secondo il quale ciò che rileva è la trasgressione della norma e non lo *status* del trasgressore, la tolleranza sociale verso la trasgressione stessa è inversamente proporzionale alla natura *interna* o, vice versa, *esterna* dal trasgressore. Il caso degli atti di inciviltà è emblematico (ma una situazione analoga si ripropone anche per i reati). Passando dalla massima alla minima tolleranza che ispirano, i veri o presunti autori di atti di inciviltà possono essere distinti, a seconda della loro posizione di “interni” o “esterni” (anzi “estranei”) alla società, in tre categorie caratterizzate da un rango sociale decrescente: gli *insider*; gli *outsider temporanei*; gli *outsider persistenti*.

In funzione dello *status* sociale dei responsabili delle violazioni, la maggiore tolleranza relativa viene riservata agli *insider*, cioè ai “normali” cittadini, autori più o meno occasionali di quelle che in un’intervista un dirigente della Polizia municipale ci etichettava come «le malefatte della gente perbene». Ad esempio, uno degli atti di inciviltà che viene citato più spesso nei sondaggi tra i residenti delle zone centrali e dei quartieri “borghesi” delle città è l’insudiciamento di strade e giardini ad opera dei cani, mentre assai meno vengono citati i ben più gravi abusi edilizi e commerciali, cioè atti di illegalità perpetrati da (apparentemente) rispettabili cittadini.

Per quanto riguarda poi gli *outsider*, vige una netta separazione tra le due sottocategorie. Da un lato vi sono quelli che lo sono su base temporanea, durante una fase della propria vita – i giovani. Dall’altro lato vi sono quelli che *outsider* lo sono con un carattere di persistenza – gli



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

emarginati. Ad entrambe le categorie vengono addebitati comportamenti più o meno significativamente devianti, quali gli usi impropri degli spazi pubblici, gli atti di vandalismo (comprendendovi anche i graffiti), il coinvolgimento in schiamazzi e risse ecc. Peraltro la censura sociale è inegualmente distribuita tra queste due categorie. Essa infatti è riservata soprattutto agli *outsider persistenti* (immigrati stranieri, nomadi, persone senza fissa dimora, prostitute ecc.), cui vengono imputati atti di inciviltà connessi al loro *status*, in aggiunta o meno a comportamenti propriamente criminali. Il senso comune finisce per far propria l'equazione *deprivati* = *depravati*, di cui parlava il criminologo Charles Murray ai tempi di Reagan (Wacquant 2000, cit. in Galantino e Ricotta 2014, 34).

Come vedremo nel corso di questo libro, in alcuni strati della popolazione il pregiudizio contro gli stranieri si alimenta dell'ostilità suscitata da atti incivili e/o illeciti (veri o presunti), con la più o meno consapevole aggravante che essi vengono commessi ad opera di soggetti percepiti come estranei. Invece, nel caso degli *outsider temporanei* – tipicamente i giovani – gli stessi cittadini, i quali vivono come una provocazione insopportabile le devianze più o meno gravi riconducibili agli immigrati, sono disposti a esercitare una maggiore indulgenza nei confronti di comportamenti analoghi riconducibili a soggetti “interni” alla medesima società.

La “naturale” predisposizione a usare due pesi e due misure è poi aggravata dalla irresponsabilità di determinati rappresentanti delle istituzioni che, più o meno intenzionalmente, “specializzano” le zone periferiche metropolitane come contenitori di situazioni problematiche. Proteste e ribellioni di piazza come quelle di Tor Sapienza, Corcolle, Infernetto, Casale San Nicola a Roma, oppure Giambellino a Milano, e prima ancora la “terra dei fuochi” a Napoli, mostrano la logica – troppo strin-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

gente e reiterata per non apparire intenzionale – di innescare lotte tra poveri, ovvero “ultimi” contro “penultimi”. A ciò fa pensare l’irrazionale distribuzione di problemi sociali che, dovendo essere presi in carico dalle istituzioni pubbliche centrali e locali e in ultima istanza dalla stessa società, sarebbe giusto e opportuno suddividere in numeri contenuti e spazi ampi e numerosi anziché, al contrario, in grandi numeri concentrati in pochi e ben identificati “ghetti”.

Il sospetto che dietro a queste logiche insensate si celino inconfessabili interessi economici e politici è pienamente autorizzato da inchieste giudiziarie come quella denominata “Mafia Capitale”, che ha per oggetto l’intreccio tra crimine organizzato e malaffare politico a Roma. Sul piano sociale gli atteggiamenti e i comportamenti sono quelli che scaturiscono da un reciproco assedio: rabbia e paura tra i residenti di quartieri che, pur periferici, ancora sino a dieci o venti anni prima avevano una dignità abitativa e civile, e ora sono divenuti ghetti nei quali vengono concentrati gruppi di diseredati (richiedenti asilo, rom) che, additati e aggrediti, sono a loro volta attanagliati da paura e rabbia. A questo punto il cerchio dell’insicurezza si chiude con il risultato di far sentire insicuri sia “noi” che gli “altri”.

3. Quali risposte politiche? “Buonisti” contro “cattivi”

Ovviamente (e legittimamente) anche “noi” non la pensiamo tutti allo stesso modo, ma tendiamo a dividerci lungo linee politiche, specie su determinati argomenti molto coinvolgenti ed emotivi. Implicando l’uso della forza legittima, la sicurezza coinvolge i diritti fondamentali dell’uomo e del



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

cittadino; quindi le sue conseguenze chiamano intrinsecamente in causa la politica. Non è vero, come affermano alcuni, che nel mondo di oggi non vi sarebbe più differenza tra la politica di sinistra e quella di destra. Una differenza, elementare, resta. Essa concerne essenzialmente che cosa si dichiara di mettere in primo piano: il bene del singolo (e quindi di sé e basta) o il bene di tutti (e quindi anche degli altri); il resto sono dettagli.

Naturalmente *dichiarare* di mettere in primo piano il bene di tutti non significa di per sé volerlo perseguire sul serio né, tanto meno, di riuscirci. Esattamente nello scostamento tra la prima situazione e la seconda risiede l'ipocrisia della politica, prevalentemente di sinistra in questo caso. A sua volta la destra neanche ci prova: che ce ne importa degli altri? "Ognuno per sé" e (come si usava dire un tempo, prima della secolarizzazione della società) "Dio per tutti". Indubbiamente la destra ha dalla sua la franchezza, dichiara ad alta voce quello che molti pensano senza dirlo. Però ridurre tutto a una questione di attacco/difesa e di trasgressione/punizione non è una grande visione politica. Alimentare le paure verso ciò che non si conosce, coltivare l'ostilità verso chi (si dice) minaccia la nostra sicurezza, può certo assecondare i sentimenti dell'elettorato e procurare consensi, specialmente in situazioni di crisi. Ma poi?

Non c'è alcuna prova che negli ultimi venti anni, nelle mani delle forze politiche che facevano della sicurezza il loro cavallo di battaglia, le nostre città e l'Italia nel suo complesso siano diventate più sicure e che nelle une e nell'altra la qualità della vita sia migliorata, anzi. Puntando sulle restrizioni ai diritti delle categorie deprivate (come gli stranieri), sulle iniziative *repressive* o *espressive* come i "giri di vite" e le "retate" nei confronti della marginalità sociale (prostitute, tossicodipendenti, piccoli spacciatori ecc.), la destra punta su cose facili da dire e gradite (per mol-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

ti) da ascoltare, ma errate da teorizzare e impossibili da praticare. Dal canto suo la sinistra dice cose in astratto più giuste e anche più efficaci in pratica, ma più difficili da spiegare e da far accettare. Le semplificazioni infatti sono più facili da propalare che da smentire e le isterie sono più facili da fomentare che da placare. All'inverso gli obiettivi della prevenzione strutturale come l'inclusione sociale (per esempio far frequentare ai bambini rom la scuola dell'obbligo, e ai giovani immigrati le scuole superiori ecc.) o come la rigenerazione dei quartieri degradati presentano rilevanti costi, materiali e immateriali, per essere realizzati.

A rendere tutto più complicato, infine, c'è un aspetto critico, oggi abbastanza diffuso nei paesi europei ma che ha raggiunto nel nostro vette difficilmente uguagliabili: il discredito della politica. La fiducia dei cittadini verso le istituzioni, in particolare verso quelle elettive, formate da persone appartenenti al mondo politico, è ridotta ai minimi termini. Si tratta di un dato preoccupante ma non casuale, in quanto affonda le sue radici in lunghi anni di malversazioni, nel corso dei quali le istituzioni (in buona parte anche quelle non elettive) hanno subito un processo di deterioramento.

Se è indiscutibile che i politici sono i principali responsabili del discredito della politica (non gli unici, perché i burocrati hanno colpe altrettanto pesanti e infine non sono del tutto innocenti neppure i comuni cittadini), è altresì indiscutibile che tale discredito finisce per danneggiare tutti. Bisogna ammettere che non sempre il bene comune occupa un posto centrale nelle preoccupazioni della "gente". Questo, che è vero in genere, lo è particolarmente su temi impervi come la sicurezza. Qui agiscono due forme di delega in bianco, la prima ideologica e la seconda pratica.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

La delega ideologica ripropone la differenza – tutt'altro che superata, come abbiamo visto – tra la sinistra e la destra. Per un tacito accordo, si conviene che la forza – tutta, anche quella legittima e necessaria dello Stato – è intrinsecamente di destra: essa, quindi, va lasciata al pensiero e alla pratica dei conservatori. Ne consegue quella che una femminista americana ha descritto come la specializzazione hegeliana dei due sessi, il femminile e il maschile: da una parte «le anime belle», dall'altra «i guerrieri giusti» (Elshtain 1991). Con un compromesso simile a questo, il pensiero progressista tende a prediligere per sé determinati ambiti quali la prevenzione sociale e l'educazione, mentre ne lascia volentieri alla destra altri quali il contrasto della minaccia da qualunque parte provenga. Comprensibile sul piano psicologico, sul piano politico una simile auto-segregazione è dannosa in una società democratica, nella quale tutte le culture politiche dovrebbero esercitare il diritto-dovere di formulare e sostenere attivamente il proprio punto di vista in riferimento a *qualsiasi* tema, compreso l'increscioso uso della forza.

A questo proposito Anthony Giddens ha scritto parole illuminanti formulando un bilancio su luci e ombre del *New Labour* e dell'ex premier britannico Tony Blair. Nel merito le scelte di Blair non sempre sono state giuste, in alcuni casi anzi sono state ingiuste e dannose (basti per tutte la partecipazione alla guerra contro l'Iraq nel 2003). Qui però è da citare un aspetto che, sul piano del metodo, è indiscutibilmente positivo. Secondo Giddens (2010), la strategia di Blair ha mostrato un punto di forza: «non permettere che esistessero questioni politiche lasciate alla completa disponibilità della destra e cercare comunque di dare delle risposte di centro-sinistra anche a quelle». Invece, per non aver saputo affrontare questo nodo, i partiti socialdemocratici e riformisti europei hanno perso il



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

potere, in quanto, a detta del sociologo inglese, «la sinistra ha spesso cercato di eludere, piuttosto che affrontare, tematiche scomode, legate al crimine, al disordine sociale, all'immigrazione e all'identità culturale, sottovalutando le preoccupazioni dei cittadini».

Da ciò la seconda delega, quella pratica. Essa vale sia per la politica in genere (*politics*), cioè l'insieme costituito dal progetto politico, dai valori che lo ispirano, dal consenso che lo sostiene e dalla strategia che si propone di realizzarlo, sia per le politiche pubbliche (*policy*), in quanto applicazioni di quello stesso progetto in specifici ambiti. Iniziamo dalla politica come *politics*, cioè come la ricetta per governare. Delle due funzioni che caratterizzano l'obiettivo della sicurezza – la *prevenzione* sociale e il *contrasto* dell'illegalità – la prima appare abbastanza condivisa: neanche i “cattivi” più irriducibili negano che sia giusto e auspicabile cercare di *prevenire* le devianze affinché non si verifichino o si verifichino in misura minore.

Il contrasto, invece, si configura come intrinsecamente controverso in quanto, come abbiamo accennato, affonda le sue radici nel più politico dei terreni: l'uso della forza. Lasciamo stare il manipolo, relativamente ristretto, delle personalità autoritarie fautrici della forza “a prescindere”. Alla luce dello stesso senso comune, per non parlare dell'elaborazione giuridica e sociale, nelle società democratiche la forza viene vista prevalentemente come una *extrema ratio*, necessaria ma incresciosa. Questa pur legittima visione, tuttavia, condanna il contrasto dell'illegalità mediante la forza al disinteresse dei “buoni” – dall'uomo della strada allo studioso – con conseguenze negative sul controllo democratico riguardo alla sua gestione. È così che al weberiano «monopolio della violenza legittima» da parte dello Stato (uno dei più condivisi principi politico-giuridici della modernità) corrisponde, assai meno condivisibilmente,



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

una produzione “monopolistica” del discorso pubblico sulla sicurezza da parte di coloro che vi sono addetti.

Della sicurezza, insomma, dovrebbero ragionare unicamente quelli che se ne occupano professionalmente, cioè i poliziotti e i magistrati. È accettabile un simile discorso? No, naturalmente. Tanto più in una fase di crisi del sistema penale e di declino della capacità della pena di agire da deterrente, cioè di prevenire l’illegalità minacciando di punirne gli autori. Oltre alla pena, tuttavia, esistono altri strumenti che concorrono a dare vita alla prevenzione strutturale. Dietro a questi strumenti vi sono altrettanti attori istituzionali che possono e devono dire la loro. Questo è l’ambito delle specifiche *policy* da adottare in settori che vanno dall’istruzione, alle politiche del lavoro, sociali, urbane, etc.: questo, e non altro, è il significato intrinseco (e non solo retorico) della parola d’ordine della sicurezza partecipata.

4. Pericoli, rischi, minacce: prevenzione o contrasto?

Come abbiamo accennato, per fronteggiare le trasgressioni lo Stato ha a propria disposizione due funzioni: la *prevenzione* e il *contrasto*. La prevenzione si articola in due sottospecie: “strutturale”, che mira ad agire sulle cause della devianza, e “situazionale”, che mira ad agire sulle conseguenze di essa. Poi c’è il contrasto, che reprime e che punisce. Ciascuna delle due funzioni possiede una valenza simmetrica ma differente per i soggetti che trasgrediscono e per i soggetti che ottemperano. Nel caso della *prevenzione strutturale*, si tratta di una relazione che la teoria dei giochi definisce a somma positiva, giacché offre *assicurazione* per i citta-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

dini modello e *inclusione* per i devianti. Invece negli altri due casi la relazione è a somma zero e quindi antagonistica. Per quanto riguarda la *prevenzione situazionale*, infatti, essa produce rassicurazione per i cittadini osservanti delle norme, dissuasione per i trasgressori; quanto al *contrasto*, per i primi essa produce *tutela*, per i secondi *repressione*.

In questa prospettiva non è un discorso ozioso, e neppure meramente accademico, definire da che cosa ci si deve difendere. Ecco quindi l'importanza, di fronte a un danno che incombe, di chiarire se esso scaturisca da un *pericolo*, da un *rischio* o da una *minaccia*. Queste tre categorie di potenziale danno alla collettività provengono difatti da fenomeni molto diversi, classificabili in base alla loro disposizione in un *continuum* tra i due poli inintenzionale/intenzionale. In una scala di intenzionalità da 0 a 100, i *pericoli* (cataclismi naturali) si collocano al minimo assoluto e hanno un'origine esterna alla società (ciò ovviamente non significa che chi è preposto a tali fenomeni non abbia precise responsabilità nel prevenirli e, qualora intervengano, nel contenerne gli effetti).

Quanto ai *rischi*, invece, questi hanno un'origine interna alla società e un'intenzionalità positiva che, per varie circostanze, può rovesciarsi generando conseguenze negative (ad esempio, l'avaria di una centrale nucleare). Infine vi sono le *minacce* (comportamenti attuati da un soggetto ostile), la cui intenzionalità consistente nell'offendere è massima e la cui genesi può essere sia esterna che interna. Il caso del terrorismo islamico è emblematico. I fattori che lo determinano sono molteplici, ma che esso costituisca una minaccia è indubbio. Invece di essere affrontato come oggetto di analisi e di prevenzione, esso viene strumentalizzato per creare panico intorno al fenomeno migratorio e il panico, paradossalmente, finisce per funzionare come un "silenziatore". Il terrorismo da un lato



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

riduce al silenzio chi difende i diritti umani, prende in esame gli aspetti positivi dell'immigrazione e promuove l'inclusione dei migranti. Dall'altro impedisce di parlare e agire pragmaticamente per garantire protezione alla collettività, nel timore che un eccesso di protezione innesci involuzioni autoritarie e compressione dei diritti civili.

È chiaro che, per fronteggiare danni alla sicurezza di natura e di segno tanto differenti, vanno approntate soluzioni che siano differenziate quanto a natura e a segno. Più o meno il contrario di ciò che accade nella società contemporanea. Qui il sistema politico, in maggiore o minore sintonia con i mass media, produce sistematicamente confusione tra le tre differenti forme di danno e circa le risposte da applicare a ciascuna di esse, classificando tutto (o quasi) come una minaccia.

5. Sicurezza urbana, sicurezza partecipata, sicurezza privata

Tra le soluzioni che oggi vanno per la maggiore c'è senz'altro quello della *sicurezza partecipata*. Per poter diventare una proposta operativa, la questione sicurezza ha avuto bisogno di una "teoria". Innanzitutto è stato necessario disporre di una "etichetta" (Czarniawska-Joerges e Joerges 1990), cioè di una costruzione sociale senza la quale non sarebbero esistiti né il fenomeno da affrontare né la soluzione da proporre. In questo senso l'"etichetta" rappresenta uno strumento di analisi e, insieme, uno strumento di intervento.

È così che, in alternativa al "vecchio" concetto di *sicurezza pubblica*, a partire dall'ultimo decennio del XX secolo si è affermato il "nuovo" concetto di *sicurezza urbana*. La prima e più ovvia novità di tale concetto ri-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

guarda il suo livello, che è locale. L'aggettivo *urbana*, infatti, chiama in causa la sede privilegiata della realizzazione della sicurezza (la città) e il ruolo che vi svolgono le istituzioni locali. La seconda, più rilevante, novità è rappresentata dall'ampliamento del significato conferito al sostantivo. È così che per "sicurezza" attualmente si intende non soltanto uno stato caratterizzato, in negativo, dalla semplice assenza di minacce ma anche, in positivo, uno stato in cui vengono promossi i fattori di autodefinizione, coesione sociale, relazionalità, che sono alla base della piena fruizione di tale bene (Ceri 2003).

Queste caratterizzazioni di sicurezza e insicurezza sono coerenti con le tendenze di fondo del mondo occidentale contemporaneo, post-moderno sul piano socio-culturale, globalizzato sul piano economico, liberale e liberista sul piano ideologico. Coerentemente con queste tendenze, il passaggio da una visione centralistica e gerarchica del potere (*government*) a una decentrata e partecipata (*governance*) del bene pubblico sicurezza comporta una gestione *multi-level*, cioè condivisa a più livelli (sovra-nazionale, nazionale, locale). Ciò significa l'apertura della materia sicurezza (nel frattempo divenuta "urbana") a più agenzie, sia pubbliche sia private. In Italia e in Europa la situazione attuale può essere descritta come l'oscillazione di un pendolo tra i due poli opposti della privatizzazione e della militarizzazione. La prima tendenza prende corpo nell'aumento degli addetti alla vigilanza privata e nell'incremento del fatturato dell'industria della sicurezza. La seconda assume le forme del *blurring*, o "dissolvenza" del confine tra i compiti dalle Forze dell'ordine e quelli delle Forze armate in operazioni di ordine pubblico come l'italiana *Strade sicure*. Già latente da tempo, nel Ventunesimo seco-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

lo la tendenza a *mixare* sicurezza interna e sicurezza esterna riceve una drastica spinta dal terrorismo internazionale.

6. Teatri di crisi: la politica

Infine c'è la politica come *policy*, cioè come traduzione della *politics* in provvedimenti per governare e amministrare. Le strategie elettorali e le *policy* in tema di sicurezza, urbana e pubblica, adottate da un decennio a questa parte dai politici italiani possono essere bene interpretate alla luce della metafora teatrale. Il punto di partenza è Erwin Goffman (1969), secondo il quale l'io contemporaneo "prova" i propri ruoli nel "teatro dell'anima" prima di interpretarli nel "teatro della vita".

Sulle sue tracce Czarniawska e Jacobsson (1995) hanno applicato la metafora teatrale all'ambito politico nazionale e locale. In effetti la loro evocazione della Commedia dell'arte e dei suoi personaggi (Colombina - ministro dell'economia, Brighella - consigliere del ministro, Pantalone - capo degli industriali, etc.) offre spunti interessanti per osservare il nostro tema così come viene interpretato sulla ribalta politica. L'intreccio che si dipana lungo le peripezie della sicurezza e dell'insicurezza porta bene alla luce il ruolo dell'esponente politico. Attore istituzionale competente di tutto senza essere esperto di qualcosa, il politico è chiamato, analogamente a un attore della Commedia dell'arte, ad agire avendo a disposizione un semplice canovaccio per il singolo spettacolo, ma, per tutti quanti, una traccia formidabile è rappresentata dal personaggio che interpreta. Così, se è un giovane fiducioso e gentile come Florindo può dire o fare le cose che ci si aspetta da un personaggio "buono", mentre da un personaggio "cattivo"



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

ci si aspetta che faccia cose opposte determinando, le une e le altre, corrispondenti reazioni nell'animo degli spettatori.

In *La sicurezza e la sua ombra* abbiamo applicato la metafora della commedia dell'arte a spettacolari rappresentazioni come il duello elettorale tra Rutelli e Alemanno a Roma nel 2008, a quello tra Moratti e Pisapia a Milano nel 2011 o infine, nelle elezioni europee del 2014, alla competizione fra i tre mattatori Renzi, Grillo, Salvini che hanno spodestato il vecchio capocomico Berlusconi. A prescindere dall'ovvia importanza dei fattori di contesto, e quindi dalla differenza tra consultazioni elettorali di portata locale ovvero nazionale, sia nel primo caso (vittoria del candidato di centrodestra), sia nel secondo e nel terzo (vittoria dei due candidati di centrosinistra), un peso non trascurabile nei rispettivi esiti è stato rivestito dalla incapacità del candidato sconfitto di infondere fiducia e sicurezza nei cittadini.

È possibile per il politico perseguire questo obiettivo senza ricorrere alla demagogia e al populismo da un lato e alla retorica buonista dall'altro? A questa domanda risponde un libro che, nella prospettiva sociologica, è metodologicamente eclettico in quanto non ha sposato una tecnica soltanto, bensì ha fatto ricorso di volta in volta agli strumenti che ci sono sembrati più adatti allo specifico oggetto. Senza porre steccati fra macro e micro, così come tra qualitativo e quantitativo, la nostra riflessione si muove dalla tipizzazione dei fenomeni alla loro comparazione storica, allo studio di caso, all'analisi delle politiche pubbliche e del dibattito politico, alla discussione di dati statistici. L'obiettivo è, di fronte al coacervo di interpretazioni e di emozioni che i fenomeni dell'insicurezza e del panico portano costitutivamente con sé, di contribuire all'affermazione della razionalità, sia pure consapevole dei propri limiti. Un "vasto programma", come si



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

deve. Dall'altro canto le questioni di cui si parla sono così urgenti che da qualche parte bisogna cominciare.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Bibliografia

Battistelli, F. (2016), *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico e costruzione della minaccia*, Roma: Donzelli.

Ceri, P. (2003), *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma-Bari: Laterza.

Cohen, S. (1972), *Folk Devils and Moral Panic. The Creation of the Mods and Rockers*, London: MacGibbon and Kee.

Czarniawska-Joerges, B., B. Joerges (1990), *Linguistic Artifacts at Service of Organizational Control*, in *Gagliardi*, pp. 339-363.

Czarniawska-Joerges, B. Jacobson (1995), *Political organizations and Commedia dell'arte*, in *Organization Studies*, 16(3), pp. 375-394.

Elshtain, J.B. (1991), *Donne e guerra*, tr. it. Bologna: il Mulino.

Galantino, M.G., G. Ricotta (2014), *Domanda di sicurezza e politiche locali. Il caso del Lazio*, Milano: Franco Angeli.

Giddens, A. (2010), *L'ascesa e la caduta del New Labour*, in *Critica sociale*, 8 giugno 2010.

Goffman, E. (1969), *La vita quotidiana come rappresentazione*, tr. it. Bologna: il Mulino (ed.or. 1959).

Inglehart, R. (1983), *La rivoluzione silenziosa*, tr. it. Milano: Rizzoli, 1983.

Merton, R.K. (1993), *Teoria e struttura sociale*, tr. it. di C. Marletti e A. Oppo, Bologna: il Mulino, 3 voll..

Wacquant, L. (2000), *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, tr. it. Milano: Feltrinelli.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Abstract

Safety and Unsafety: Crime, Terrorism and Moral Panic in a Sociological Perspective

A recurrent debate in social sciences concerns the distinction between unsafety as an "objective" status and unsafety as a "subjective" one. The latter is in turn generated by both inside (psychological) and outside (social and economic) drivers, politics and the media system being the leading actors. In order to clarify the paradoxes of unsafety (fear of negative events is not correlated to the extent of their effects nor to the probability of their occurrence rather to the intentionality of the authors) we distinguish among dangers (a non intentional damage as a natural disaster), risks (an unexpected negative outcome of a positively oriented intention) and threats (an intentional damage caused by an enemy). The distinction is not an academic one as far as it involves different approaches to security policies.

Keywords: safety, security, unsafety, terrorism, security policies.





anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

La Corte suprema del Regno Unito su revoca della cittadinanza e sicurezza nazionale: il caso Pham

di Pamela Martino *

1. Cittadinanza *de jure/de facto*: gli antefatti della pronuncia della Corte suprema sul caso *Pham*

Il Sig. Pham, nato in Vietnam nel 1983 e giunto nel Regno Unito nel 1989, a seguito di richiesta di asilo otteneva il permesso di restare in territorio britannico a tempo indeterminato; nel 1995 acquisiva la cittadinanza britannica, seppur conservando quella vietnamita.

Il 22 dicembre 2011, l'*Home Secretary* revocava al Sig. Pham la cittadinanza britannica in forza della sez. 40(2) del *British Nationality Act 1981* ovvero in quanto sospettato di essere coinvolto in attività terroristiche; peraltro, contestualmente le autorità vietnamite non acconsentivano al suo rimpatrio e non gli riconoscevano la cittadinanza vietnamita. Frattanto, gli

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento Ionico in Sistemi giuridici ed economici del Mediterraneo dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro". Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Stati Uniti d'America chiedevano la sua estradizione affinché fosse sottoposto a processo in USA. L'*Home Secretary* britannico attestava la legittimità della richiesta avverso la quale Pham presentava ricorso al *District Judge* Nicholas Evans il quale, tuttavia, lo rigettava nel novembre 2013.

Disposta dunque la sua estradizione, il Sig. Pham impugnava il relativo *order* britannico dinanzi all'*Administrative Court*, e presentava ricorso alla *Special Immigration Appeals Commission* (d'ora in poi, SIAC) avverso il provvedimento ministeriale di revoca della cittadinanza britannica.

Nel quadro del primo procedimento innanzi all'*Administrative Court*, che nel dicembre 2014 confermava la pronuncia del *District Judge*, il Sig. Pham sosteneva che se il suo ricorso alla Corte suprema fosse stato accolto, ciò avrebbe avuto un significativo effetto sul godimento dei suoi diritti *ex art. 6 CEDU* (diritto a un equo processo). Di contro, la Corte respingeva il ricorso affermando, al paragrafo 91, che «whether the appellant is a British citizen or not makes no difference to his relevant article 6 rights»¹. L'extradizione del ricorrente per motivi terroristici in USA non poteva considerarsi illegittima neanche in ragione del rischio che la principale prova testimoniale a suo carico, quella del Sig. Warsame, fosse stata estorta con mezzi di tortura: il fatto che in numerosi casi fosse stata accertata la prassi delle autorità statunitensi di estorcere informazioni e testimonianze con mezzi di tortura non implicava che ciò si estendesse al caso di specie ove non vi erano prove che attestassero tale circostanza; inoltre, anche qualora ciò si fosse verificato «[t]he trial will be one in a normal criminal court before a jury and Mr Warsame will gi-

¹ *Pham v. The United States of America* [2014] EWHC 4167 (Admin), 12-12-2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

ve evidence in person in front of the jury in the normal way. Mr Pham's counsel will be able to cross-examine him» (par. 31).

Al paragrafo 62 la Corte, peraltro, dichiarava che non vi era rischio reale che il Sig. Pham potesse essere condannato a morte o all'ergastolo: in base alla pronuncia della Corte Edu in *Babar Ahmad and Ors v. UK*², i giudici «[f]ound every reason to believe that a trial judge would respect a defendant's rights under the Eighth Amendment». Infine, con riguardo al rilievo che l'eventuale estradizione potesse comportare un'interferenza nel godimento da parte del ricorrente dei diritti di cui all'art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), la Corte dichiarava prevalente l'esigenza della tutela del *public interest* all'extradizione a fronte dell'eventuale interferenza dalla stessa causata.

Per ciò che concerne il procedimento riguardante il provvedimento ministeriale di revoca della cittadinanza britannica, dinanzi alla SIAC il Sig. Pham sosteneva che la decisione ministeriale era da considerarsi illegittima in quanto ad essa era imputabile lo *status* di apolide del ricorrente, in contrasto con il disposto della sez. 40(4) del *British Nationality Act 1981*³.

Se, nell'udienza preliminare, la SIAC accoglieva il ricorso affermando che, sebbene in forza della normativa primaria dello Stato di provenienza il ricorrente conservasse la cittadinanza vietnamita, il disposto legislativo era deliberatamente ambiguo sì da consentire all'Esecutivo vietnamita di assumere decisioni con esso contrastanti⁴, di seguito la *Court of*

² *Babar Ahmad and Ors v. UK* [2012] ECHR 609, 10-4-2012, par. 39.

³ In forza del quale «The Secretary of State may not make an order under subsection (2) if he is satisfied that the order would make a person stateless».

⁴ *B2 v. Secretary of State for the Home Department*, SIAC, SC/114/2012, 29-6-2012.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Appeal accoglieva il ricorso ministeriale avverso la decisione della SIAC dichiarando che in base alle norme vietnamite alla data della revoca della cittadinanza britannica il Sig. Pham era a tutti gli effetti cittadino vietnamita⁵. Il giudice Jackson, infatti, al paragrafo 88 della pronuncia, dichiarava che la circostanza “di fatto” non poteva confondersi con l’apolidia *de jure* di cui all’art. 1, comma 1, della *Convention relating to the Status of Stateless Persons* 1954 in base al quale «the term “stateless person” means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law»⁶: il ricorrente era, dunque, apolide solo di fatto – conservando egli la cittadinanza vietnamita sebbene gli fosse negata la protezione ad essa connessa – e non *de jure* – ovvero privo di cittadinanza sulla base della normativa in vigore –, non sussistendo pertanto alcuna violazione della sez. 40(4) della legge del 1981.

Richiamando la sentenza della SIAC in *Abu Hamza*⁷ nonché la terza edizione del noto volume *Fransman’s British Nationality Law* (par. 25.4), il giudice ribadiva che la parola «*stateless*» nella succitata sezione 40(4) indica l’apolidia *de jure*, non di fatto, e che tale sezione doveva leggersi in combinato disposto con l’art. 8(1) della *Convention on the Reduction of Statelessness of 1961* ai sensi del quale «a Contracting State shall not deprive a person of its nationality if such deprivation would render him stateless».

⁵ *B2 v. Secretary of State for the Home Department* [2013] EWCA Civ 616.

⁶ Cfr. UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Stateless Persons*, 28-9-1954, United Nations, Treaty Series, vol. 360, p. 117, reperibile in <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3840.html>.

⁷ *Abu Hamza v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSIAC 23/2005, 5-11-2010.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Precisato, al paragrafo 22, che la decisione era costruita solo in ragione delle prove non coperte da segreto e che nessuna delle informazioni segrete, sulla base delle quali era stata adottata la misura ministeriale di revoca della cittadinanza, avrebbe potuto incidere sulle determinazioni dei giudici, l'analisi della Corte d'appello muoveva dalla ricognizione delle norme di diritto internazionale in tema di revoca della cittadinanza: in particolare, gli articoli 1 e 2 della *Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws 1930*⁸, che consentono a ciascuno Stato di determinare in autonomia tutte le questioni concernenti riconoscimento e revoca della cittadinanza; la *Refugee Convention 1951* e la *Convention* del 1954, concernenti gli obblighi degli Stati contraenti nei confronti degli apolidi sul proprio territorio; in ultimo, la Convenzione del 1961, cui la sez. 40(4) della legge del 1981 intende dare effettività nell'ordinamento britannico, che vieta agli Stati contraenti di revocare la cittadinanza a coloro che diverrebbero altrimenti apolidi.

Tuttavia, assumendo che l'apolidia è *status* giuridico e che dunque l'art. 1(1) della Convenzione del 1954 va interpretato nel senso che un apolide è colui che nessuno Stato considera come proprio cittadino, nonché che sussiste una sostanziale distinzione tra la situazione di un soggetto che, malgrado possenga la cittadinanza di uno Stato, non goda dei diritti ad essa connessi, e quella di colui cui non sia riconosciuta alcuna cittadinanza, ciò che rileva ai fini della risoluzione del caso di specie è la determinazione della posizione dell'interessato rispetto al diritto statale

⁸ Reperibile in <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

prima della verifica della non conformità al diritto internazionale del provvedimento di revoca della cittadinanza.

In motivazione, la Corte d'appello, ai paragrafi 42-71, esplorava pertanto la legislazione vietnamita in materia di diritto di cittadinanza e ripercorreva le tappe dell'acquisizione della cittadinanza vietnamita e di quella britannica del ricorrente: acquisita la cittadinanza vietnamita in forza dell'*Order 53* del 1945, essa era preservata dal Sig. Pham anche una volta giunto nel Regno Unito; naturalizzato britannico nel 1995, egli non perdeva la cittadinanza vietnamita né – affermava Jackson al par. 74 della pronuncia – «did ... apply for or secure permission to relinquish Vietnamese nationality» in base all'art. 9 della *Nationality Law* del 1998. Trovava, dunque, applicazione il *Decree* n. 37/HDBT del 1990, in forza del quale il Sig. Pham possedeva una doppia cittadinanza e, malgrado risiedesse nel Regno Unito, restava cittadino vietnamita e in quanto tale godeva della protezione del Paese di provenienza. Con l'entrata in vigore prima del *Nationality Law* del 1998, e poi del *Nationality Law* del 2009, il ricorrente non avviava alcun procedimento di rinuncia alla cittadinanza vietnamita.

In linea con la SIAC, il giudice Jackson considerava acquisita la premessa che il Vietnam «is a communist state, in which the executive controls the courts and not viceversa» (par. 69) e che fosse da ingenui credere che «decisions [in Vietnam] could be effectively challenged in the courts». Tuttavia, l'apolidia *de facto* del ricorrente, pur non contestata, non poteva determinare l'illegittimità di un provvedimento ministeriale fondato sul possesso *de jure* della nazionalità vietnamita.

Giunto il ricorso in ultimo grado di giudizio, i giudici supremi erano chiamati a determinare due questioni poste dal ricorrente avverso la decisione della Corte d'appello: in primo luogo, se egli fosse qualificabile co-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

me cittadino vietnamita «by operation of its law» secondo il dettato della Convenzione del 1954; in secondo luogo, se la decisione ministeriale di revoca della cittadinanza britannica fosse da considerarsi in ogni caso sproporzionata e illegittima in base al diritto comunitario in quanto causa, peraltro, della perdita della cittadinanza europea. Il ricorrente richiamava, infatti, la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Rottmann v. Freistaat Bayern*⁹, in base alla quale gli Stati membri avrebbero dovuto aver riguardo al diritto comunitario nell'esercizio dei loro poteri in materia di cittadinanza, e qualsiasi azione intentata in sede giurisdizionale avverso l'esercizio di tali poteri, nella misura in cui interferisse con il godimento di diritti europei, avrebbe dovuto essere determinata sulla base delle norme di diritto comunitario.

La Corte suprema respingeva all'unanimità il ricorso dichiarando legittima la misura ministeriale in quanto adottata in conformità alla sez. 40(4) della legge del 1981, e rinviava alla SIAC la determinazione delle restanti questioni di diritto comunitario¹⁰.

2. Cittadinanza v. apolidia: normativa e giurisprudenza sulla revoca della cittadinanza britannica

La pronuncia della Corte suprema relativa al caso *Pham* è di notevole interesse in ordine all'individuazione dell'apolidia quale principale stru-

⁹ [2010] ECR-I-1449.

¹⁰ *Pham (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2015] UKSC 19.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

mento di opposizione alle misure governative britanniche di revoca della cittadinanza adottate per ragioni di sicurezza nazionale. Per comprenderne appieno la portata, tuttavia, è indispensabile muovere dall'analisi del percorso normativo e giurisprudenziale britannico sul tema.

A seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, la normativa britannica su immigrazione e diritto d'asilo è stata più volte modificata (Mantu 2014 e 2015; Kiwan 2008; Majid 2008). La prima modifica risale all'approvazione del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* che ha riformato la sez. 40 del *British Nationality Act 1981*, estendendo ai cittadini britannici per nascita i provvedimenti ministeriali di revoca della cittadinanza; la sez. 40(2), inoltre, ha consentito al *Secretary of State* di adottare una tale misura qualora sia convinto che «the person has done anything seriously prejudicial to the vital interests of the United Kingdom or a British Overseas territory», benché la sez. 40(4) abbia circoscritto l'applicabilità di provvedimenti di revoca ai soggetti in possesso di doppia cittadinanza, evitando in tal modo di generare casi di apolidia. Tale ultima sezione si pone in linea di continuità con gli obblighi contratti dal Regno Unito in ragione dell'adesione alla *Convention on the Reduction of Statelessness of 1961* il cui art. 8(1), come già ricordato, stabilisce che uno Stato aderente non può privare alcuno della cittadinanza statale quando tale provvedimento di revoca lo renda apolide.

La legge del 2002, infine, introducendo la sez. 40A nel *British Nationality Act 1981* e palesando dunque l'intenzione del Regno Unito di ratificare la *European Convention on Nationality 1997*, ha garantito il *right to appeal* un *order* ministeriale di revoca della cittadinanza, benché il *Secretary of State* possa certificare l'adozione della misura di revoca in ragione di informazioni segrete nell'interesse della sicurezza nazionale ovvero



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

dei rapporti tra il Regno Unito e un altro Stato. Il ricorso è presentato alla SIAC, anziché ad una Corte ordinaria¹¹, che si pronuncia secondo un sistema di udienze a porte aperte o a porte chiuse a seconda che il giudizio si fondi o meno su informazioni segretate per ragioni di sicurezza.

A norma della legge del 2002, inoltre, i ricorsi avevano effetti sospensivi ovvero un *order* di revoca della cittadinanza non poteva avere attuazione in corso di giudizio o prima della scadenza del termine previsto legislativamente per la presentazione di un ricorso¹²; tuttavia, in forza dell'*Asylum and Immigration Act 2004, Schedule 2*, hanno perso l'efficacia sospensiva prevedendo il disposto legislativo, contestualmente all'adozione dell'*order* di revoca della cittadinanza, la verifica della conseguente sussistenza dello stato di apolidia del soggetto interessato; ciò al fine di consentire ai procedimenti di revoca della cittadinanza e di espulsione di essere avviati contemporaneamente ovvero di garantire che a seguito di un provvedimento di revoca della cittadinanza l'interessato fosse soggetto, in quanto cittadino di un Paese terzo, ai controlli sull'immigrazione e ad altre misure applicabili a cittadini stranieri quali per esempio *orders* di detenzione nonché di espulsione; regime giuridico differente essendo previsto, difatti, per coloro in possesso di una seconda cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea¹³.

¹¹ Cfr. il *British Nationality Act 1981*, sez. 40(a)2. La SIAC era stata istituita inizialmente per pronunciarsi sulla legittimità di provvedimenti di espulsione sulla base di informazioni sensibili indisponibili alle Corti ordinarie nonché alle parti del giudizio. In proposito, cfr. Bonner, Cholewinski (2007).

¹² Sez. 40 A(6) del *British Nationality Act 1981*.

¹³ Direttiva 2004/38/EC del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

I dati empirici relativi al quadro normativo di riferimento fino al 2004 hanno evidenziato che la gran parte dei provvedimenti di revoca della cittadinanza hanno avuto per destinatari soggetti in possesso della seconda cittadinanza di uno Stato extraeuropeo e che frequenti sono stati i casi in cui tali provvedimenti hanno interessato soggetti allo stato su territorio straniero. In tali circostanze, al provvedimento di revoca è seguito un *order* con il quale le autorità britanniche hanno vietato all'interessato di rientrare in territorio britannico; considerando l'irricevibilità di ricorsi avverso tali ultimi *exclusion orders*, l'interessato ha potuto solo impugnare il provvedimento di revoca della cittadinanza dall'estero¹⁴.

I poteri ministeriali di revoca della cittadinanza sono stati ulteriormente estesi in forza dell'*Immigration, Asylum and Nationality Act 2006* che prima di tutto ha modificato nuovamente la sez. 40(2) della legge del 1981 consentendo al *Secretary of State* di adottare una misura di revoca della cittadinanza sulla base del convincimento che sia «conducive to the public good», mentre permangono invariati il divieto di rendere l'interessato apolide in forza di tale misura, nonché il diritto di impugnare il provvedimento di revoca.

In assenza di una dettagliata definizione legislativa dell'espressione «conducive to the public good» – concetto preso in prestito dalla normativa sull'immigrazione e ivi adoperato per motivare l'espulsione di *non-*

1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

¹⁴ Cfr., per esempio, il caso *G1 v. SSHD* [2012] EWCA Civ 867, in relazione al quale la Corte dichiarò che il diritto a un *in-country appeal* dovesse essere legislativamente garantito e che, di contro, la legge del 2004 aveva espressamente rimosso tale forma di tutela.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

nationals nell'esercizio del potere statale di controllare l'ingresso e la permanenza di stranieri sul territorio nazionale –, va ricordato che nessun principio di diritto internazionale legittima l'espulsione di propri cittadini da parte di uno Stato; ne consegue che una decisione statale di revoca della cittadinanza a fini di espulsione dal territorio nazionale si risolve in una decisione arbitraria. Inoltre, la circostanza per la quale la legislazione britannica applica la medesima disciplina a coloro che possiedono la doppia cittadinanza e ai *non-nationals*, e dunque la differenza di trattamento in ragione dei modi di acquisizione della cittadinanza britannica (per nascita o per naturalizzazione), confliggono con il principio in base al quale tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge, indipendentemente dal modo in cui abbiano acquisito la cittadinanza (Gibney 2013, 637).

Allo stato, in forza del disposto legislativo, una persona colpita da un *order* ministeriale di revoca della cittadinanza può presentare ricorso seguendo due strade: egli può contestare la "*conduciveness to the public good*" dell'*order* oppure lo *status* di apolide derivante dalla sua attuazione. Finora la strada maggiormente percorsa è stata la seconda per numerose ragioni: l'assenza di una precisa disciplina legislativa del significato di «conduce to the public good», il carattere esiguo delle prove richieste a sostegno dell'adozione del provvedimento ministeriale, infine la riluttanza del Giudiziario a sottoporre a controllo provvedimenti ministeriali adottati per ragioni di sicurezza nazionale.

Considerando, pertanto, che l'apolidia è suscettibile di impedire la revoca della cittadinanza, il suo significato e i criteri di determinazione della sua sussistenza hanno assunto un ruolo centrale nei ricorsi avverso i provvedimenti ministeriali.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

I ricorsi presentati alla SIAC e di seguito alle Corti d'appello hanno costretto il Giudiziario a un'intensa attività ermeneutica della normativa straniera sulla cittadinanza al fine di stabilire se il provvedimento ministeriale di revoca attribuisse ai ricorrenti lo *status* di apolidi. Essendo la decisione del *Secretary of State* subordinata al convincimento che l'interessato non divenga apolide a seguito dell'adozione della misura di revoca, è compito delle Corti britanniche verificare che il soggetto destinatario del provvedimento governativo non possieda altra cittadinanza.

Nel caso *Abu Hamza v. SSHD*¹⁵ la SIAC ha affermato che la nozione di apolidia cui far riferimento è quella *de jure* di cui all'art. 1.1 della *Convention relating to the Status of Stateless Persons 1954*, intendendosi con l'espressione «under the operation of its law», sulla base delle indicazioni fornite dalle linee guida dell'*UN High Commissioner for Refugees* (d'ora in poi, UNHCR)¹⁶, non solo il disposto legislativo ma anche la normativa secondaria ed eventualmente le consuetudini e la prassi, ovvero una decisione dell'Esecutivo che non sia suscettibile di controllo di conformità alla normativa in vigore da parte delle Corti di giustizia.

L'onere della prova grava in capo all'interessato e la decisione della Corte deve dipendere da un'«analysis of the nationality laws and public

¹⁵ *Abu Hamza v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSIAC 23/2005, 5-11-2010.

¹⁶ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Expert Meeting - The Concept of Stateless Persons under International Law* ('Prato Conclusions'), May 2010, reperibile in [http:// www.refworld.org/docid/4ca1ae002.html](http://www.refworld.org/docid/4ca1ae002.html); UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Statelessness No. 1: The definition of 'Stateless Person' in Article 1(1) of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons*, 20-2-2012, HCR/GS/12/01, par. 16-17, reperibile in <http://www.refworld.org/docid/4f4371b82.html>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

acts of a foreign state or states, facts readily capable of being established on balance of probabilities»¹⁷. Ciò premesso, «the Secretary of State and SIAC are not concerned with the reasonableness of the laws of a foreign state or of decisions made under them to deprive a person of his nationality, but with their effect. If the effect is to deprive a person of nationality and that person has no nationality other than British, he may not be deprived of his British citizenship»¹⁸. Nel caso di specie, la pronuncia fu adottata sulla base di prove segrete che attestavano l'effettiva perdita da parte del ricorrente della cittadinanza egiziana in forza di misure esecutive non pubblicate, da ciò derivando l'illegittimità del provvedimento ministeriale britannico di revoca della cittadinanza.

Del pari, nel caso *B2*¹⁹ (prima denominazione di Pham) – integrato in parte da materiale segreto e fondato su una disciplina legislativa vietnamita palesemente ambigua ovvero sulla constatazione che, malgrado le Corti vietnamite esercitino la propria giurisdizione sulle contese concernenti la cittadinanza, l'Esecutivo adotta arbitrariamente le misure che ritiene opportune in proposito – la SIAC, preso atto che le autorità vietnamite non riconoscevano B2 quale cittadino vietnamita, ha dichiarato che il ricorrente non poteva essere privato della cittadinanza britannica²⁰.

Tale decisione, fondata sulla constatazione di un'apolidia *de facto* del ricorrente, categoria che sulla base delle *Prato Conclusions* non trova ri-

¹⁷ *Abu Hamza v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSIAC 23/2005, 5-11-2010, par. 5.

¹⁸ *Ibidem*, par. 6.

¹⁹ *B2 v. Secretary of State for the Home Department*, SIAC, SC/114/2012, 29-6-2012.

²⁰ *Ibidem*, par. 18-19.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

conoscimento giuridico in alcuna norma di diritto internazionale vincolante²¹, fu ribaltata dalla Corte d'appello che motivava la sua decisione affermando che «if the Government of the foreign state chooses to act contrary to its own law, it may render the individual *de facto* stateless. Our own courts, however, must respect the rule of law and cannot characterize the individual as *de jure* stateless»²².

Come è evidente, considerati gli ampi poteri concessi all'Esecutivo dal disposto legislativo britannico in tema di revoca della cittadinanza per ragioni di sicurezza nazionale, in prevalenza connesse a minaccia terroristica, l'apolidia ne è divenuto l'unico terreno di contestazione. Le Corti britanniche, come già detto, hanno ribadito la competenza a decidere in via definitiva se la misura ministeriale provochi lo stato di apolidia dell'interessato, ma la loro interpretazione della nozione di apolidia *ex* Convenzione del 1954 ha condotto a esiti non univoci. Ciò è attestato dal significato attribuito al termine «*stateless*» dalla SIAC nel caso *B2* in contrasto con l'interpretazione maggioritaria del disposto convenzionale, dalla contrarietà di talune Corti chiamate a ribadire il divieto di generare apolidia a fronte di una pur legittima misura ministeriale in quanto *conducive to the public good*. Tale imbarazzo sollecita una più ampia riflessione intorno al problematico bilanciamento tra diritto individuale alla cittadinanza ed esigenza di tutela della sicurezza nazionale.

²¹ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Expert Meeting - The Concept of Stateless Persons under International Law* ('Prato Conclusions'), May 2010, p. 5, reperibile in <http://www.refworld.org/docid/4ca1ae002.html>.

²² *B2 v. Secretary of State for the Home Department* [2013] EWCA Civ 616, par. 92.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

A fronte di un'ampia letteratura in tema di *nationality*, la revoca della cittadinanza resta un profilo meno approfondito; ciò con tutta probabilità in ragione del fatto che per molti decenni l'attenzione di dottrina e decisori politici si è concentrata sui fenomeni migratori negli Stati europei: pertanto, le politiche di naturalizzazione e la questione della doppia cittadinanza²³ hanno governato l'agenda politica, sollecitando studi comparati e tentativi di classificazione delle legislazioni degli Stati europei sul tema. La minaccia terroristica del XXI secolo ha prodotto numerose modifiche nelle regole statali di acquisizione della cittadinanza, di gran lunga più numerose rispetto a quelle concernenti la perdita dei diritti ad essa connessi.

Invero, entrambi i profili connessi al diritto alla cittadinanza – modalità e condizioni di acquisizione e di revoca – evocano il potere statale di definizione della nozione di comunità statale, suggerendo che la disciplina normativa della revoca della cittadinanza integra ideali identitari e che lo *status* di cittadino è contingente in quanto subordinato al rispetto di tali ideali. Tuttavia, l'istituto della revoca della cittadinanza genera una profonda tensione tra i valori liberali e il diritto individuale alla cittadinanza: la concezione liberale della cittadinanza è basata sull'idea di contratto sociale a sua volta fondato sul consenso; la metafora contempla la revoca della cittadinanza ove tale contratto sia volontariamente violato. Parte della dottrina (Gibney 2013), a tal proposito, sottolinea come tale modalità di legittimazione della revoca generi numerosi problemi so-

²³ Si vedano in proposito: Aleinikoff e Klusmeyer (2001 e 2002); Hansen e Weil (2001); Howard (2006); Howard (2010); Vonk (2012); Hansen e Weil (2002).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

prattutto considerando che gli Stati contemporanei si connotano per una cittadinanza composita, alcuni acquisendo volontariamente la cittadinanza per naturalizzazione, altri per nascita, dunque senza esprimere alcun consenso. Ciò suggerisce che solo la cittadinanza per naturalizzazione è a rischio in caso di violazione del contratto suddetto; tuttavia, tale constatazione contrasta con il principio liberale in base al quale tutti i cittadini sono eguali dinanzi alla legge. Secondo altra dottrina, il ricorso a misure di disciplina della revoca della cittadinanza testimonia un nuovo modo di concepire il potere statale: la revoca è una sanzione penale applicata a quei cittadini che commettano crimini contro la sicurezza pubblica (Kingston 2005, 24).

Ciò premesso, l'analisi dell'esperienza britannica prospetta un quadro completo delle problematiche connesse alla disciplina dell'acquisizione e della perdita della cittadinanza.

A partire dal secolo XXI, peraltro, nel Regno Unito la normativa primaria ha reso sempre più complessa l'acquisizione della cittadinanza, mentre ha attribuito all'Esecutivo il potere di privare agevolmente della cittadinanza coloro che siano sospettati di essere coinvolti in attività terroristiche. Inoltre, pochi anni dopo le novelle legislative del 2002 e del 2006, il Governo conservatore insediatosi nel 2010 annunciava un nuovo progetto di legge in materia di immigrazione suscettibile di estendere ulteriormente i poteri di revoca della cittadinanza attribuiti al Ministro degli Interni. La sez. 66 dell'*Immigration Act 2014*, infatti, ha introdotto nella legge del 1981 la sez. 40(4A) affidando all'*Home Secretary* il potere di privare un soggetto della cittadinanza britannica, acquisita per naturalizzazione, qualora consideri la sua condotta seriamente pregiudizie-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

vole per gli interessi del Regno Unito e benché tale misura lo renda apolide²⁴.

Sebbene in base alla modifica legislativa il potere di adottare misure di revoca della cittadinanza permanga nelle mani dell'Esecutivo, la sez. 66(3) della legge del 2014 ha inserito la sez. 40B nella legge del 1981, stabilendo che l'*Home Secretary* deve sottoporre a periodica revisione parlamentare l'esercizio dei poteri di cui alla sez. 40(4A).

La novella legislativa dissolve le aspettative di ratifica da parte del Regno Unito della *European Convention on Nationality* 1997 che non ammette la revoca della cittadinanza ove tale misura generi apolidia; piuttosto, il disposto legislativo del 2014, ignorando il diritto internazionale in materia di diritto alla cittadinanza e prevenzione dell'apolidia, ha compiuto un passo indietro riportando il sistema normativo britannico ad uno stadio antecedente il 2002, a sua volta in linea con la *UN Convention on the Reduction of Statelessness* del 1961 che il Regno Unito firmava nel 1966 con una riserva in tema di revoca della cittadinanza. Il Regno Unito, infatti, è titolare del potere di revoca della cittadinanza ai natura-

²⁴ Cfr. Harvey (2014, 339-341). In corso di dibattito parlamentare sul progetto di legge del 2014, l'*Home Office* britannico ha pubblicato un *memorandum* volto ad illustrare la compatibilità della novella legislativa con la Cedu (v. *Home Office* (2014) *Immigration Bill – European Convention on Human Rights: Supplementary Memorandum by the Home Office*, http://www.gov.uk/government/publications/immigration-bill-overarching_documents) a fronte del divieto posto dal diritto internazionale di revocare la cittadinanza statale ove tale misura abbia effetti esterni, come un forte impatto sui diritti e sugli interessi di altri Stati, ovvero integri la violazione di obblighi internazionali (a tal proposito si veda Goodwin-Gill 2014).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

lizzati britannici che abbiano compiuto atti seriamente pregiudizievoli per gli interessi vitali del Paese anche qualora ciò renda loro apolidi.

La legge del 2014 costituisce la reazione governativa alla pronuncia *Al-Jedda*²⁵: il ricorrente, Sig. Al-Jedda, era giunto dall'Iraq nel Regno Unito nel 1992 e il 15 giugno 2000 acquisiva la cittadinanza britannica. A ciò seguiva, in forza della normativa irachena, la perdita della cittadinanza del suo Paese di origine. Nel settembre 2004, egli faceva ritorno in Iraq dove era arrestato nel mese successivo dalle forze armate statunitensi che lo affidavano in custodia ai britannici. Detenuto per tre anni, dopo il rilascio egli si stabiliva in Turchia. Parallelamente ad un procedimento concernente la presunta violazione dell'art. 5(1) CEDU durante la sua prigionia, respinta dalla *House of Lords* ma confermata dalla Corte di Strasburgo, nel 2006 egli avviava un procedimento di *habeas corpus* sostenendo che la sua detenzione era divenuta incostituzionale sulla base della normativa irachena. Conseguentemente rilasciato, non ottenne risarcimento dei danni. Con un *order* ministeriale britannico del 14 dicembre 2007, poco prima del suo rilascio, Al-Jedda era privato della cittadinanza britannica. Impugnato il provvedimento dinanzi alla SIAC nel gennaio 2008, a fronte della tesi del ricorrente in base alla quale la misura ministeriale lo avrebbe reso apolide, la *Commission* dichiarava che in forza della normativa irachena in vigore dal 2004 al 2006 il ricorrente aveva riacquisito la cittadinanza irachena prima dell'adozione della misura ministeriale di revoca della cittadinanza britannica che, pertanto, era legittima²⁶. Adita avverso la pronuncia della

²⁵ *Secretary of State for the Home Department v. Al-Jedda* [2013] UKSC 62.

²⁶ *Hilal Al-Jedda v. Secretary of State for the Home Department* (Deprivation of citizenship - Substantive - Dismissed) [2010] UKSIAC 66/2008, 26-11-2010.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

SIAC, la Corte d'appello chiedeva il riesame del caso, ma la SIAC nel 2012 confermava la prima decisione. La Corte d'appello definiva tale seconda pronuncia errata: chiamata a prendere in esame le alternative argomentazioni del *Secretary of State* britannico – ossia che a far data dall'adozione dell'*order* il ricorrente non era cittadino iracheno né faceva richiesta di riacquisizione della cittadinanza irachena, tale omissione (anziché il provvedimento ministeriale) generando la sua apolidia –, la Corte dichiarava illegittimo l'*order* in quanto aveva l'effetto di rendere il ricorrente apolide²⁷.

Su ricorso del *Secretary of State*, tale pronuncia era poi confermata dalla Corte suprema. Lord Wilson, giudice redattore, richiamando la pronuncia della Corte d'appello nel caso *Pham* in relazione al significato del termine "*satisfied*" nella sezione 40(4) della legge del 1981, dichiarava, al paragrafo 30, che nell'esercizio delle sue funzioni il giudice di appello deve «determine for itself whether the ground exists and/or whether the order would make the person stateless ... and not simply to determine whether she had reason to be satisfied of those matters (B2 v Secretary of State for the Home Department [2013] EWCA Civ 616, Jackson LJ, para 96)»²⁸; al paragrafo 22, tuttavia, osservava che aggiungendo il comma 4 alla sez. 40 della legge del 1981, ovvero vietando la revoca della cittadinanza qualora generi apolidia, «Parliament went further than was necessary in order to honour the UK's existing international obligations». Il riferimento era alla sez. 4(1) del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002* che, modificando la sez. 40 della legge del 1981, si poneva in linea

²⁷ *Al-Jedda v. Secretary of State for the Home Department* (Rev 2) [2012] EWCA Civ 358, 29-3-2012, parr. 124-131.

²⁸ *Secretary of State for the Home Department v. Al-Jedda* [2013] UKSC 62, par. 30.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

con i contenuti dell'art. 7(1)(d) della *European Convention on Nationality* 1997²⁹ che il Regno Unito, tuttavia, non ha ancora firmato.

La pronuncia del 2013 – con la quale peraltro la Corte suprema caricava di forza simbolica le sue determinazioni condannando il modo in cui gli ebrei tedeschi furono privati della cittadinanza tedesca in forza delle leggi razziali del 1935 e definiva «*evil*» la privazione dei diritti di cittadinanza (par. 12) – e, dopo breve tempo, la pronuncia *Pham*, con esiti opposti, attestano senza dubbio che, in tema di revoca della cittadinanza, l'orientamento della Corte non è univoco; pur tuttavia, le pronunce mostrano che il tema in oggetto costituisce terreno fecondo di analisi del mutamento dell'equilibrio tra poteri sul versante interno nonché della permeabilità dell'ordinamento britannico agli ordinamenti stranieri, sovranazionale e internazionale, contribuendo a delineare un orientamento giurisprudenziale costante e incrementale.

3. La pronuncia della Corte suprema sul caso *Pham*

In primo luogo, i giudici supremi sono stati chiamati ad accertare lo *status* di apolide del ricorrente. Con riguardo alla prima questione posta nel ricorso, la Corte ha dichiarato che il termine «*stateless*», adoperato alla sez. 40(4) della legge britannica del 1981, ha il medesimo significato di cui all'art. 1.1 della Convenzione del 1954: pur convenendo, sulla base

²⁹ A norma del quale: «A State Party may not provide in its internal law for the loss of its nationality *ex lege* or at the initiative of the State Party except in the following cases: conduct seriously prejudicial to the vital interests of the State Party».



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

del suggerimento dell'UNHCR che auspicava una interpretazione a maglie larghe del disposto convenzionale, che l'accertamento del possesso della cittadinanza vietnamita non può condursi operando un mero riferimento alla legislazione vietnamita e ignorando la prassi seguita dall'Esecutivo vietnamita benché non sia azionabile dinanzi alle Corti di giustizia, non sussiste una «evidence of a decision made or practice adopted by the Vietnamese government, which treated the appellant as a non-national “by operation of its law” [...]; nor in any event of one which was effective at the date of the decision» (par. 38).

La seconda questione posta dal ricorrente mirava ad accertare, *in primis*, se la decisione ministeriale britannica rientrasse nel quadro di applicazione del diritto comunitario, considerando il suo duplice effetto ovvero la perdita della cittadinanza britannica e di quella europea, nonché se tale misura governativa fosse stata adottata in osservanza del principio di proporzionalità di diritto comunitario. Se la questione della compatibilità degli atti governativi con il diritto comunitario non era stata affrontata in Corte d'appello, avendo essa già respinto un precedente ricorso costruito sulle medesime basi nel caso *G1*³⁰, dinanzi alla Corte suprema il ricorrente sosteneva che il diritto comunitario offre vantaggi procedurali (identificati nella pronuncia *ZZ (France) v. Secretary of State for the Home Department* [2013] QB 1136) indisponibili al diritto interno: secondo il Sig. Pham, infatti, il principio di proporzionalità è da ritenersi violato quando il *Secretary of State* può adottare misure alternative a quella di cui al caso di specie per il perseguimento del medesimo fine

³⁰ *G1 v. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 867, 4-7-2012.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

ovvero la prevenzione di attentati alla sicurezza nazionale. Peraltro, in caso di perplessità con riguardo all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario, la Corte suprema avrebbe potuto operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La cittadinanza europea è categoria giuridica le cui origini risalgono all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht nel 1993. Ad oggi trova riconoscimento nell'art. 9 TUE in forza del quale «Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be *additional* to and not replace national citizenship»; inoltre, in base all'art. 20 del TFUE «Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be *additional* to and not replace national citizenship». Il cittadino europeo è in quanto tale titolare di diritti e doveri di cui all'art. 20.2 TFUE³¹, cui – sottolineava il ricorrente – si sovrappongono i diritti riconosciuti ai cittadini europei dalla CEDU.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea si era pronunciata sui rapporti tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea nella sentenza relativa al

³¹ «(a) the right to move and reside freely within the territory of the Member States;

(b) the right to vote and to stand as candidates in elections to the European Parliament and in municipal elections in their Member State of residence, under the same conditions as nationals of that State;

(c) the right to enjoy, in the territory of a third country in which the Member State of which they are nationals is not represented, the protection of the diplomatic and consular authorities of any Member State on the same conditions as the nationals of that State;

(d) the right to petition the European Parliament, to apply to the European Ombudsman, and to address the institutions and advisory bodies of the Union in any of the Treaty languages and to obtain a reply in the same language».



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

caso *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Kaur* (Case C192-99) [2001] All ER (EC) 250: la Sig.ra Kaur, nata in Kenya da famiglia di origine asiatica, pur cittadina britannica in forza del *British Nationality Act 1948*, non possedeva i requisiti necessari per risiedere sul territorio britannico previsti dall'*Immigration Act 1971* e dal *British Nationality Act 1981*. Tale normativa era stata a sua volta adottata in linea con la dichiarazione britannica del 1972, con la quale all'atto della sua adesione alla Comunità economica europea il Regno Unito indicava agli altri contraenti chi godesse dello *status* di proprio cittadino – da cui derivava automaticamente la cittadinanza europea – designando quelli che beneficiavano del diritto di residenza nel territorio britannico ai sensi della legge del 1971.

Secondo la Corte europea, l'art. 8 del Trattato, in forza del quale un cittadino di uno Stato membro acquisisce in quanto tale la cittadinanza dell'Unione, doveva interpretarsi tenendo conto della suddetta dichiarazione britannica al fine di definirne il campo di applicazione *ratione personae*. In proposito la Corte richiamava il precedente *Micheletti v. Delegación del Gobierno en Cantabria* (Case-369/90) [1992] ECR I-4239, par. 10, nel quale i giudici europei dichiaravano che, nel rispetto del diritto internazionale, ciascuno Stato membro deve avere «due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality»; in applicazione di tale principio, la dichiarazione britannica del 1972, nella forma rivista del 1982, era volta a stabilire quale categoria dei cittadini britannici potesse beneficiare della normativa comunitaria in particolare concernente la libertà di circolazione; tale dichiarazione, in altri termini, non perseguiva tanto l'obiettivo di privare alcuno dei diritti riconosciuti dal diritto comunitario, quanto quello di non riconoscere *a priori* tali diritti.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

La pronuncia *Kaur* fu ribaltata dalla sentenza relativa al caso *Rottmann*³², sulla quale il ricorrente basava gran parte del suo ricorso. Il Dr Rottmann, naturalizzato tedesco, perdeva automaticamente la cittadinanza austriaca appena trasferitosi in Germania nel 1995 in quanto sospettato, nel suo Paese di origine, di frode nell'esercizio della sua professione. Nel 1997, instaurato un procedimento contro il Dr Rottmann in Austria, era in corso il processo di naturalizzazione quale cittadino tedesco nello svolgimento del quale l'interessato taceva la sua incriminazione nel Paese di provenienza. Di conseguenza, le autorità bavaresi ritiravano il suo certificato di naturalizzazione. La Corte europea era così chiamata a determinare se, considerando che la perdita della cittadinanza tedesca implicava anche la revoca della cittadinanza europea, la misura statale dovesse essere adottata conformemente ai principi europei quale quello di proporzionalità.

Nel caso di specie, se l'Avvocato generale Poiares Maduro asseriva che le normative nazionali con riguardo all'acquisizione o alla revoca della cittadinanza non intersecano l'ambito del diritto comunitario «solely on the ground that they may lead to the acquisition or loss of Union citizenship» e che, tuttavia, nel caso di specie tale intersezione era constatabile in ragione della sussistenza di «a foreign element, that is, a cross-border dimension» – ossia la perdita della cittadinanza austriaca era conseguente all'esercizio dei diritti derivanti dall'acquisizione della cittadinanza europea che aveva consentito al ricorrente di trasferirsi in Germania –, la Corte di Giustizia pur condividendo le conclusioni

³² Case C-135/08 *Rottmann v. Freistaat Bayern* [2010] ECR I-1449, [2010] QB 761.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

dell'Avvocato generale evitava il richiamo dell'elemento transnazionale. I giudici europei, infatti, non stabilivano espressamente l'estraneità all'ambito di applicazione del diritto comunitario di una decisione statale relativa al riconoscimento o alla revoca della cittadinanza statale, ma confermando il riconoscimento e la revoca dei diritti di cittadinanza come materie affidate alla disciplina statale, purché essa tenesse conto del diritto comunitario, dichiaravano che l'esercizio del potere statale «in so far as it affects the rights conferred and protected by the legal order of the Union, as is in particular the case of a decision withdrawing naturalisation such as that at issue in the main proceedings, is amenable to judicial review carried out in the light of European Union law» (par. 48).

La Corte europea chiariva, infine, che il *distinguishing* di *Kaur* riposava sulla constatazione che in tale caso la Sig.ra Kaur non possedeva i requisiti previsti per la residenza in territorio britannico e dunque non era privata del godimento di diritti che non aveva mai acquisito; di contro, Rottmann aveva acquisito la cittadinanza austriaca prima, e tedesca dopo, e dunque era stato legittimamente titolare dei diritti ad essa connessi nel quadro del diritto comunitario.

A fronte della pronuncia *Rottmann*, già la Corte d'appello inglese nel precedente *R (G1) v. Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 867 aveva dichiarato che, se in forza dei trattati succitati la cittadinanza europea è «*parasitic*» (par. 39) rispetto a quella statale, a sua volta estranea all'ambito di competenza del diritto comunitario, non poteva gravare in capo agli Stati UE l'obbligo di aver riguardo al diritto comunitario nell'esercizio dei poteri di loro competenza né la Corte di Giustizia poteva esercitare su di essi alcuna giurisdizione. In assenza di un *cross-border element*, come nel caso *Pham*, – affermava il giudice Laws



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

in Corte d'appello – non può attribuirsi alla Corte di Giustizia la giurisdizione sulle regole procedurali che governano la revoca o il riconoscimento della cittadinanza, a meno che si sostenga che il Parlamento britannico, *ex European Communities Act 1972*, ha ceduto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la competenza a modificare il disposto legislativo interno. Adottando la prima prospettiva di analisi, il diritto comunitario non prevale sul diritto nazionale.

Lord Carnwath, giudice redattore della sentenza della Corte suprema nel caso *Pham*, ha attribuito una «considerable force» (par. 58) alla gran parte dei rilievi del giudice Laws, con particolare riferimento alla questione delle competenze, ovvero «whether the European Communities Act 1972 or any successor statute had conferred any authority on the Court of Justice to exercise such a jurisdiction», questione che prima di operare un rinvio pregiudiziale dovrebbe essere affrontata dalle Corti statali. In via preliminare, la SIAC dovrebbe «identify the respects, if any, in which a decision on these legal issues might become necessary for disposal of the present case. Mr Southey relies in general terms on the EU requirement of proportionality, but he has not shown how (whatever its precise scope in EU law) it would differ in practice in the present case from the issue of proportionality already before SIAC under the European Convention, or indeed from principles applicable under domestic law» (par. 59).

La Corte suprema, pertanto, non ha ritenuto di doversi pronunciare su alcuna questione di diritto comunitario, eccependo il ricorrente la legittimità di una misura governativa adottata ai sensi della sez. 40 della legge britannica del 1981 come da *preliminary issue* definita dal SIAC con *order* del 1 febbraio 2012 (par. 56). Peraltro, l'appello datato 13 gennaio



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

2012 rievocava il principio di proporzionalità sulla base della CEDU, non facendo alcuna menzione del diritto comunitario (par. 57).

4. Gli *obiter dicta* dei giudici supremi sul riparto di competenze UK/UE in materia di cittadinanza e sul principio di proporzionalità

Come efficacemente osservato da Lord Hope of Craighead in *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom* (Fripp, Moffat e Wilford 2014), le norme in materia di acquisizione e revoca della cittadinanza «were so simple that it would hardly have been contemplating devoting an entire book to them»; tuttavia, negli ultimi decenni «[t]he world has become larger and more volatile» (Fripp, Moffat e Wilford 2014, v).

Si tratta, dunque, di una materia suscettibile di costituire il terminale delle trasformazioni degli obiettivi statali nel quadro della tutela delle garanzie dei diritti fondamentali: relativamente recente è, infatti, la maturazione delle tensioni tra l'Islam e l'Occidente nonché il crescente timore di attacchi terroristici ai Paesi occidentali, ciò provocando una crescente rigidità delle norme in materia di asilo e immigrazione, e un aumento esponenziale delle modifiche alle norme in materia di acquisizione e revoca della cittadinanza nonché dei provvedimenti di espulsione.

Il Regno Unito è uno degli Stati membri dell'Unione europea in cui tale processo incrementale è risultato più evidente, generando altresì complesse problematiche attinenti alla connessione tra cittadinanza statale e cittadinanza europea, al riparto di competenze in tema di cittadi-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

nanza tra ordinamento statale e comunitario, infine all'esigenza di uniformità nei criteri di controllo multilivello degli oramai frequenti atti governativi di revoca della cittadinanza statale.

Le criticità generate dall'articolata disciplina normativa della materia hanno trovato efficace sintesi da ultimo nella sentenza della Corte suprema sul caso *Pham*: essa, come già detto, pur non pronunciandosi sulla presunta violazione del diritto comunitario derivante dall'adozione dell'*order* ministeriale, ha riconosciuto al tema grande attualità dedicando un ampio spazio di riflessione alla sua disamina negli *obiter dicta* di Lord Carnwath³³ nonché nelle opinioni concorrenti di Lord Mance, Lord Sumption e Lord Reed.

Com'è noto, i *dicta* non sono *authorities*, potendo tutt'al più tali considerazioni accessorie acquisire un valore persuasivo tanto più marcato quanto più è prestigiosa la Corte che lo esprime, e paragonabile a quello di una riflessione dottrinale; gli *obiter dicta*, così come le *concurring opinions*, integrano uno stile delle sentenze della Corte suprema suscettibile di avere importanti effetti sul valore del precedente (Mattei 2014, 152-162). La sentenza in esame, infatti, nel quadro di un percorso giurisprudenziale non univoco sul tema della revoca della cittadinanza, si presenta come una sorta di pronuncia di mezzo che preannuncia una definizione più compiuta dell'orientamento della Corte prima che sulle problematiche connesse ai diritti di cittadinanza, sul riparto di competenze tra diritto interno e diritto comunitario e sulla connessa giurisdizione della Corte di Giustizia, nonché sugli strumenti offerti dal diritto interno per individuare lo

³³ Per una loro prima analisi si veda Ali Khan (2015).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

spazio di una fertile intersezione tra gli *standard* di diritto domestico e quelli adoperati a livello sovranazionale.

In tale quadro giova sottolineare i passaggi conclusivi della sentenza *Pham* contenenti alcune osservazioni concernenti proprio i profili di diritto comunitario integrativi del ricorso giunto dinanzi alla Corte. Le questioni di diritto comunitario poste dal ricorrente erano consequenziali: considerando che al provvedimento ministeriale di revoca della cittadinanza britannica seguiva la perdita della cittadinanza europea da parte del ricorrente, varcando gli effetti della decisione ministeriale i confini statali, esso era da collocarsi nello spazio del diritto comunitario; in secondo luogo, il controllo di legittimità della misura ministeriale doveva assumere come parametro il diritto comunitario e, in particolare, uno dei suoi principi fondanti ovvero quello di proporzionalità.

Le riflessioni della Corte suprema in ordine alla prima questione hanno preso le mosse dalla problematica sovrapposizione tra cittadinanza statale e cittadinanza europea.

Secondo la Corte internazionale di giustizia la nazionalità è «un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement (...) joint à une réciprocité de droits et de devoirs» (Affaire Nottebohm [Liechtenstein v. Guatemala], Deuxième Phase, Cour Internationale de Justice [CIJ], 6-4-1955, CIJ Recueil 1955, p. 4). Tale definizione, risalente nel tempo ma di frequente citata, pone l'accento sull'esistenza di una particolare relazione tra l'individuo e lo Stato. È processo naturale, pertanto, l'attribuzione alla competenza statale della disciplina di tutte le questioni connesse alla cittadinanza, in particolare alla sua acquisizione e alla sua revoca. Peraltro, tale competenza è ribadita in numerose norme internazionali: l'art. 3.1 della *European Convention on Nationality* 1997 stabilisce che «Each State



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

shall determine under its own law who are its nationals»; tuttavia – precisa l'art. 3.2 – il diritto nazionale «shall be accepted by other States in so far as it is consistent with applicable international conventions, customary international law and the principles of law generally recognised with regard to nationality». In altri termini, gli Stati non possono esercitare le loro competenze che nei termini imposti dal diritto internazionale e, dunque, una decisione statale di revoca della cittadinanza è illegittima qualora generi apolidia.

La *Convention on the Reduction of Statelessness of 1961* sul punto è chiara: una tale misura non può essere adottata se il soggetto interessato non possiede altra cittadinanza; tale divieto è stato incorporato nel diritto britannico mediante l'art. 40(4) della legge del 1981. Inoltre, la decisione statale di revoca della cittadinanza non può essere arbitraria: a titolo esemplificativo, giova citare l'art. 15(2) della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo³⁴ ovvero l'art. 4 della *European Convention on Nationality 1997*³⁵. Di qui la conclusione, di cui nella sentenza *Rottmann*, che la decisione statale debba essere posta in essere in osservanza del principio di proporzionalità.

Ciò premesso, è agevole constatare che il nesso di consequenzialità tra cittadinanza statale ed europea non ha messo in discussione il riparto

³⁴ «Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza».

³⁵ «The rules on nationality of each State Party shall be based on the following principles: a) everyone has the right to a nationality; b) statelessness shall be avoided; c) no one shall be arbitrarily deprived of his or her nationality; d) neither marriage nor the dissolution of a marriage between a national of a State Party and an alien, nor the change of nationality by one of the spouses during marriage, shall automatically affect the nationality of the other spouse».



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

di competenze tra diritto statale e diritto comunitario, la disciplina di acquisizione e revoca della cittadinanza statale restando nel quadro della giurisdizione domestica. Lo ha ribadito anche la Corte di Giustizia affermando che la cittadinanza europea «is not, however, intended to extend the scope *ratione materiae* of the Treaty also to internal situations which have no link with Community law» (Causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. État belge*, 2-10-2003, par. 26).

Tuttavia, secondo l'Avvocato generale nel caso *Rottmann*, la dimensione normativa della categoria giuridica muta qualora sia integrata da un elemento transnazionale; in tali casi, come si è già detto, la natura e le conseguenze della decisione di revoca della cittadinanza statale giustificano l'applicazione del diritto comunitario. Tale orientamento è in netto contrasto con quello della Corte suprema nel caso *Pham* che, riprendendo le argomentazioni della Corte d'appello nel caso *G1*, ha definito la cittadinanza europea come «*parasitic*»³⁶ confermando la sua costante riluttanza a favorire l'estensione del campo di applicazione del diritto comunitario alle questioni domestiche. Non esiste, secondo i giudici supremi, alcun fondamento giuridico alla base dell'obbligo per gli Stati membri di prendere in considerazione il diritto comunitario ove uno Stato membro UE decida autonomamente di revocare la cittadinanza ad un soggetto, ed è inammissibile la tesi secondo la quale il caso di specie interseca la giurisdizione della Corte di Giustizia in quanto alla perdita della cittadinanza nazionale consegue la perdita di quella europea. Lo *status* di cit-

³⁶ Cfr. *Pham (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2015] UKSC 19, par. 51 e 104.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

tadino europeo è accessorio rispetto a quello di cittadino di uno Stato membro e non può dunque giustificare un'alterazione del riparto di competenze tra Stati membri e istituzioni comunitarie.

Con riguardo alla seconda questione posta dal ricorrente, relativa all'applicazione del principio di proporzionalità comunitario nel quadro del controllo di legittimità del provvedimento ministeriale di revoca, richiamando il precedente *Kennedy v. Charity Commission* [2014] UKSC 20, con particolare riferimento alle dichiarazioni di Lord Mance al paragrafo 51, la Corte suprema ha mostrato un approccio flessibile ai principi che guidano il *judicial review*: «The common law no longer insists on the uniform application of the rigid test of irrationality once thought applicable under the so-called *Wednesbury* principle. ... The nature of judicial review in every case depends on the context»³⁷. Del pari – riprendendo le conclusioni del Professor Paul Craig (*The Nature of Reasonableness*, in *Current Legal Problem*, 2013, p. 131 ss.) secondo il quale «both reasonableness review and proportionality involve considerations of weight and balance, with the intensity of the scrutiny and the weight to be given to any primary decision maker's view depending on the context»³⁸ –, la Corte ha dichiarato che in casi concernenti la revoca della cittadinanza la natura e l'intensità del *review* non variano che si assuma a parametro il diritto domestico, europeo o internazionale.

Se il diritto comunitario offra garanzie procedurali maggiori rispetto al diritto domestico è questione, secondo i giudici supremi, difficile da

³⁷ *Pham (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2015] UKSC 19, par. 60.

³⁸ *Ibidem*.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

verificare in astratto; la sua ricaduta sul piano concreto «is best considered by SIAC, with access to all relevant material open and closed» (par. 61); inoltre, «[i]f an issue of proportionality under EU law is properly raised before SIAC by amendment of the present grounds of appeal, it would in my view be appropriate and helpful for SIAC to reach a view on its merits, even if only on a hypothetical basis. That would ensure that any future consideration by the higher courts will be informed by a clear understanding of the practical differences if any (substantive or procedural) from the remedies otherwise available» (par. 62).

Con riferimento ad entrambe le questioni di diritto comunitario, nella sentenza *Pham* si evince un approccio molto critico dei giudici supremi alla sentenza *Rottmann* dalla quale possono trarsi alcune conclusioni. In primo luogo, la Corte europea impone agli Stati membri di prendere in considerazione e di rispettare il diritto comunitario, assumendo come destinatari non solo l'autorità che adotti eventualmente la decisione ma anche la giurisdizione incaricata di esaminare tale decisione; in secondo luogo, la Corte pone il principio di proporzionalità come condizione di legittimità di una decisione nazionale di revoca della cittadinanza avente per effetto anche la revoca della cittadinanza europea. La Corte enuncia, inoltre, i criteri in base ai quali tale principio va applicato, ovvero l'adozione di un provvedimento di revoca deve tener conto delle conseguenze per l'interessato e per la sua famiglia, della gravità dell'infrazione commessa a fondamento della misura, del tempo trascorso dall'acquisizione della cittadinanza statale, della possibilità di conservare la cittadinanza d'origine.

A tal proposito la Corte suprema ha riconosciuto senza dubbio nel caso *Pham* il rilievo della questione connessa allo spazio di applicazione



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

del diritto comunitario, e pur rimarcando che le garanzie offerte dal *common law* sono equivalenti a quelle offerte dal test di proporzionalità del diritto comunitario, si è posta in linea con il percorso, avviato dal caso *Kennedy* del 2014, di condivisione dell'esigenza di una armonizzazione dei criteri di controllo di legittimità, avanzando verso il riconoscimento del principio di proporzionalità nel *common law* (Selmadji 2015).

Con riguardo a tale ultimo profilo, la pronuncia riapre un dibattito oramai risalente al secolo scorso e concernente le problematiche connesse alla divergenza tra sistemi amministrativi di *common law* e di *civil law* e alla loro evoluzione animata da una costante attività di interscambio che a sua volta ha prodotto una convergenza dei parametri di controllo sui limiti dell'attività amministrativa discrezionale negli ordinamenti europei, dunque la comparabilità sostanziale dei parametri giurisdizionali di controllo sulla non arbitrarietà delle decisioni amministrative nonché l'applicazione di uno *standard* di proporzionalità dell'azione amministrativa. Tale convergenza è stata favorita dalla presa di coscienza della sindacabilità degli atti frutto della discrezionalità amministrativa e dalla maturazione dell'ammissibilità di un controllo sulla manifesta irragionevolezza della decisione amministrativa che a partire dal secondo dopoguerra in Inghilterra ha prodotto l'affermazione del principio di *reasonableness* in senso sostanziale.

Se la suddetta presa di coscienza è stata il prodotto della permeabilità ad altri sistemi, il controllo di ragionevolezza non è l'esito di un processo di interscambio tra esperienze nazionali, ostacolato peraltro dalle tesi di A. Venn Dicey e dal positivismo normativistico dell'Europa continentale tra gli anni trenta e gli anni sessanta del secolo scorso che di concerto hanno costituito un freno alla circolazione delle tecniche di sindacato



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

giurisprudenziale. Una radicale spinta al processo di convergenza è venuta, pertanto, dal percorso di armonizzazione avviato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea che ha sviluppato un'attività interpretativa "integrativa" anche per il tramite dell'applicazione di *standard* giurisprudenziali (quale quello di proporzionalità) nell'esercizio del sindacato sull'eccesso di potere.

L'analisi del giudizio di proporzionalità dell'azione amministrativa non può prescindere dall'evoluzione del controllo di ragionevolezza: i due concetti, proporzionalità e ragionevolezza, sono strettamente connessi e nel caso specifico inglese la seconda ha accezione ampia della quale la prima costituisce una possibile specificazione. Difatti, con riguardo al principio di ragionevolezza è la sentenza relativa al caso *Associated Provincial Picture House Ltd. V. Wednesbury Corporation* (1948 1 KB 223) che ne definisce il significato articolato in una duplice accezione: quella più ampia, identificativa di un complesso di vizi inquadrabili nella cd. illegalità (*improper purposes, relevancy, bad faith*); la seconda, ovvero il cd. *substantive sense* dell'irragionevolezza, in base alla quale una decisione amministrativa è illegittima «if it is so unreasonable that no reasonable public body could have made it». È in tale ultima accezione che si inquadra il principio di proporzionalità da intendersi, dunque, come controllo dell'incongruità dell'azione amministrativa il cui terreno eletto di applicazione è quello della garanzia dei diritti fondamentali in quanto è con il passaggio allo Stato liberale che la formazione di un'area di diritti inviolabili produce l'esigenza che il giudice bilanci gli interessi in gioco nei casi in cui le decisioni delle autorità siano arbitrarie e incongrue (Zagrebelsky 1992).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Se le origini del principio di proporzionalità risalgono al diritto tedesco, la giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia, riconducibile tradizionalmente al caso *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (causa 11/70, in *Racc.* 1970, 1125), ha diffuso tale principio all'interno degli ordinamenti nazionali, compresi quelli ai quali il principio era sconosciuto o i più riluttanti alla sua applicazione (cd. effetto *spill-over*) (Galetta). Il Trattato di Maastricht ha poi conferito riconoscimento normativo al principio all'art. 3b, comma 3, identificando in esso uno dei pilastri dell'ordinamento comunitario. Pur considerando che in tutti gli Stati membri erano rinvenibili principi affini a quello di proporzionalità, la Corte di Giustizia ha attinto soprattutto dall'esperienza tedesca e dalla triplice articolazione del principio negli standard di idoneità, necessità e adeguatezza imponendo ai giudici nazionali, nelle materie di competenza comunitaria, un rispetto rigido del principio che non può esaurirsi in una mera valutazione di ragionevolezza, ma in un'analisi approfondita del caso concreto supportata da standard predefiniti.

In particolare nel caso inglese, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha inciso profondamente sul recepimento del principio di proporzionalità. La dottrina inglese ha considerato tradizionalmente la *unreasonableness* un concetto unitario; solo a partire dal caso *G.C.H.Q.*³⁹, il giudice Diplock ha articolato il controllo giurisdizionale di ragionevolezza in due livelli, ovvero *illegality* e *irrationality*: nel primo rientrano i casi già citati di *improper purposes*, *relevancy* e *bad faith*; nel secondo sono compre-

³⁹ *Council of Civil Service Unions v. Minister of State for the Civil Service*, 1985, A.C. 374.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

si i giudizi riguardanti il *substantive sense* dell'irragionevolezza, la proporzionalità, l'eguaglianza, la legittima aspettativa, la certezza del diritto e la *legality*.

Il concetto di proporzionalità in Inghilterra, peraltro, ha avuto difficoltà a trovare ufficializzazione nella giurisprudenza. Il primo caso di riferimento in materia di proporzionalità è considerato il *Brind case* del 1991⁴⁰ nel quale, malgrado negasse la possibilità di giudicare sulla proporzionalità in ragione dell'inidoneità del caso al perseguimento di tale fine, la *House of Lords* lasciava le porte aperte ad un suo futuro riconoscimento. Ed è con il *Nalgo case* del 1992⁴¹ che la Corte ha dichiarato che il principio di proporzionalità può essere applicato dalle Corti britanniche in casi riguardanti il diritto comunitario. In verità ciò che rileva a proposito di tale pronuncia è che la *Court of Appeal* ha giustificato la non applicazione del controllo di proporzionalità in base al fatto che «it was not clear whether and in what circumstances a court could apply that principle when exercising powers of judicial review and it was not open to a court below the House of Lords to depart from the traditional grounds of *Wednesbury unreasonableness*», con ciò confermando l'apertura alla sua applicazione previa assunzione di un chiaro orientamento in proposito da parte della *House of Lords*.

Un processo lento, quello dell'avvicinamento tra *judicial review* inglese e proporzionalità, sul quale ha influito incisivamente il diritto comunitario e l'attività di convergenza posta in essere dalla Corte di Giustizia.

⁴⁰ *R v. Secretary of State for the Home Department ex p. Brind*, 1991, 1 A.C. 696.

⁴¹ *National and Local Government Officers Association v. Secretary of State for the Environment*, in *Times Law Reports*, 1992, 576.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Peraltro, come già sottolineato da autorevole dottrina (Sandulli 1995, 329-370), non può certo considerarsi quest'ultima la causa del processo di convergenza, costituendo unicamente il veicolo di diffusione dei sintomi della trasformazione dei rapporti tra Stato e cittadini e dei rapporti tra poteri. Ne è testimonianza la rievocazione del concetto di *legal standard*⁴², a lungo abbandonato, funzionale ad un controllo razionale dell'attività amministrativa da parte delle Corti cui si estende un'attività interpretativa ispirata a criteri di logica non solo formale ma anche sostanziale e volta all'adeguamento della disciplina legislativa alla realtà sociale. In un contesto in cui il giudice è oramai costretto a scelte di valore, gli standard interpretativi svolgono la funzione di arginare la tendenza alla progressiva politicizzazione della funzione giurisdizionale realizzando, al contempo, un equilibrato compromesso tra certezza formale del diritto ed effettività/certezza sostanziale – la prima derivante dalla rigidità applicativa della norma sul piano formale, la seconda scaturiente dall'esigenza di ponderare l'applicazione della regola formale in ragione dei caratteri del caso concreto – che si concreta nella cd. interpretazione giurisprudenziale integrativa, ovvero l'attività di bilanciamento «tra la norma e il fatto» (De Ruggiero 1984, 577).

In linea di continuità con tale processo si colloca l'approccio pragmatico, radicato nella tradizione costituzionale britannica, condiviso dalla Corte suprema del Regno Unito. A fronte della distinzione tra il principio di proporzionalità originario di diritto tedesco e quello di diritto comunitario – il primo volto a fornire una tutela giurisdizionale che tenga

⁴² Sulle origini del concetto cfr. Pound (1919, 445); Pound (1933, 475).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

conto dell'intensità degli effetti nella sfera giuridica del ricorrente della misura adottata, il secondo improntato su di un modello di tutela giurisdizionale di carattere oggettivo ovvero volto ad operare un bilanciamento tra gli interessi in gioco senza attribuire maggior peso alle ricadute sulla sfera giuridica del singolo – nonché del rigore con il quale tale principio è stato adottato dalla Corte di Giustizia nella valutazione delle esigenze nazionali e comparativamente delle esigenze di garanzia di diritti, libertà e principi sui quali l'UE si fonda, non si può non notare come il confronto tra esigenze nazionali di sicurezza e garanzie sovranazionali dei diritti abbia progressivamente perso consistenza in ragione del fatto che entrambi i termini di paragone sono divenuti al contempo imperativi nazionali e sovranazionali. La tutela multilivello dei diritti individuali impone, di conseguenza, condivisi parametri e criteri di raccordo per la valutazione dell'azione amministrativa a livello nazionale ed europeo. Pur partecipando della conseguente esigenza di armonizzazione dei criteri di controllo dell'azione amministrativa, la Corte suprema del Regno Unito appare ancorata al contesto, ovvero l'assunzione di principio non si può affrancare dall'esame del caso di specie e dai mutevoli e contingenti caratteri dei termini della controversia posta dinanzi ai giudici nazionali.

5. Le *concurring opinions* sulla cittadinanza europea

In verità tale approccio trova ulteriore riscontro e dettagliata specificazione nelle *opinions* concorrenti che integrano il testo della pronuncia *Pham*. In particolar modo, in quella del giudice Mance che, convinto as-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

settore della necessaria interazione dell'ordinamento interno con quelli internazionale, comunitario e stranieri, ne ha sempre sottolineato il carattere progressivo nel quadro di una pur sempre imprescindibile specificità del *common law* rispetto agli ordinamenti di *civil law*. Difatti, auspicando l'instaurazione di un rapporto di mutua fiducia tra sistemi giuridici, in un discorso tenuto presso l'Università di Birmingham nel 2007 (Mance 2007, 19), Mance si era dichiarato contrario all'appiattimento delle specificità nazionali ma consapevole di un'evidente esigenza di armonizzazione giuridica a fini di certezza del diritto (Martino 2014, 83-117). Una conferma di tale orientamento può rinvenirsi nella sua nomina, nel 2012, a componente dell'*arbitration panel* dell'*European Law Institute* con il proposito di armonizzare l'applicazione del diritto dell'Unione europea ed elaborare proposte di riforma dell'UE.

Premessa la concordanza dell'*opinion* di Lord Mance con la decisione della Corte di rimettere alla SIAC la risoluzione delle questioni di diritto comunitario sollevate dal ricorrente, il giudice ha approfondito le problematiche generate dalle due premesse dalle quali muoveva il ricorso, ovvero l'applicabilità del diritto comunitario alla decisione ministeriale di revocare la cittadinanza britannica e la maggiore disponibilità nel diritto comunitario di strumenti di garanzia rispetto al diritto interno.

Invero, secondo il giudice, la pronuncia relativa al caso *G1*, con le motivazioni della quale la Corte suprema concorda, apriva alla competenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea a circoscrivere il potere statale di disciplinare riconoscimento e revoca della cittadinanza: il giudice Laws al paragrafo 43, infatti, affermava che:



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

[t]he conditions on which national citizenship is conferred, withheld or revoked are integral to the identity of the nation State. They touch the constitution; for they identify the constitution's participants. If it appeared that the Court of Justice had sought to be the judge of any procedural conditions governing such matters, so that its ruling was to apply in a case with no cross-border element, then in my judgment a question would arise whether the European Communities Act 1972 or any successor statute had conferred any authority on the Court of Justice to exercise such a jurisdiction.

Occorreva, dunque, secondo il giudice Laws, che una Corte britannica ricostruisse l'intento del legislatore nello *European Communities Act 1972*: ciò in quanto – ha ribadito il giudice Mance nella sentenza *Pham* – il Parlamento britannico è la suprema autorità legislativa nel Regno Unito e «European law is part of UK law only to the extent that Parliament has legislated it should be» (par. 76). Le Corti britanniche, muovendo dal presupposto che il Parlamento britannico adotti leggi volte ad implementare gli obblighi contratti dal Regno Unito nel quadro dei Trattati comunitari, forniscono un'interpretazione delle norme interne ad essi conforme; tuttavia, non è sempre possibile attribuire al disposto legislativo un significato conforme ai Trattati né è sempre certo che sia questo l'obiettivo che il disposto legislativo intende perseguire (par. 77). Richiamando le dichiarazioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón in relazione al caso C-62/14, *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*, del 14 gennaio 2015, il giudice Mance ha assunto come non ancora realizzatasi una identità costituzionale tra l'Unione e gli Stati membri (par. 78-79), ragione per la quale:



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

[f]or a domestic court, the starting point is, in any event, to identify the ultimate legislative authority in its jurisdiction according to the relevant rule of recognition. The search is simple in a country like the United Kingdom with an explicitly dualist approach to obligations undertaken at a supranational level. European law is certainly special and represents a remarkable development in the world's legal history. But, unless and until the rule of recognition by which we shape our decisions is altered, we must view the United Kingdom as independent, Parliament as sovereign and European law as part of domestic law because Parliament has so willed. The question how far Parliament has so willed is thus determined by construing the 1972 Act (par. 80).

Pur essendo il disposto legislativo del 1972 suscettibile di un'interpretazione a maglie larghe, ad una prima lettura esso riconosce l'attribuzione alla Corte di Giustizia del compito di determinare il significato e gli effetti delle norme contenute nei trattati europei; peraltro, nella pronuncia *HS2*⁴³, ai parr. 207-208, la Corte suprema ha individuato un potenziale limite alla giurisdizione della Corte di Giustizia quando le sezioni 2.1 e 3.1 della legge del 1972 siano interpretate in modo tale da attribuirle competenze su questioni fondamentali di diritto costituzionale britannico. Come attestato dalle dichiarazioni governative e dalla decisione del Consiglio d'Europa di cui ai parr. 85-89 della pronuncia, secondo Lord Mance «[t]here is nothing on the face of the Treaties to confer on the EU, or on a Union institution such as the Court of Justice, any power over the grant or withdrawal by a Member State of national citi-

⁴³ *R (HS2 Action Alliance Ltd) v. Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

zenship, even though such grant or withdrawal has under the Treaties automatic significance in terms of European citizenship» (par. 85), concludendo che:

unless the Court of Justice has had conferred upon it under domestic law unlimited as well as unappealable power to determine and expand the scope of European law, irrespective of what the Member States clearly agreed, a domestic court must ultimately decide for itself what is consistent with its own domestic constitutional arrangements, including in the case of the 1972 Act what jurisdictional limits exist under the European Treaties and upon the competence conferred on European institutions including the Court of Justice (par. 90).

Rari sarebbero – ha concluso il giudice – i conflitti di giurisdizione tra Corte europea e Corti nazionali se prudenza e mutuo rispetto ne animassero l'interazione in ambiti suscettibili di interessare la «constitutional identity» degli Stati membri (par. 91).

L'approccio dualista dei giudici britannici con riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario conferma un orientamento giurisprudenziale fermo sulla preservazione delle specificità del sistema costituzionale britannico avverso gli effetti talvolta distorti della tendenza uniformante dell'attività ermeneutica della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Il binomio uniformità/differenziazione non è contraddetto dalle riflessioni dei giudici supremi intorno alla seconda premessa dalla quale muoveva il ricorso di Pham, ovvero alle garanzie offerte dal diritto comunitario a fronte di quelle predisposte dal diritto interno sul terreno dei criteri di valutazione della legittimità degli atti posti in essere dall'Esecutivo statale.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

I giudici Mance, Sumption e Reed hanno infatti sostenuto l'integrazione del test di proporzionalità, così come previsto nel diritto comunitario o nella CEDU, nel *common law judicial review* muovendo tuttavia dal presupposto che non vi è una reale differenza tra la natura e l'esito del controllo di *common law* e quello in forza per esempio dell'art. 10 CEDU: se, come illustrato dal Professore Paul Craig nel già citato *The Nature of Reasonableness*, il controllo di proporzionalità introduce nel controllo di *common law* elementi strutturali a completamento dell'esercizio di *judicial review* – «The advantage of the terminology of proportionality is that it introduces an element of structure into the exercise, by directing attention to factors such as suitability or appropriateness, necessity and the balance or imbalance of benefits and disadvantages. There seems no reason why such factors should not be relevant in judicial review even outside the scope of Convention and EU law» (par. 95, *Pham*) –, rimane fermo quanto dichiarato dalla Corte suprema in *Kennedy*, al paragrafo 51, ovvero che «[t]he nature of judicial review in every case depends on the context». Pertanto, l'intensità del controllo non dipende dalla struttura del test adoperato nel suo esercizio, ma dal grado di *judicial restraint* praticato nel corso della sua applicazione e, dunque, «[w]hether under EU, Convention or common law, context will determine the appropriate intensity of review» (par. 96).

Ciò premesso, considerando lo *status* di cittadino «as fundamental at common law as it is in European and international law» (par. 97) e il diritto di risiedere o tornare nel Regno Unito come «a constitutional right» del cittadino nonché come un principio di diritto internazionale, il giudice Mance ha riconosciuto nel provvedimento di revoca della cittadinanza un "atto radicale", soprattutto quando generi apolidia, e dunque ad esso applicabile un rigido controllo di proporzionalità da parte delle



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Corti nazionali che devono tener conto, quale ulteriore elemento a scapito della proporzionalità dell'atto dell'Esecutivo, della circostanza per la quale la revoca della cittadinanza statale travolge anche la cittadinanza europea. Concludendo, tuttavia, che «[i]t is therefore improbable that the nature, strictness or outcome of such a review would differ according to whether it was conducted under domestic principles or whether it was also required to be conducted by reference to a principle of proportionality derived from Union law» (par. 98), il giudice Mance ha ancorato con chiarezza l'esigenza di una particolare rigorosità del *judicial review* al diritto di cittadinanza in quanto diritto costituzionale nonché diritto fondamentale oggetto di una tutela multilivello, travolgendo qualsivoglia distinzione tra i principi di diritto interno o di diritto comunitario da assumersi come direttrici del controllo di legittimità.

Anche Lord Reed ha posto una particolare attenzione nella sua *opinion* concorrente sul particolare valore del diritto alla cittadinanza in discussione, argomentando che il criterio di proporzionalità ha una duplice accezione: in primo luogo, esso connota sul piano generale il *judicial review* degli atti amministrativi, limitato alla valutazione di adeguatezza dei mezzi utilizzati rispetto ai fini perseguiti, come attestano casi quali *R v. Barnsley Metropolitan Borough Council, ex parte Hook* [1976] 1 WLR 1052. In secondo luogo, la proporzionalità può intendersi come veicolo per «the scrutiny of justifications advanced for interferences with legal rights» (par. 113), operativa in casi come *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Leech (No 2)* [1994] QB 198 e *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26. In queste ultime pronunce citate, le Corti – afferma Reed – hanno imposto limiti impliciti al potere legislativo di interferire con il godimento di alcuni diritti



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

fondamentali derivanti dall'applicazione del principio di proporzionalità: nel caso *Leech*,

the legislation was interpreted, against the background of the European Convention on Human Rights, as authorising the minimum intrusion into correspondence passing between a prisoner and a solicitor which was objectively established as being necessary to fulfil the aim of ensuring that the correspondence was bona fide legal correspondence. In a similar context, it was held in the *Daly* case that the infringement of prisoners' rights to maintain the confidentiality of their privileged legal correspondence was greater than was shown to be necessary to serve the legitimate public objectives identified (par. 118).

Pertanto, ove il Parlamento autorizzi significative interferenze nel godimento di diritti individuali, le Corti devono verificare che tali interferenze non assumano una portata superiore rispetto a quella obiettivamente necessaria al perseguimento degli obiettivi cui sono subordinate «... in substance, a requirement of proportionality» (par. 119). Favorevole all'applicazione di tale metodologia interpretativa al caso *Pham* – «Given the fundamental importance of citizenship, it may be arguable that the power to deprive a British citizen of that status should be interpreted as being subject to an implied requirement that its exercise should be justified as being necessary to achieve the legitimate aim pursued. Such an argument has not however been advanced at the hearing of this appeal, and it would be inappropriate to express any view on it» (par. 120) – il giudice marca il percorso evolutivo dell'orientamento giurisprudenziale rispetto al caso *Leech* ove il termine “proporzionalità”



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

non era mai stato adoperato, nonché rispetto al caso *Daly* ove i diritti in questione erano quelli garantiti dalla CEDU.

Infine, il cerchio si chiude con l'*opinion* di Lord Sumption, storico del diritto con spiccata sensibilità comparatistica, il quale ha considerato l'esito di un processo naturale l'assorbimento in forma compiuta del test di proporzionalità nel *common law* muovendo dalla constatazione che:

although English law has not adopted the principle of proportionality generally, it has for many years stumbled towards a concept which is in significant respects similar, and over the last three decades has been influenced by European jurisprudence even in areas of law lying beyond the domains of EU and international human rights law. Starting with the decision of the House of Lords in *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex p Bugdaycay* [1987] AC 514 it has recognised the need, even in the context of rights arising wholly from domestic law, to differentiate between rights of greater or lesser importance and interference with them of greater or lesser degree. This is essentially the same problem as the one to which proportionality analysis is directed. The solution adopted, albeit sometimes without acknowledgment, was to expand the scope of rationality review so as to incorporate at common law significant elements of the principle of proportionality (par. 105).

Secondo il giudice, la soluzione del caso di specie dipende dall'approccio della Corte al bilanciamento operato dall'*Home Secretary* tra il diritto del ricorrente alla cittadinanza britannica e la minaccia derivante alla sicurezza nazionale dalla sua presenza sul territorio. Nel quadro del diritto interno, il diritto alla cittadinanza britannica si colloca in cima ad una ideale «*sliding scale*» (par. 106, *Pham*) dei diritti fundamenta-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

li; del pari, il diritto alla sicurezza nazionale avverso attacchi terroristici ha potenzialmente la medesima collocazione, variabile tuttavia in ragione della consistenza della minaccia rappresentata dal ricorrente e della eventuale sussistenza di tale minaccia qualora egli perda la cittadinanza britannica. A tal proposito il giudice Sumption ha manifestato espressamente la sua posizione:

The suggestion that at common law the court cannot itself assess the appropriateness of the balance drawn by the Home Secretary between his right to British nationality and the relevant public interests engaged, is in my opinion mistaken. In doing so, the court must of course have regard to the fact that the Home Secretary is the statutory decision-maker, and to the executive's special institutional competence in the area of national security. But it would have to do that even when applying a classic proportionality test such as is required in cases arising under the Convention or EU law (par. 108);

in altri termini, «the cogency of the justification required for interfering with a right will be proportionate to its perceived importance and the extent of the interference» (par. 106).

Dalle *opinions* concorrenti emerge con evidenza come i giudici britannici respingano la netta distinzione tra il test *Wednesbury*, di diritto interno, e il test di proporzionalità, a dimensione europea; il primo ha senza dubbio consentito a lungo di contenere l'arbitrarietà del Giudiziario rispetto all'interpretazione del disposto legislativo; l'applicazione del secondo, più invasivo rispetto all'attività del Legislativo, deve necessariamente fondarsi sulla presunzione di terzietà del Giudiziario ovvero sulla sua capacità di valutare l'opportunità di un suo eventuale *self-restraint*. A ciò si aggiunga l'orientamento contestualista della Corte, fondato sulla



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

differenziazione di ciascun caso in ragione delle sue caratteristiche, che non solo è suscettibile di ostacolare la definizione di un univoco percorso giurisprudenziale, ma affida in via definitiva ai giudici il compito di calibrare qualsiasi interferenza reciproca tra i poteri e le sue ricadute sui diritti fondamentali. Senza dubbio, dunque, oltremania l'imperativo dell'armonizzazione non può intendersi come sganciato dalla pragmaticità britannica, volta alla soluzione di questioni concrete generate dalle dinamiche politico-costituzionali contingenti e condizionata dalle relazioni tra giudici e accademia, come ribadito proprio da Lord Carnwath nel 2013: «we as judges should cut out the theorising and concentrate on doing justice in real cases [...] Generally we should look to the academics to do the theorising, and to put our efforts into a wider context. That way, we can decide the cases, and then they can tell us what we really meant, so that we can make it sound better next time» (Carnwath 2013, 19-20).

6. Sovranità parlamentare e *rule of law*: prospettive evolutive

L'evoluzione normativa in materia di revoca della cittadinanza è parallela al percorso di trasformazione delle nozioni di nazione e cittadino e dei rapporti tra Stato e società.

Pur rievocando l'esilio che nell'antica Grecia era uno strumento alternativo all'esecuzione capitale mentre nell'Inghilterra ottocentesca era funzionale agli obiettivi imperiali di espansione coloniale e consentiva, al contempo, di non sovraffollare le carceri in territorio nazionale, nel XXI secolo le misure di revoca della cittadinanza sono per lo più connes-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

se all'imperativo della sicurezza nazionale e, annesse all'espulsione dal territorio statale, pongono complesse problematiche generate dalla circostanza per la quale oltre i confini statali non vi è *terra nullius* bensì territorio sovrano di Stati membri dell'UE ovvero di Stati extraeuropei. Inoltre, la revoca della cittadinanza non è concepita unicamente come misura punitiva, ma è integrativa di una giustizia preventiva che ha preso forma nel quadro dell'apparato di misure antiterrorismo⁴⁴: il cittadino, se sospetto terrorista, diviene un nemico, ciò legittimando l'adozione della misura estrema di revoca della cittadinanza che lo rende *enemy alien*. Considerando che, in forza del diritto internazionale, la cittadinanza è irrevocabile qualora l'ipotesi contraria generi apolidia, essa costituisce un "diritto" per tutti, ma un "privilegio" per coloro che possiedano la doppia cittadinanza: nella sua seconda accezione la cittadinanza statale legittima il potere dell'Esecutivo di determinarne la revoca.

Difatti nel Regno Unito, considerata un privilegio⁴⁵, la cittadinanza non è *status* giuridico la cui acquisizione e la cui preservazione è automatica e permanente. Ciò trova fondamento nel tradizionale concetto di *allegiance*, il collante tra *British subjects/aliens* (cittadini britannici o dei domini britannici) e Corona britannica che, prima che la legge regolasse i modi di acquisizione della condizione di *British citizen*, garantiva loro

⁴⁴ Cfr. Macklin (2012, 261-306).

⁴⁵ «Citizenship is a privileged, not a right»: queste le parole dell'*Home Secretary*, Theresa May, in un'intervista rilasciata al *The Guardian* (v. *Theresa May Strips Citizenship from 20 Britons Fighting in Syria*, in *The Guardian*, 23-12-2013, in www.guardian.com). In prospettiva comparata, la nozione di cittadinanza come privilegio e le sue implicazioni in caso di revoca della stessa sono approfonditi in Macklin (2014).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

protezione in cambio di fedeltà e ossequio. Nella cultura anglosassone, dunque, fedeltà e ossequio erano i presupposti per l'acquisizione della cittadinanza ovvero non era quest'ultima a generare doveri in capo ai soggetti protetti dalla Corona britannica. L'*allegiance* ha costituito un elemento di raccordo comunitario all'interno del Commonwealth fino agli anni sessanta del secolo scorso quando, in concomitanza con le ondate di decolonizzazione, per la prima volta furono introdotte forme di discriminazione nella categoria dei *British subjects*. Ma è con l'ingresso nella CEE nel 1975 che la percezione britannica è cambiata radicalmente: una nuova forma di cittadinanza e nuovi canali di garanzia delle libertà individuali hanno introdotto una nozione di diritti non più concepiti come connessi allo *status* di sudditi della Corona, ma come facenti capo alla persona in quanto tale. Il Regno Unito ha dovuto, pertanto, innovare la sua disciplina in tema di cittadinanza e immigrazione in ragione dell'intensificarsi dei suoi legami con la CEE e, al contempo, della progressiva dissoluzione dei vincoli del Commonwealth, processo nel quale si è innestata l'approvazione del *British Nationality Act 1981* (Torre 2003, 781-799).

Le modifiche alla disciplina in materia di revoca vanno esaminate, dunque, in un contesto ampio: pur sussistendo, infatti, uno stretto nesso tra cittadinanza, immigrazione e sicurezza, l'esperienza britannica dimostra come le norme in materia di cittadinanza siano *in primis* direttrici del raccordo tra istituzioni nazionali e cittadini; talché i poteri di revoca non sono atti di sovranità, ma veicoli di definizione della comunità statale formulati a fini inclusivi/di esclusione (Nyers 2010, 47-60). Pertanto, quando diritto di residenza e diritto di circolazione si sono affrancati dalla cittadinanza come "appartenenza" e "statualità" per assumere un



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

carattere sovrastatale (Ferrajoli 1994, 263-292), nel quadro delle sfide poste dalla globalizzazione e dai fenomeni migratori nonché dalla garanzia sovranazionale e internazionale dei diritti fondamentali, la sovranità statale, compressa dal processo di integrazione e da nuove geometrie del potere, ha sviluppato forme di resistenza all'uniformità proprio sul terreno della disciplina della revoca della cittadinanza, fissando limiti all'interferenza del diritto comunitario e del diritto internazionale con il diritto domestico. Nel caso specifico britannico, esemplificative sono le succitate sentenze *HS2* e *Kennedy*: la prima, a fronte della primazia del diritto comunitario sul diritto interno, ha chiarito che non tutti i principi costituzionali sono cedevoli rispetto al diritto comunitario; con la seconda la Corte ha dichiarato la sostanziale equivalenza tra gli *standard* delle garanzie dei diritti di *common law* e quelli di cui alla Cedu. Insieme alla pronuncia *Pham*, le due sentenze, asserendo l'idoneità dell'ordinamento interno ad offrire garanzie equivalenti a quelle previste dal diritto comunitario e dal diritto internazionale senza violare gli obblighi derivanti dai trattati, sollecitano una più ampia riflessione sulla *Constitution* britannica e sul ruolo delle Corti nel quadro della forma di governo.

In tale contesto si colloca il recentemente approvato *Counter-Terrorism and Security Act 2015*, che consente, nella *Part 1*, al Governo britannico di adottare *temporary exclusion orders* contro un cittadino britannico all'estero impedendo, in tal maniera, il suo rimpatrio nel Regno Unito⁴⁶. L'*order* ha durata biennale e può eventualmente essere rinnovato. Il

⁴⁶ La legge del 2015 costituisce l'epilogo di un percorso normativo efficacemente sintetizzato nella House of Commons Standard Note, *Deprivation of British Citizenship and Withdrawal of Passport Facilities*, 30-1-2015, in www.parliament.uk.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

provvedimento, ideato per impedire il ritorno in patria di cittadini britannici all'estero impegnati nelle fila di eserciti stranieri, si estende anche a coloro che siano sospettati di coinvolgimento in “*terrorism*”, termine la cui vaga e ampia accezione, paventando il rischio di abusi e provvedimenti arbitrari, ha indotto il Governo ad accogliere la proposta di sottoporre ad un limitato *judicial review* preventivo la sua decisione di adottare tale tipologia di *order*.

Il rinnovo dell'*order* ministeriale permane, intanto, privo di limiti e dunque suscettibile di avere durata indefinita, profilando una violazione della garanzia del diritto fondamentale alla cittadinanza e di conseguenza legittimando un'analisi critica del potere parlamentare di incidere così profondamente sull'assetto costituzionale. All'uopo si richiamano le dichiarazioni del giudice Hale, allo stato Vicepresidente della Corte suprema, rilasciate in occasione della *Bryce Lecture 2015* tenuta ad Oxford e intitolata *The Supreme Court in the United Kingdom Constitution*: l'edificio costituzionale britannico è cambiato molto – ha affermato il giudice – rispetto a quello strutturato da Bryce e Dicey intorno al principio della sovranità parlamentare; il *rule of law*, tradizionalmente inteso come principio servente rispetto alla sovranità parlamentare, ad oggi si è gradualmente elevato a principio organizzatore della *Constitution* inglese, ciò determinando un incisivo cambiamento nel ruolo delle Corti che prescinde in verità dall'istituzione della Corte suprema (Hale 2015, 2). Rinviano a numerosi precedenti giurisprudenziali della *House of Lords* e della Corte suprema, il giudice Hale ha ricordato gli attacchi, endosistemici ed extrasistemici, alla sovranità parlamentare registratisi soprattutto sul terreno della garanzia dei diritti, che inevitabilmente hanno accresciuto la centralità delle Corti nella forma di governo: a fronte di un ine-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

vitabile processo incrementale – che si evince dalla citazione di Lord Hope in *R (Jackson) and Ors v. HM Attorney General* [2005] EWCA Civ 126, [2005] QB 579 aveva dichiarato al par. 107 che «The rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor upon which our constitution is based... the courts have a part to play in defining the limits of Parliamentary sovereignty», concetto poi ribadito in *Recovery of Medical Costs for Asbestos Diseases (Wales) Bill: Reference by the Counsel General for Wales*⁴⁷ al paragrafo 51 –, Brenda Hale ha concluso il suo discorso con un monito rivolto proprio ai colleghi componenti della Corte suprema: «we must stay true to our judicial oath, 'to do right by all manner of people after the laws and usages of this realm, without fear or favour, affection or ill-will'. We are not making it up as we go along, but building upon the centuries of law and jurisprudence which make up our national narrative»⁴⁸.

⁴⁷ [2015] UKSC 3.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 18.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Bibliografia

Aleinikoff T.A., D. Klusmeyer (cur.) (2001), *Citizenship Today: Global Perspectives and Practices*, Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.

Aleinikoff T.A., D. Klusmeyer (cur.) (2002), *Citizenship Policies for an Age of Migration*, Washington DC: Carnegie Endowment for International Peace.

Ali Khan A. (2015), *The Limits of European Union Law: Terrorism, Statelessness and Deprivation of Citizenship*, in www.ssrn.com.

Bonner D., R. Cholewinski (2007), *The Response of the United Kingdom's Legal and Constitutional Orders to the 1991 Gulf War and the Post -9/11 'War' on Terrorism*, in E. Guild, A. Baldaccini (cur.), *Terrorism and the Foreigner*, Leiden: Brill, pp. 123-175.

Carnwath (Lord) (2013), *From Judicial Outrage to Sliding Scales—Where Next for Wednesday?*, in www.supremecourt.uk, pp. 19-20.

Craig P. (2013), *The Nature of Reasonableness*, in *Current Legal Problem*, p. 131 ss.

De Ruggiero L. (1984), *Il giudice e la legge: un problema aperto. Sul concetto di precomprensione*, in *Politica del diritto*, p. 577 ss.

Ferrajoli L. (1994), *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari: Laterza, pp. 263-292.

Forcese C., Crépeau F. (cur.) (2012), *Terrorism, Law and Democracy: 10 Years After 9/11*, Montreal: Canadian Institute for the Administration of Justice.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Fransman L. (2011), *Fransman's British Nationality Law*, 3^a ed., Bloomsbury Publishing PLC.

Fripp E., R. Moffat, E. Wilford (2014), *The Law and Practice of Expulsion and Exclusion from the United Kingdom: Deportation, Removal, Exclusion and Deprivation of Citizenship*, Oxford: Hart Publishing.

Galetta D.-U., *Principio di proporzionalità [dir. amm.]*, in www.treccani.it.

Gibney M. (2013), 'A Very Transcendental Power': *Denaturalisation and the Liberalisation of Citizenship in the United Kingdom*, in *Political Studies*, pp. 637-655.

Goodwin-Gill G.S. (2014), *Mr Al-Jedda, Deprivation of Citizenship, and International Law*, Revised draft of a paper presented at a Seminar at Middlesex University on 14 February 2014, in www.parliament.uk.

Guild E., A. Baldaccini (eds.) (2007), *Terrorism and the Foreigner*, Leiden: Brill.

Hale B. (2015), *The Bryce Lecture 2015: The Supreme Court in the United Kingdom Constitution*, in www.supremecourt.org.

Hansen R., P. Weil (cur.) (2001), *Towards a European Nationality: Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU*, New York: Palgrave.

Hansen R., P. Weil (cur.) (2002), *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the US and Europe: The Reinvention of Citizenship*, New York: Berghahn.

Harvey A. (2014), *Recent Developments on Deprivation of Nationality on Grounds of National Security and Terrorism Resulting in Statelessness*, in *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, pp. 339-341.

House of Commons Standard Note (2015), *Deprivation of British Citizenship and Withdrawal of Passport Facilities*, 30 Jan, in www.parliament.uk.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Howard M.M. (2006), *Comparative Citizenship: An Agenda for Cross-national Research*, in *Perspectives on Politics*, pp. 443-455.

Howard M.M. (2010), *The Impact of the Far Right on Citizenship Policy in Europe: Explaining Continuity and Change*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, pp. 735-751.

Kingston R. (2005), *The Unmaking of Citizens: Banishment and the Modern Citizenship Regime in France*, in *Citizenship Studies*, pp. 23-40.

Kiwan D. (2008), *A Journey to Citizenship in the United Kingdom*, in *International Journal on Multicultural Societies*, p. 60 ss.

Macklin A. (2012), *Stuck at the Border: Ten Years after 9/11*, in C. Forcese, F. Crépeau (cur.), *Terrorism, Law and Democracy: 10 Years After 9/11*, Montreal: Canadian Institute for the Administration of Justice, pp. 261-306.

Macklin A. (2014), *Citizenship Revocation, the Privilege to Have Rights and the Production of the Alien*, in *Queen's Law Journal*, p. 1 ss.

Majid H. (2008), *Protecting the Right to Have Rights: The Case of Section 56 of the Immigration, Asylum and Nationality Act 2006*, in *Immigration, Asylum and Nationality Law*, p. 27 ss.

Mance (Lord) (2007), *The Common Law and Europe: Differences of Style or Substance and Do They Matter?*, Holdsworth Club of the University of Birmingham, in <http://www.birmingham.ac.uk>.

Mantu S. (2014), *Citizenship Deprivation in the United Kingdom*, in *Tilburg Law Review*, pp. 163-170.

Mantu S. (2015), *Citizenship in Time of Terror: Citizenship Deprivation in the UK*, Paper prepared for ECPR Standing Groups, Warsaw 29 March-2 April 2015, in <https://ecpr.eu>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Martino P. (2014), «*Now it is our time to speak*»: i giudici supremi del Regno Unito e il dialogo rivelatore, in Id. (cur.), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli, pp. 83-117.

Mattei U. (2014), *Il modello di common law*, Torino: Giappichelli.

Nyers P. (2010), *Dueling Designs: The Politics of Rescuing Dual Citizens*, in *Citizenship Studies*, pp. 47-60.

Pound R. (1919), *The Administrative Application of Legal Standards*, in *Reports of American Bar Association*, XLIV, p. 445 ss.

Pound R. (1933), *Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law*, in *Tulane Law Review*, p. 475 ss.

Sandulli A. (1995), *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 329-370.

Selmadji L. (2015), *La portée limitée de l'arrêt ROTTMANN (CJUE, 2 mars 2010) à la lecture de la décision de la Cour Suprême Britannique dans l'arrêt PHAM (25 mars 2015). La place du droit de l'Union Européenne dans le contentieux de la nationalité*, in <http://blogs.u-paris10.fr/>.

Torre A. (2003), *Cittadinanza, immigrazione e condizione degli stranieri nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, pp. 781-799.

UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Stateless Persons*, 28-9-1954, United Nations, Treaty Series, vol. 360, p. 117 ss., in www.refworld.org/docid/3ae6b3840.html.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Expert Meeting - The Concept of Stateless Persons under International Law ('Prato Conclusions')*, May 2010, in www.refworld.org/docid/4ca1ae002.html.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Statelessness No. 1: The definition of 'Stateless Person' in Article 1(1) of the 1954*



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Convention relating to the Status of Stateless Persons, 20-2-2012, HCR/GS/12/01, in www.refworld.org/docid/4f4371b82.htm.

Vonk O. (2012), *Dual Nationality in the European Union: A Study on Changing Norms in Public and Private International Law and in the Municipal laws of Four EU Member States*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

Zolo D. (cur.) (1994), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari: Laterza.

Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Torino: Einaudi.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sulla giurisprudenza

Abstract

The UK Supreme Court on Citizenship Revocation and National Security: the Case of Pham

The comment regards the issues of statelessness and citizenship revocation as discussed by the British judges. In the case of Pham, the Supreme Court unanimously dismissed a suspected terrorist's appeal which held that Pham was a Vietnamese national at the time the Home Secretary deprived him of his British citizenship. The key issue for the court was whether the British Nationality Act 1981 prevented the Home Secretary from depriving Pham of British citizenship because making an order of that nature would cause him to become stateless. In the Supreme Court, Pham argued that the deprivation decision was disproportionate and unlawful under EU law. However, the court did not find it necessary to resolve the dispute about EU law.

The judgment emphasizes the British Government's powers to revoke the citizenship right to fight terrorism; however the Court defines a space of discussion about issues of EU law and its relation with domestic law by showing the increasing role of judges in the British form of government.

Keywords: National/European Citizenship, terrorism, UK Supreme Court.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Indagine sul contrasto allo sfruttamento lavorativo e di manodopera immigrata in Italia: dalla direttiva europea *Sanzioni* alla legge *Rosarno*

di Marco Omizzolo e Pina Sodano *

1. Lo sfruttamento lavorativo e la riduzione in schiavitù degli immigrati in Italia¹

In Italia la presenza degli immigranti nel mercato del lavoro presenta aspetti contraddittori. Molte ricerche mostrano l'esistenza di percorsi di

* Marco Omizzolo è dottore di ricerca in sociologia e direttore editoriale di Istisss Editore; Pina Sodano è dottoressa di ricerca in sociologia, già docente a contratto di Migrazioni islamiche in Europa presso l'Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche. Gli autori hanno progettato e discusso l'intero impianto del lavoro. Per la stesura finale il primo e il secondo paragrafo sono stati scritti da Pina Sodano, mentre il 3, 4, 5, 6 sono stati scritti da Marco Omizzolo; il paragrafo 7 (conclusioni) è stato scritto da entrambi gli autori. Contributo sottoposto a doppio referaggio (*double blind peer review*).

¹ Questo saggio riprende parte dalle riflessioni proposte da due importanti studi di Amnesty International (*Exploited labour. Migrant workers in Italy's agricultural sector* e *Lavoro sfruttato due anni dopo, il fallimento della "Legge Rosarno" nella protezione dei migranti sfruttati nel settore agricolo in Italia*).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

inclusione sociale che consentono di superare condizioni di sfruttamento lavorativo ed emarginazione sociale. Tra questi, ad esempio, l'imprenditoria etnica, che permette a migliaia di persone originarie di paesi stranieri di disporre di una retribuzione regolare e, nel contempo, garantisce mobilità sociale.

Secondo il Rapporto 2015 sull'economia dell'immigrazione della Fondazione Leone Moressa, in Italia, le prestazioni pensionistiche di circa 620 mila anziani derivano dalle contribuzioni dei lavoratori immigrati, per un totale di circa 10,29 miliardi di euro di contributi previdenziali versati all'INPS².

Esistono poi attività lavorative, emerse in seguito ad alcune ricerche sociologiche e riferite soprattutto a taluni settori specifici (agricolo, dei servizi, del commercio e edile), particolarmente esposti alla tratta internazionale e allo sfruttamento lavorativo. I casi più drammatici riguardano, senza dubbio, i lavoratori e le lavoratrici (braccianti) deceduti per le condizioni di lavoro estreme alle quali erano costretti, a fronte di retribuzioni inferiori anche del 50% rispetto a quella prevista dalla normativa vigente, impiegati in un settore governato in gran parte da una *nuova impresa dello sfruttamento* (cfr. Omizzolo 2015), a volte assunta come costante immutabile del modello di sviluppo vigente.

²La popolazione italiana con più di 75 anni rappresenta l'11,9% degli italiani e solo lo 0,9% degli stranieri. Secondo le stime Istat, tra dieci anni gli stranieri supereranno quota 8 milioni, con un'incidenza del 13,1% sulla popolazione complessiva. Nel 2050 rappresenteranno circa un quinto della popolazione, mentre un italiano su quattro (23,1%) avrà più di 75 anni. Ciò significa che la popolazione immigrata in Italia è in età lavorativa e, soprattutto, è statisticamente dedicata ad impieghi che contribuiscono in modo rilevante alle risorse pubbliche e, in particolare, pensionistiche, italiane.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Sono da menzionare i ricatti e le violenze sessuali compiute da caporali e dai *nuovi padroni* in particolare nelle campagne del ragusano nei confronti delle lavoratrici immigrate, soprattutto rumene (dunque comunitarie) e il caso delle sostanze dopanti usate dai braccianti punjabi della provincia di Latina per sopportare le fatiche fisiche derivanti dalle condizioni di lavoro e di sfruttamento nei relativi campi agricoli³, spesso con la complicità del datore di lavoro e del caporale (autoctono o etnico), e le violenze sistematiche che molti braccianti quotidianamente subiscono⁴. Comportamenti e prassi che concorrono a formare una *nuova organizzazione del lavoro agricolo* che riproduce metodologie che formalizzano comportamenti illeciti, a volte caratterizzati da metodi propri delle organizzazioni mafiose, quando non direttamente gestite da clan mafiosi radicatisi nell'intera filiera produttiva agricola⁵.

I principali studi, molti *dossier* e rapporti indicano, nella sostanza, una rinnovata organizzazione del sistema produttivo, soprattutto nei suoi segmenti più bassi, volta a superare la sporadicità delle condizioni di sfruttamento o addirittura la riduzione o mantenimento in servitù o

³ www.inmigrazione.it.

⁴ Sono emersi casi analoghi anche in provincia di Latina, nel livornese, nel grossetano e nella bassa mantovana. Un reportage del settimanale Left (n. 46/2015) ha denunciato la diffusione del fenomeno, compresi i ricatti sessuali, anche nel Centro e Nord Italia.

⁵ Le agromafie condizionano l'intera filiera agroalimentare: dalla produzione agricola all'arrivo della merce nei porti, dai mercati all'ingrosso alla grande distribuzione organizzata, dal confezionamento alla commercializzazione, dai grandi mercati ortofrutticoli (come quello di Fondi, città del Sud pontino) alla logistica, per un fatturato, secondo la direzione nazionale antimafia, di 12,5 miliardi di euro l'anno. Sono 27 i clan coinvolti nella tratta di esseri umani e caporalato, gestione dei mercati generali.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

schiavitù dei lavoratori e delle lavoratrici, soprattutto stranieri, in favore di uno sfruttamento organizzato compreso nel processo produttivo formale, superando la sua interpretazione di fenomeno anomalo, marginale o sporadico.

Si tratta, invece – o almeno questo è il rischio – di una risorsa predisposta da provvedimenti normativi riguardanti settori lavorativi diversi e centrali per il sistema imprenditoriale. D'altro canto, vi è stato un progressivo deterioramento in Italia dei servizi sociali dedicati alla tutela delle categorie e soggetti più fragili e una riformulazione del diritto del lavoro che ha concorso a sbilanciare il rapporto tra lavoratore, soprattutto se immigrato, irregolare e donna, e il datore di lavoro, in favore di quest'ultimo, così procedendo verso un'*eguaglianza sostanziale nello sfruttamento*.

Secondo Nocifora (2014), i lavori agricoli «in ampie zone del Mezzogiorno, ai prezzi stracciati che il controllo camorristico del commercio all'ingrosso impone, non sarebbero possibili, oggi, senza la disponibilità di grandi masse di manovalanza priva di ogni diritto, che dorme e mangia dove può e quando può, pronta a scappare al più piccolo segnale di controllo imminente».

Il diritto penale, come afferma il magistrato Antonio Bevere, da solo non garantisce la difesa efficiente ed efficace della libertà e della dignità dei lavoratori insieme al fondamentale rispetto dell'art. 36 della Costituzione, che fissa la retribuzione affinché assicuri al lavoratore «una esistenza libera e dignitosa».

Insieme all'abrogazione di fatto dell'art. 36 della Costituzione italiana, o alla sua costante violazione, è evidente anche il rischio della violazione



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

degli articoli 1, 4 e 41⁶ della Costituzione italiana, concorrendo nei fatti al suo deterioramento e, nel contempo, all'elaborazione di una nuova Costituzione informale ma sostanziale che legittima lo sfruttamento lavorativo.

2. Dal lavoro forzato al *trafficking* internazionale a scopo di sfruttamento lavorativo

Il concetto di lavoro forzato nasce in seno all'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) nel 1930 con la Convenzione 29 (sul Lavoro forzato e obbligatorio) che ambiva ad abolire tutte le forme di lavoro particolarmente pericolose, dure e vessatorie. Si trattava di un ulteriore avanzamento nella direzione del superamento dello sfruttamento lavorativo variamente declinato, successivo all'abolizione formale della schiavitù.

La nozione di lavoro forzato si basa ancora oggi, sull'esistenza di rapporti di lavoro fondati sulla prevaricazione del soggetto più forte, ossia il datore di lavoro, nei confronti di quello più debole ed esposto, os-

⁶L'articolo 1 della Costituzione riconosce il lavoro come principio fondante la nostra forma di Stato e relativa organizzazione, in correlazione con l'articolo 4 che riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e impegna la Repubblica a promuovere le condizioni che lo rendono effettivo. L'esigenza di contemperare gli interessi fondati sulla libera iniziativa economica e sulla proprietà privata con le rivendicazioni egualitarie sul piano dei diritti fondamentali e del benessere economico porta a un'*economia mista* in cui si limita l'individualismo in favore del principio di solidarietà che, antepo-
nendo l'interesse collettivo a quello dei singoli, introduce una concezione sostanzialistica dell'uguaglianza. L'uguaglianza nei diritti si sostanzia nell'ordinamento italiano attraverso un complesso di norme superiori che derivano da esperienze storiche fondamentali e che contribuiscono a formare l'insieme di relazioni sociali che regolano l'organizzazione sociale.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

sia il lavoratore (cfr. Agree 2015, 13 ss). L'esercizio della prevaricazione, quale espressione di comportamenti e azioni che impediscono o negano alla controparte le sue libertà e tutti o alcuni dei suoi diritti, si lega a quello dell'estorsione, ossia comportamenti coercitivi ed assoggettanti con minaccia di punizioni nei confronti dei lavoratori che non cedono, o fanno resistenza, alla prevaricazione.

In sostanza, è prevista la compresenza di due elementi distinti ma in relazione tra loro. *In primis*, la presenza costante di una minaccia con relative sanzioni di vario tipo e, secondo, la sottomissione del lavoratore all'attività imposta indipendentemente dalla propria volontà.

Il lavoro forzato comprende, come evidente, il *trafficking* per lavoro forzato, la cui identificazione richiede una lettura del fenomeno più articolata di quella propriamente normativa.

La sociologia, sotto questo punto di vista, può contribuire a migliorare la relativa analisi cogliendo, attraverso ricerche specifiche, dinamiche e processi che caratterizzano le forme moderne di tratta internazionale a scopo di sfruttamento lavorativo non ancora comprese. Letture o interpretazioni troppo *codicistiche*, infatti, rischiano di trascurare aspetti fondamentali delle nuove forme e prassi di *trafficking*, sino a negarne l'esistenza, generando l'invisibilità formale della medesima e dunque consentendone la riproduzione materiale.

Nel 2002 l'Alto Commissariato ONU per i diritti umani elabora alcuni principi (Principi e linee guida sui diritti umani e la tratta di esseri umani) che consentono una migliore identificazione e protezione delle vittime di *trafficking* a scopo di sfruttamento lavorativo, in grado di coglierne aspetti altrimenti sottovalutati.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Nella stessa direzione è inseribile la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, emanata a Varsavia nel 2005, da cui derivano obblighi puntuali in capo agli Stati volti a tutelare le vittime di *trafficking*, a partire da interventi socio-assistenziali, sanitari, psicologici, di cura, protezione e supporto per la loro reintegrazione nella società di accoglienza o nelle relative società di origine, con eventuale risarcimento dei danni subiti (artt. 12 e 18). Queste misure consentono di cogliere una responsabilità puntuale del sistema sociale e economico del paese in cui le vittime vivono la loro particolare condizione, reo di non aver saputo superare le forme di sfruttamento lavorativo e ricatto che in esso si sono realizzate. Nello stesso tempo si prevedeva un'assistenza legale puntuale dal rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, per consentire, in piena volontarietà, all'eventuale collaborazione con le autorità giudiziarie (artt. 14 e 15).

Tra i punti di particolare rilevanza della Convenzione vi è l'obbligo in capo agli Stati nazionali di promuovere accordi multidisciplinari anche con la società civile volti a contrastare in modo più adeguato lo sfruttamento lavorativo e il *trafficking*. La stessa decisione quadro del 15 marzo 2001 (2001/220/GAI) sulla tutela delle vittime nei procedimenti penali riconosce obblighi puntuali per gli Stati per garantire interventi di assistenza alle vittime nel corso dei procedimenti giudiziari.

La direttiva 2001/36/UE consente la prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la tutela delle vittime. Un primo elemento da sottolineare nella sintesi dei principali strumenti normativi internazionali volti a contrastare lo sfruttamento lavorativo e il *trafficking* consiste nella reiterata distinzione posta tra il primo fenomeno e il secondo. Si tratta di un'impostazione difficilmente condivisibile, derivante dalla scarsa com-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

preensione delle molteplici qualificazioni che compongono il *trafficking* e dei processi che lo caratterizzano.

Molti studi di caso rilevano la relazione diretta tra *trafficking* e sfruttamento lavorativo, considerandoli intimamente legati e strumento uno dell'altro che conducono verso violenze e subordinazione dei lavoratori, in particolare immigrati.

3. Il contrasto alla riduzione in schiavitù nell'ordinamento italiano: l'art. 600 del codice penale, la dottrina e la giurisprudenza italiana

Lo sfruttamento lavorativo non è il presupposto, più o meno immediatamente evidente, di un solo settore economico. Esso si manifesta in vari settori (sesso, accattonaggio, prostituzione, lavoro subordinato, commercio di organi umani) e spesso conduce alla riduzione o mantenimento in servitù o schiavitù di una persona, come riconosciuto dal comma 1 (secondo periodo) e dal comma 2 dell'art. 600 del codice penale italiano. Si tratta di una norma dell'ordinamento introdotta con lo scopo di tutelare maggiormente l'uomo e la sua inalienabile condizione di essere libero⁷.

⁷ In Italia sono stati denunciati casi particolarmente gravi di riduzione in schiavitù legati soprattutto al lavoro turistico e agricolo. Il 26 maggio del 2015, ad esempio, a San Clemente (RN), una datrice di lavoro italiana teneva una giovane lettone segregata in casa, riconoscendole appena 50 euro a settimana per lavorare senza regolare contratto come collaboratrice domestica e barista, a cui si sommava la pretesa per la ragazza di firmare un contratto retrodatato con condizioni di schiavismo legalizzato, oltre al sequestro dei beni personali e dei documenti. Si tratta di un esempio di servitù domestica, pe-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Dalla norma e dall'interpretazione effettuata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, emerge una condivisibile descrizione dei soggetti attivi e passivi protagonisti della riduzione in servitù e schiavitù, della sua condotta e dell'evento specifico di questo reato. Il soggetto attivo è colui che, datore di lavoro o caporale, approfittando dell'inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità dell'altro contraente, avvalendosi anche del reclutamento e relativo avviamento al lavoro in violazione del divieto di intermediazione (caporalato), stipula un accordo o crea una situazione di fatto (Cass., n. 3909/1990) in cui la persona presta la propria opera (il lavoratore dipendente) in uno stato di soggezione continuativa (cioè di limitazione della propria libertà di autodeterminazione) costretta a prestazioni che ne comportano lo sfruttamento (cfr. Cass. n. 2841/2007).

Si tratta di un'interpretazione che supera quella ristretta della riduzione in schiavitù legata alla sola limitazione fisica delle libertà personali e che invece introduce una visione più sociologica del reato, a partire

altro sempre più diffusa in Europa e in Italia. Secondo quanto riporta il dossier *Sfruttati a tempo indeterminato* della coop. In Migrazione (2014) sarebbe cronaca recente la condanna di un imprenditore del Comune di Fondi (LT), proprietario di un *camping* nel Comune di Terracina (LT), responsabile di aver ridotto in schiavitù un lavoratore indiano originario del Punjab. Il ragazzo, entrato in Italia clandestinamente nel 2011, è stato assunto come guardiano notturno e impiegato per svolgere mansioni diverse, ritrovandosi a lavorare 24 ore continuative per 600 euro al mese. Una retribuzione particolarmente bassa riconosciuta fino ad ottobre del 2012 quando venne emanata la legge che consentiva ai datori di lavoro di regolarizzare i propri dipendenti. A questo punto il giovane indiano venne obbligato a pagarsi i contributi, rimanendo di fatto senza alcun reddito fino a quando si ammalò. A quel punto alcuni turisti, sentendo i lamenti del giovane provenire dalla roulotte in cui dormiva, lo trovarono in uno stato di assoluto abbandono e con gravi segni di malnutrizione. Sono iniziate così le indagini che avrebbero condotto alla condanna dell'imprenditore italiano.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

dalla relazione tra i soggetti interessati e contestualizzata all'interno della condizione materiale di subordinazione del soggetto più fragile. La situazione di necessità consente, infatti, di includere nella fattispecie prevista condizioni di subordinazione lavorativa e sociale determinate dallo sbilanciamento reale dei rapporti di forza tra datore di lavoro e lavoratore, derivanti da molteplici fattori che interagiscono tra loro, a partire dalla retribuzione. È evidente lo sforzo della norma di comprendere una visione più sociologica del fenomeno, la cui complessità e dinamicità rischia altrimenti di sfuggire se vincolata a una lettura puramente codicistica.

La giurisprudenza (cfr. Cass. n. 2841/2007) propone un'interpretazione della norma del codice penale non simbolica ma funzionale alla tutela effettiva della dignità della persona che si traduce nel rispetto dell'art. 36 della Costituzione. Il reato d'intermediazione illecita viene considerato a condotta multipla e a forma libera, con evento a forma vincolata (comprendente lo stato di soggezione e la prestazione che ne deriva), di natura permanente (la protrazione dell'offesa del bene tutelato della personalità individuale dipende dalla volontà dell'agente) e abituale (più condotte della stessa specie si ripetono nel tempo, come deriva dalla definizione dell'evento come soggezione continuativa, accompagnato da una pluralità di prestazioni del soggetto passivo).

Molti intermediari (italiani e stranieri), nella loro azione quotidiana e illegale, perpetuano sistematicamente la condizione di dominio e subordinazione del lavoratore, evidente relativamente ad almeno quattro fattori. *In primis*, lo stato di necessità in cui si trova il lavoratore straniero, soprattutto nella sua attività di bracciante, direttamente legato alla retribuzione particolarmente bassa corrispostagli dal datore di lavoro, che lo



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

obbliga alla subordinazione e all'accettazione delle condizioni sociali ed economiche imposte. Secondo poi, dalla minaccia costante da parte del datore di lavoro e dall'intermediario, quotidianamente ricordata, del suo immediato licenziamento o allontanamento in caso d'insubordinazione alle condizioni imposte, e la sua immediata sostituzione con un altro lavoratore, generalmente connazionale, disposto ad accettarle senza motivo di contestazione.

La scarsa conoscenza della lingua italiana e delle prassi, norme e consuetudini vigenti volte alla tutela del lavoratore, dagli strumenti legislativi che consentono di sporgere denuncia e di ottenere forme materiali e immediatamente esigibili di tutela costituisce il terzo fattore. Infine, il vincolo etico ed economico pattuito *in primis* con il trafficante, spesso suo connazionale, che gli ha consentito, in cambio di una rilevante somma di denaro, di entrare (spesso legalmente) in Italia e di essere impiegato in un'azienda agricola, e poi la consapevolezza di non poter, almeno nel breve periodo, trovare un'altra occupazione in un'altra azienda agricola.

La combinazione di queste condizioni genera non solo la subordinazione del lavoratore straniero e relativa accettazione delle condizioni di sfruttamento lavorativo imposte, se non anche della sua riduzione in schiavitù, ma anche le condizioni sociali che lo caratterizzano, a partire da uno stato di isolamento e segregazione sociale, soprattutto nei riguardi della società di accoglienza (cfr. Agree 2015).

Riguardo alla condizione di soggezione del lavoratore e relativa limitazione della libertà di autodeterminazione, la giurisprudenza più recente ha stabilito che non è necessaria, per la sussistenza del reato, la sua totale privazione. Per la configurabilità del reato di riduzione in schiavitù



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

è necessaria la costituzione, da parte dell'imprenditore o caporale, dello stato di soggezione continuativa che determina la compromissione prolungata nel tempo della capacità di autodeterminazione del lavoratore, senza che si presenti un'integrale privazione della sua libertà personale (Cass. n. 8370/2014; n. 25408/2014; n. 44385/2013).

Si tratta di un'interpretazione moderna, in sintonia con le molte situazioni di sfruttamento lavorativo denunciate da varie ricerche sociologiche ed etnografiche. Dinanzi a questa interpretazione si deve considerare anche un orientamento meno condivisibile, secondo il quale non integra l'evento di riduzione o mantenimento di persone in stato di soggezione consistente nella privazione della libertà individuale (schiavitù), «la condotta dell'offerta di un lavoro con gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate verso un compenso inadeguato, qualora la persona si determini liberamente ad accettarla e possa sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue» (Cass. n. 13532/2011).

La paventata libertà del lavoratore straniero di sottrarsi dal lavoro servile, soprattutto nel settore agricolo, risulta improbabile. D'altro canto, l'esiguo numero di denunce presentate dai lavoratori immigrati, nonostante le condizioni di sfruttamento alle quali essi sono sottoposti e di cui hanno consapevolezza, insieme al ruolo del caporale, sono la manifestazione non della loro corresponsabilità nello sfruttamento o dell'accettazione del medesimo ma del concorso dei fattori indicati.

A ciò si aggiunga il consolidamento della disoccupazione giovanile in tutta Europa, e in Italia in particolare, aggravata dalla modifica delle norme sulle mansioni, sul controllo a distanza dei lavoratori, sull'ampliamento dei contratti a termine, sulla facoltà dei contratti collettivi a livello aziendale di disciplinare il rapporto di lavoro anche in de-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

roga alla legge, sulla riduzione a ipotesi marginali della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo, sulla debolezza strutturale dei controlli, invece indispensabili, concorrono a determinare le condizioni sociali e lavorative che determinano la riduzione del lavoratore straniero in uno stato di subordinazione e schiavitù.

4. Analisi del diritto internazionale a tutela dei lavoratori immigrati sfruttati

Secondo il diritto internazionale, l'Italia ha l'obbligo di organizzare e rendere efficiente un sistema che garantisca il rispetto, la protezione e la realizzazione dei diritti umani di tutti i lavoratori e le lavoratrici migranti. I lavoratori e le lavoratrici, indipendentemente dalla loro nazionalità, devono sempre poter presentare formale denuncia all'autorità giudiziaria, senza temere conseguenze di alcun genere⁸. Queste ultime, peraltro, soprattutto quando esposte a violenze e ricatti, anche sessuali, nel proprio ambiente di lavoro o in conseguenza dell'esercizio di una qualche forma di potere vessatorio da parte del datore di lavoro o di un suo intermediario, devono poter ricorrere con maggiore facilità all'autorità giudiziaria attraverso percorsi che ne garantiscano la tutela. Il diritto ad un ricorso effettivo per le violazioni dei diritti umani è riconosciuto da

⁸ «Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge.» Art. 2, comma 5, decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

una cospicua serie di norme, trattati e patti internazionali, a partire dagli articoli 2 e 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR), dall'articolo 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti Umani (CEDU) e dall'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sui ricorsi effettivi, che afferma: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (...)»⁹.

Rispetto alle violazioni del diritto al lavoro, il Comitato delle Nazioni Unite per i Diritti Economici, Sociali e Culturali ha esplicitamente chiarito che:

«Ogni persona o gruppo che subisca una violazione del diritto al lavoro dovrebbe avere accesso, a livello nazionale, a effettivi ricorsi giudiziari o a ricorsi appropriati di altro tipo. A livello nazionale, sindacati e commissioni per i diritti umani dovrebbero giocare un ruolo importante nella difesa al diritto al lavoro. Tutte le vittime di simili violazioni hanno diritto a un risarcimento adeguato, che può consistere in una restituzione, compensazione, pagamento o garanzia di non ripetizione della violazione»¹⁰.

L'accesso alla giustizia dovrebbe, dunque, essere garantito ai lavoratori immigrati a prescindere dal loro *status*, per permettergli di denunciare alle forze dell'ordine quanto subito.

⁹Art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 2000/C 83/01, vincolante a partire dal dicembre 2009, ossia dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

¹⁰ Comitato dei Diritti Economici, Sociali e Culturali delle Nazioni Unite, General Comment n. 18: The right to work, UN Doc. E/C.12/GC/18, 6 Febbraio 2006, par. 48.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Il Comitato delle Nazioni Unite per la Protezione dei Diritti di tutti i Lavoratori Migranti e dei membri delle loro famiglie afferma: «Gli Stati dovrebbero istituire canali effettivi e accessibili che permettano a tutti i lavoratori migranti di sporgere denuncia per violazioni dei loro diritti senza subire ritorsioni sulla base del fatto che possano trovarsi in una situazione d'irregolarità»¹¹.

Anche la Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) sui Lavoratori Migranti (Disposizione Supplementare) del 1975 (n. 143), ratificata dall'Italia nel 1981, riconosce loro, anche se in condizione d'irregolarità, il diritto alla parità di trattamento per quanto riguarda i diritti derivanti da occupazioni anteriori, in fatto di retribuzione, di previdenza sociale e di altre facilitazioni¹², inclusa la possibilità di rivendicarli dinanzi a un ente competente¹³.

Sono invece numerosi i casi di lavoratori immigrati a cui è stato impedito o reso complicato l'accesso alla giustizia. In alcuni di essi ciò è stato determinato dalla scarsa conoscenza dei relativi operatori della normativa nazionale e internazionale, mentre in altri per via di forme evidenti di pregiudizio e discriminazione o, nei casi più gravi, di collu-

¹¹ *Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Contribution by the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families to the High-Level Dialogue on Migration and Development of the General Assembly*, UN Doc. A/61/120, par. 15(f).

¹² Articolo 9, Convenzione sulle Migrazioni in Condizioni Abusive e sulla Promozione della Parità di Opportunità e di Trattamento dei Lavoratori Migranti, 1975 (Convenzione OIL n. 143), ratificata dall'Italia il 23 giugno 1981.

¹³ Cfr. Raccomandazioni OIL sui Lavoratori Migranti, 1975 (N. 151), par. 34.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

sione coi sistemi di sfruttamento lavorativo presenti territorialmente (Amnesty International 2012 a).

Ciò che rende particolarmente contraddittoria la legislazione nazionale in materia è anche la storia e l'esperienza maturata dal paese nella lotta alle mafie e nella tutela dei testimoni di giustizia. Le stesse misure normative finalizzate a regolamentare la politica migratoria del paese, a partire dalla criminalizzazione della migrazione irregolare e l'affidamento agli ispettori del lavoro della impropria funzione di applicazione delle stesse leggi sull'immigrazione, determinano ostacoli alla possibilità da parte di un lavoratore straniero, ancor più se irregolare, di far valere il proprio diritto ad un ricorso effettivo.

5. La direttiva europea *Sanzioni* (2009/52/EC) e la legge *Rosarno* (n. 109/2012) per la protezione dei migranti vittime di sfruttamento lavorativo

Nel 2012 il Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale ha espresso motivate preoccupazioni per la mancanza di un'appropriata protezione legale degli immigrati, in particolare di coloro che vivono «condizioni lavorative di sfruttamento o di abuso». Tali preoccupazioni, motivate da analisi dei flussi migratori e delle condizioni di vita e lavoro di molti stranieri, hanno condotto il Comitato ad elaborare la raccomandazione all'Italia, ossia di: «modificare la propria legislazione così da permettere ai migranti senza documenti di rivendicare



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

i diritti derivanti da occupazioni precedenti e di presentare denunce indipendentemente dalla situazione migratoria»¹⁴. Tale raccomandazione ha portato, nel luglio del 2012, all'adozione del Decreto Legislativo n. 109, conosciuto come "legge Rosarno" (n. 109/2012) che ha introdotto alcune importanti misure di protezione per i lavoratori e le lavoratrici stranieri irregolari vittime di sfruttamento lavorativo¹⁵.

La "legge Rosarno" è stata adottata con lo scopo specifico di attuare la Direttiva europea 2009/52/EC (Direttiva *Sanzioni*)¹⁶ e interrompere la procedura d'infrazione aperta dalla Commissione Europea contro l'Italia per la sua mancata adozione nei tempi richiesti¹⁷.

Lo stesso Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, François Crépeau, considerando l'importanza della Direttiva Sanzioni, ha commentato: «sebbene questa sia stata trasposta nella normativa nazionale attraverso il Decreto Legislativo 109/2012, l'Italia deve fare uno sforzo per assicurare la sua piena attuazione, includendo un ef-

¹⁴ Osservazioni conclusive del Comitato per l'Eliminazione della Discriminazione Razziale, Italia, UN Doc. CERD/C/ITA/CO/16-18, 9 Marzo 2012, par. 23.

¹⁵ D.Lgs. n. 109 del 16 luglio 2012 ("legge Rosarno"). Trasposizione della Direttiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, per implementare la Direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

¹⁶ Direttiva 2009/52/EC del Parlamento Europeo del Consiglio del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (Direttiva *Sanzioni*).

¹⁷ Relazione illustrativa, annessa alla Bozza del Decreto Legislativo per l'implementazione della Direttiva 2009/52/CE presentata al Senato il 17 aprile.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

fettivo sanzionamento dei datori di lavoro italiani che abusino della vulnerabilità dei migranti, pagando loro salari bassi o a livello di sfruttamento e obbligandoli a lavorare in condizioni malsane, difficili o pericolose»¹⁸. Non si tratta di un richiamo isolato o inaspettato.

La “legge Rosarno”, sin dalla sua prima formulazione, ha manifestato alcuni limiti di cui il governo italiano fu immediatamente informato, i quali avrebbero potuto condizionarne l'efficacia. Tra questi, *in primis*, la sua scarsa attenzione all'attività del datore di lavoro che impiega lavoratori e lavoratrici in modo irregolare.

Amnesty International evidenziò alcune perplessità concernenti la sua efficacia (Amnesty International 2012 b, 35-36), a partire dalla difficile applicabilità del Decreto Legislativo n. 109/2012 per il riconoscimento reale di una protezione effettiva dei lavoratori e delle lavoratrici stranieri vittime di sfruttamento lavorativo. L'esenzione prevista dalla norme della responsabilità penale del datore di lavoro che utilizza, quale strumento per il reclutamento di manodopera straniera o italiana, il caporale, ne costituisce un limite evidente che, di fatto, priva la norma stessa della capacità di contrastare il fenomeno. Le osservazioni sortirono effetti solo parziali, probabilmente perché la legge era in vigore da soli sei mesi e la sua attuazione poteva essere valutata solo parzialmente.

¹⁸ Rapporto del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, François Crépeau, *Addendum: Missione in Italia* (29 settembre–8 ottobre 2012), UN Doc. A/HRC/23/46/Add.3, 30 April 2013, par. 87.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

5.1. Analisi della direttiva europea sanzioni

La direttiva *Sanzioni* (dir. 2009/52/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009) è stata emanata per «combattere l'immigrazione illegale» e, dunque, per proibire l'impiego di lavoratori e lavoratrici non europei irregolari, attraverso alcune norme minime che prevedono sanzioni e provvedimenti puntuali. Nel complesso, essa riteneva che «la possibilità di trovare lavoro nell'Unione Europea pur non avendo lo status giuridico richiesto» costituisse un fattore centrale di richiamo dell'immigrazione irregolare verso l'Unione Europea, e che dunque l'azione contro di essa dovesse prevedere misure di contrasto¹⁹ all'impiego di lavoratori non europei irregolari²⁰ e sanzioni ai datori di lavoro che ne fanno uso.

Tali sanzioni comprendono l'esclusione del datore di lavoro colpevole e, dunque, della sua azienda, dai finanziamenti pubblici, inclusi i fondi europei, l'esclusione dalla sua partecipazione ad appalti pubblici, la chiusura degli stabilimenti e il ritiro delle licenze necessarie all'esercizio delle attività economiche²¹. Il datore di lavoro, se responsabile del reclutamento di lavoratori stranieri irregolari, deve pagare ogni retribuzione arretrata rimasta in sospeso (pari almeno al livello del minimo salariale), insieme alle tasse e ai contributi previdenziali non corrisposti²².

¹⁹ Considerando 2 della Direttiva.

²⁰ Art. 3.1 della Direttiva.

²¹ Art. 5 e 7 della Direttiva.

²² I datori di lavoro dovrebbero pagare anche tutti i costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate al paese in cui il cittadino di un paese terzo assunto illegalmente ha fatto ritorno o è stato rimpatriato. Art. 6.1.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

A tale scopo, gli Stati dell'Unione Europea devono agire affinché ai lavoratori stranieri sia garantito il diritto e la possibilità di presentare domanda giudiziale contro i datori di lavoro, far eseguire la sentenza e ottenere le retribuzioni arretrate. Ciò vale anche nei casi in cui i lavoratori stranieri irregolarmente assunti siano tornati (o rimpatriati) nei loro paesi di origine²³.

In definitiva, gli Stati membri devono garantire canali sicuri per i lavoratori stranieri che vogliano sporgere denuncia contro i datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi (quali i sindacati o le organizzazioni della società civile)²⁴.

Le sanzioni penali vengono invece imposte solo in alcune circostanze, come quando viene impiegato un numero significativo di immigrati irregolari simultaneamente, oppure quando il lavoratore straniero è vittima di tratta, è un minore impiegato illegalmente o si trova a lavorare in «condizioni di particolare sfruttamento lavorativo»²⁵.

Altro aspetto di grande interesse riguarda la concessione di un permesso di soggiorno temporaneo ai lavoratori stranieri minorenni o che lavorano in condizioni di particolare sfruttamento, collegato alla durata del procedimento penale, secondo disposizioni simili a quelle applicate per le vittime di tratta²⁶, rinnovabili e prolungabili fino a quando il lavoratore o la lavoratrice straniera non ha ricevuto gli arretrati dovuti²⁷.

²³ Art. 6.2-4.

²⁴ Art. 13.

²⁵ Art. 9.1.

²⁶ Art. 13.4.

²⁷ Artt. 6.5 e 13.4.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

La Direttiva si concentra sulla condizione d'irregolarità dei lavoratori stranieri piuttosto che sui loro diritti lavorativi e sui possibili abusi subiti dal datore di lavoro²⁸. L'articolo 14 impone agli Stati dell'Unione Europea l'obbligo di condurre ispezioni per controllare l'impiego lavorativo di stranieri irregolari. La Direttiva, inoltre, fornisce una definizione ampia di «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» che si verificano qualora «vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana [sic]»²⁹. «Le condizioni lavorative di particolare sfruttamento» includerebbero per esempio quelle risultanti da discriminazione di genere o di altro tipo³⁰.

5.2. Analisi della "legge Rosarno"

La "legge Rosarno", come la Direttiva *Sanzioni*, fa prevalere l'applicazione delle leggi sull'immigrazione sulle azioni di contrasto allo sfruttamento lavorativo. Prima della "legge Rosarno", la legislazione ita-

²⁸Enar, Ewl, Picum and Solidar, *Employers' Sanction Directive: Migrant workers, not employers, pay the price of their exploitation*, Dichiarazione congiunta, 4 Febbraio 2009; N. Flamigni, 'Europa - Direttiva sanzioni: il prezzo più alto lo pagano i migranti', 5 Marzo 2009, Melting Pot.

²⁹ Art. 2.i, «condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni d'impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana».

³⁰ *Ibidem*.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

liana già proibiva l'impiego di immigrati irregolari, sanzionando i datori di lavoro con il carcere (da sei mesi fino a tre anni) e una multa di 5.000 euro per ciascun lavoratore straniero irregolare impiegato³¹. Dando seguito alla Direttiva, la "legge Rosarno" ha aggiunto a queste sanzioni l'obbligo per il datore di lavoro di pagare le spese per il rimpatrio del lavoratore³². Introduce inoltre tre casi di condizioni lavorative di particolare sfruttamento come aggravanti del reato d'impiego di lavoratori stranieri irregolari³³ ai quali è concesso un permesso di soggiorno per motivi umanitari in seguito alla denuncia ai danni dei propri datori di lavoro rei dello sfruttamento, purché cooperino nel procedimento penale³⁴.

La legge ha però omesso l'attuazione di disposizioni chiave della Direttiva Sanzioni, quali la realizzazione di procedimenti e meccanismi capaci di assicurare ai lavoratori e alle lavoratrici stranieri, anche irregolari, il pagamento degli arretrati da parte dei datori di lavoro anche qualora essi siano tornati nel loro paese di origine o siano stati rimpatriati³⁵ (si

³¹Art. 22.12, Decreto Legislativo 286/98 (Testo Unico sull'Immigrazione).

³²Art. 1.1.b della "legge Rosarno", introduzione all'articolo 22.12-ter del Decreto Legislativo 286/98.

³³Art. 1.1.b della "legge Rosarno", introduzione all'articolo 22.12-bis del Decreto Legislativo 286/98.

³⁴Art. 1.1.b della "legge Rosarno", introduzione all'articolo 22.12-quater del Decreto Legislativo 286/98.

³⁵Art. 6.2-4, Direttiva *Sanzioni*. Sulla base della "legge Rosarno", i Ministeri competenti dovrebbero garantire ai lavoratori immigrati irregolari le necessarie informazioni sulle norme vigenti, relativi doveri e possibilità riconosciute. Tuttavia, la disposizione riguardante l'informazione è solo una delle misure richieste dalla Direttiva. V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva 2009/52/EC del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a san-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

veda paragrafo seguente). In tal senso, essa non ha creato *canali sicuri* per permettere a tutti i lavoratori stranieri irregolari di sporgere denuncia contro i datori di lavoro, sia direttamente sia attraverso terzi³⁶.

In secondo luogo, la “legge Rosarno” non ha introdotto sanzioni amministrative aggiuntive nei confronti dei datori di lavoro che impiegano lavoratori immigrati irregolari, quali l’esclusione dagli aiuti pubblici, inclusi i fondi europei, l’esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici, il rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici già concessi, la chiusura degli stabilimenti o il ritiro delle licenze necessarie allo svolgimento delle loro attività³⁷.

Infine, ha affidato la responsabilità di svolgere attività di vigilanza «sull’impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare», agli ispettori del lavoro³⁸, ampliando il loro ruolo di controllo sull’immigrazione sul posto di lavoro, contrariamente agli *standard* internazionali in materia³⁹. Questi altri due limiti sono rilevanti e cambia-

zioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, pp. 7-8.

³⁶ Art. 13, Direttiva *Sanzioni*.

³⁷ Art. 7, Direttiva *Sanzioni*. Si vedano anche: ASGI, Osservazioni allo schema di Decreto Legislativo recante attuazione della Direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, 14 maggio 2012, p. 3.

³⁸ Art. 4, “legge Rosarno”.

³⁹ Si veda Art. 6, Convenzione OIL sull’Ispezione del Lavoro (Agricoltura), 1969 (n. 129), ratificata dall’Italia con la Legge 157/1981; art. 3, Convenzione OIL sulle Ispezioni sul Lavoro, 1947 (N. 81), ratificata dall’Italia con la Legge n. 1305/1952.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

no la percezione della giustizia degli stessi lavoratori, al punto da impedire loro (o scoraggiare) la denuncia alle autorità preposte.

Un'analisi più approfondita del fenomeno mette in luce condizioni materiali che impediscono la denuncia dei lavoratori stranieri, anche irregolari, e che invece non vengono colte e comprese dalla norma vigente. Si consideri, ad esempio, che la strutturale precarietà delle relazioni lavorative, tipica del settore agricolo italiano, soprattutto durante la stagione della semina e della raccolta, rende più difficile per un lavoratore straniero vittima di tratta e di sfruttamento identificare il proprio datore di lavoro. L'organizzazione del sistema di sfruttamento, le relazioni di potere che in esso si determinano, evidentemente sbilanciate a vantaggio del datore di lavoro, le relazioni stesse tra lavoratori e tra essi e il caporale, non consentono a volte di conoscere, e dunque riconoscere, il proprio datore di lavoro. Spesso è solo un nome, magari dell'azienda o della cooperativa per la quale si è lavorato o il nome (soprannome) del caporale di turno.

Amnesty International indica il problema attraverso una serie d'interviste condotte ad alcuni braccianti immigrati. Joshua (pseudonimo), un lavoratore migrante del Ghana, dichiara: «I datori di lavoro cambiano tutti i giorni. Chi dovrei denunciare? E in che modo posso sostenere la mia denuncia?»⁴⁰. È raro, anche considerando lo stato di subordinazione e ricatto, che un lavoratore straniero irregolare, impiegato in Italia, conosca il nome e l'indirizzo del proprio datore di lavoro, poiché viene comunemente cambiato, anche a causa dell'intermediazione

⁴⁰Intervista di Amnesty International con Joshua, Rosarno, 31 ottobre 2013.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

illecita del caporale. Le relazioni lavorative precarie sono uno dei fattori che conducono allo sfruttamento, e dunque esse stesse da contrastare⁴¹.

In secondo luogo, il requisito della cooperazione nel procedimento penale contro il datore di lavoro non considera la mobilità dei lavoratori stranieri impiegati in agricoltura. Molti di essi seguono la stagione del raccolto e per questa ragione possono lavorare in Calabria durante l'inverno per la raccolta degli agrumi, in Puglia d'estate per la raccolta di pomodori e cocomeri e altrove durante gli altri mesi dell'anno.

Anche nelle comunità di immigrati più stabili, come quella *punjabi* in provincia di Latina, esiste un transnazionalismo migrante che porta molti lavoratori *punjabi*, al termine del relativo contratto di lavoro, spesso stagionale (nove mesi), a fare ritorno in India. Si tratta di una mobilità che non viene considerata dalla norma e che anche in questo caso non agevola la denuncia e la testimonianza nell'eventuale processo. Alla luce della durata media di un procedimento penale, è spesso impossibile per un lavoratore agricolo straniero rimanere a lungo nel medesimo luogo per cooperare attivamente.

Rappresentativo è il caso di un lavoratore *punjabi* della provincia di Latina che ha denunciato, con l'ausilio della cooperativa In Migrazione⁴², il proprio datore di lavoro, il quale per circa tre anni lo ha impiegato senza regolare contratto e riconoscendogli solo piccoli acconti mensili di poche centinaia di euro. A distanza di circa tre anni dalla denuncia presentata alla Procura della Repubblica di Latina si è ancora in attesa della

⁴¹ Cfr. Ferrucci e Galossi (2013); Cicerchia e Pallara (2010, 26).

⁴² Il lavoratore *punjabi* è difeso dall'avv. Diego Maria Santoro.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

prima udienza. Un ritardo inaccettabile, anche in considerazione del fatto che il lavoratore, dopo la denuncia e relativa comunicazione al suo datore di lavoro, è stato immediatamente allontanato dal posto di lavoro e costretto a trasferirsi in altra regione italiana.

Infine, l'elevata soglia prevista dalla "legge Rosarno" affinché si possa rientrare nella specifica fattispecie prevista di «condizioni lavorative di particolare sfruttamento», rende assai difficile per un lavoratore straniero fornire le prove dello sfruttamento. È, infatti, problematico riuscire a dimostrare il pericolo al quale il lavoratore, per colpa del datore di lavoro, è stato esposto in un contesto in cui le ispezioni sul lavoro, che potrebbero fornire le prove necessarie, sono poche e inefficaci⁴³.

6. Analisi sui permessi di soggiorno per motivi umanitari della "legge Rosarno"

Secondo la "legge Rosarno", i permessi di soggiorno per motivi umanitari possono essere concessi ai lavoratori stranieri irregolari nelle seguenti circostanze:

1. Il lavoratore è esposto a «condizioni lavorative di particolare sfruttamento»;
2. Il lavoratore denuncia alle autorità il datore di lavoro che lo sfrutta;
3. Il lavoratore coopera nel procedimento penale contro il datore di lavoro;

⁴³ Cfr. Amnesty International (2012 b, 32-34).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

4. Il procuratore incaricato del procedimento penale dà parere favorevole al rilascio del permesso di soggiorno⁴⁴.

Per quanto riguarda le «condizioni lavorative di particolare sfruttamento», si individuano tre elementi sostanziali che ne permettono l'identificazione. *In primis*, i lavoratori reclutati devono essere in numero superiore a tre. Senza questa condizione quantitativa, secondo la norma vigente, non si determina una condizione di sfruttamento lavorativo. In secondo luogo, esse si presentano quando i lavoratori sono «minori in età non lavorativa». Infine, essi devono essere sottoposti alle condizioni lavorative di cui al terzo comma dell'articolo 603-*bis* del codice penale, ossia «l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro»⁴⁵. Si tratta di condizioni più restrittive rispetto a quelle previste dalla Direttiva *Sanzioni*, considerando che la "legge Rosarno" non ha inserito né i casi di sfruttamento lavorativo risultanti da discriminazione né l'ipotesi che esista «una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana», come indicato dalla Direttiva all'articolo 2, lettera i.

Si tratta di un limite strutturale che ha impedito la comprensione e l'emersione di casi specifici. Inoltre, la nozione di «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» in base alla "legge Rosarno" non è confor-

⁴⁴ Art. 1.1.b della "legge Rosarno", introduzione all'articolo 22.12-*quater* del decreto Legislativo 286/98.

⁴⁵ Art. 603-*bis*, comma 3, codice penale.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

me alla nozione di «sfruttamento lavorativo» prevista dal comma 2 dell'articolo 603-*bis* del codice penale (reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), che fa riferimento ai seguenti quattro fattori:

1. la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;
2. la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
3. la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale;
4. la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.

La definizione restrittiva di «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» della normativa italiana costituisce un limite sostanziale che compromette, per le conseguenze giudiziarie e pratiche che essa determina, il sistema di protezione proposto dalla direttiva, escludendo dalla possibilità di ottenere un permesso di soggiorno a coloro che invece ne avrebbero diritto.

La previsione normativa della cooperazione del lavoratore straniero nel processo giudiziario contro il datore di lavoro al fine di ottenere un permesso di soggiorno per motivi umanitari, insieme all'obbligo relativo alla denuncia, risultano improprie o almeno poco attente alle condizioni sociali nelle quali il fenomeno si manifesta. Esse inoltre non sono in linea con quanto richiesto dalla direttiva, e cioè che tali permessi devono esse-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

re concessi con «modalità comparabili» a quelle applicabili alle vittime di tratta⁴⁶.

In sostanza, l'assistenza e l'aiuto alle vittime non devono essere subordinate alla cooperazione del lavoratore sfruttato nei procedimenti penali⁴⁷. Si tratta di un principio riconosciuto dalla stessa Direttiva europea 2011/36/EU relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, ratificata dall'Italia. Eppure non è stato assunto dalla relativa legislazione nazionale nelle azioni di contrasto dello sfruttamento lavorativo. A causa di tali criteri, molti immigrati vittime di sfruttamento lavorativo potrebbero risultare non idonei al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, trovandosi impossibilitati a rimanere in Italia per beneficiare dei mezzi di ricorso disponibili. Tutto ciò ha concorso a produrre poche denunce da parte dei lavoratori stranieri impiegati in Italia in modo irregolare, sfruttati o vittime di tratta internazionale a scopo di sfruttamento lavorativo.

Secondo Amnesty International, in alcune Questure e Procure della Repubblica il cui territorio è più esposto al fenomeno dello sfruttamento lavorativo: in particolare, a Palmi, Reggio Calabria, Caserta, Latina e Roma, dall'entrata in vigore della "legge Rosarno" solo un numero molto limitato di permessi di soggiorno è stato concesso per motivi umanitari. In Calabria,

⁴⁶ Art. 13.4, Direttiva *Sanzioni*.

⁴⁷ Art. 11.3, Direttiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 riguardante la prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI. Art. 12.6, Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro il Traffico di Esseri Umani, ratificata dall'Italia il 29.11.2010.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

ad esempio, tra l'entrata in vigore della legge e l'ottobre del 2013 non è stato concesso alcun permesso di soggiorno dall'Ufficio del Procuratore di Palmi, mentre un solo permesso è stato rilasciato dalla Questura di Reggio Calabria⁴⁸. In Campania, la Questura di Caserta non ha registrato alcun impatto quantitativo della "legge Rosarno" per quanto riguarda i permessi rilasciati, avendo ricevuto tra luglio 2012 e ottobre 2013 solo alcune richieste per sfruttamento lavorativo⁴⁹. Nel Lazio, tra luglio 2012 e ottobre 2013, il Procuratore Capo di Latina non ha ricevuta alcuna richiesta di permesso di soggiorno in base alla "legge Rosarno"⁵⁰.

Eppure si tratta di territori in cui la tratta internazionale, caporalato, sfruttamento lavorativo risulta presente e spesso organizzato secondo logiche malavitose. Questa tendenza è stata confermata, drammaticamente, a settembre 2014, dalla Procura di Reggio Calabria⁵¹, dalla Questura di Caserta⁵², dalla Procura di Roma⁵³ e dalla Procura di Latina⁵⁴.

⁴⁸ Intervista di Amnesty International con Federico Cafiero de Raho, Procuratore, Reggio Calabria (Calabria), 30 ottobre 2013, pubblicata in Amnesty International (2014).

⁴⁹ Intervista di Amnesty International con Enzo Raimo, Questore vicario, Caserta (Campania), 25 ottobre 2013, pubblicata in pubblicata in Amnesty International (2014).

⁵⁰ Intervista di Amnesty International con Andrea de Gasperis, Procuratore, Latina, (Lazio), 28 ottobre 2013, pubblicata in pubblicata in Amnesty International (2014).

⁵¹ Dati confermati dalla Procura della Repubblica di Reggio Calabria (Calabria) il 14 ottobre 2014 a seguito della lettera di *follow-up* inviata il 26 settembre 2014, pubblicati in pubblicata in Amnesty International (2014).

⁵² Dati confermati dalla Questura di Caserta (Campania) il 29 settembre 2014 a seguito della lettera di *follow-up* di Amnesty International, inviata il 26 settembre 2014, pubblicati in Amnesty International (2014).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Risulta evidente che l'efficacia della "legge Rosarno" è limitata. Gli effetti auspicati, per via della sua costruzione e degli ostacoli che essa stessa frappone tra sé e la condizione reale dei lavoratori stranieri sottoposti a sfruttamento lavorativo, a cui si aggiunge la sua relazione con l'insieme delle norme migratorie del paese, non sono stati perseguiti né risultano perseguibili fino a quando essa resterà formulata nel modo attuale. Tutto ciò ha anche lasciato il campo a tesi revisioniste spintesi fino a negare il fenomeno, a fronte dell'equazione secondo la quale, l'assenza di denuncia significa assenza del fenomeno da denunciare. Un'equazione spesso frutto di analisi superficiali, che possono finire col legittimare lo sfruttamento lavorativo e la tratta internazionale attraverso la sua negazione.

7. Conclusioni

L'accesso alla giustizia italiana per i lavoratori immigrati continua ad essere significativamente indebolito dalla cornice normativa vigente. La minaccia di essere identificati come irregolari e, dunque, espulsi, non solo aggrava la condizione di vulnerabilità dei lavoratori immigrati, soprattutto irregolari, nei confronti dei datori di lavoro, ma compromette

⁵³ Dati confermati dalla Procura della Repubblica di Roma (Lazio) il 9 ottobre 2014 a seguito della lettera di follow-up inviata il 26 settembre 2014, pubblicati in Amnesty International (2014).

⁵⁴ Dati confermati dalla Procura della Repubblica di Latina (Lazio) il 13 ottobre 2014 a seguito della lettera di *follow-up* inviata il 26 settembre 2014, pubblicati in Amnesty International (2014).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

seriamente l'efficacia di qualsiasi misura volta ad affrontare la situazione di sfruttamento di cui essi sono vittime.

L'entrata in vigore della "legge Rosarno" non ha cambiato in modo significativo il problema dello sfruttamento lavorativo in Italia. Il nuovo sistema di permessi di soggiorno per le vittime di «condizioni lavorative di particolare sfruttamento» si è dimostrato poco efficace, come confermato dalla sua ridotta applicazione. Persino gli ispettori del lavoro, il cui compito principale dovrebbe essere quello di assicurare la protezione dei lavoratori, sono diventati strumenti contro «l'immigrazione illegale», in netto contrasto con gli obblighi internazionali di riferimento che l'Italia è tenuta a rispettare.

In conclusione, l'interpretazione restrittiva che l'Italia ha dato alla Direttiva *Sanzioni* da cui la "legge Rosarno", insieme alla mancata modifica della sua politica migratoria attraverso l'abrogazione definitiva del reato di «ingresso e soggiorno illegale», costituisce un impedimento sostanziale al pieno godimento dei diritti dei lavoratori immigrati in Italia che vivono una condizione d'irregolarità.

Per questa ragione il reale contrasto allo sfruttamento lavorativo deve passare attraverso riforme legislative adeguate alla complessità del fenomeno. La legislazione italiana risente ancora, invece, di una norma sostanzialmente penalizzante per gli immigrati. La stessa giustizia italiana è di difficile accesso per gli immigrati, che spesso dinanzi ad essa si sentono esposti ad ulteriori controlli e azioni repressive. Una migliore comprensione del fenomeno della tratta internazionale e dello sfruttamento lavorativo in tutte le sue dinamiche potrebbe dunque migliorare in modo sensibile l'efficacia della "legge Rosarno", colmando limiti sostanziali che ne impediscono l'applicazione e l'efficacia nella direzione del contra-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

sto reale allo sfruttamento lavorativo e agevolando l'esigibilità di diritti propri dei lavoratori immigrati.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Bibliografia

Agree (2015), *Lo sfruttamento (grave) dei lavoratori stranieri in agricoltura: un'analisi comparata*, Roma: Ediesse.

Amnesty International (2012 a), *“Volevamo braccia e sono arrivati uomini”, sfruttamento lavorativo dei braccianti agricoli migranti in Italia*, Roma <http://www.amnesty.it>.

Amnesty International, (2012 b), *Exploited labour. migrant workers in Italy's agricultural sector* (Index: EUR 30/020/2012), <http://www.amnesty.it>.

Amnesty International (2014), *Lavoro sfruttato due anni dopo, il fallimento della “Legge Rosarno” nella protezione dei migranti sfruttati nel settore agricolo in Italia*, <http://www.amnesty.it>.

Cicerchia, M., P. Pallara (2010), *Gli immigrati nell'agricoltura italiana*, INEA (Istituto Nazionale di Economia Agraria).

Ferrucci, G., E. Galossi (2013), *Il mercato del lavoro immigrato negli anni della crisi*, Osservatorio sull'immigrazione Ires-CGIL.

Grosso, E. (1999), *Straniero (status costituzionale dello)* (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XV, Torino: Utet.

Mortati, C. (1975), *Art. 1*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli – il Foro Italiano.

Nocifora, E. (2014), *L'avvento del lavoro paraschiavistico e le trasformazioni del mercato del lavoro in Italia*, in Id. (cur.), *Quasi schiavi, paraschiavismo e super-sfruttamento nel mercato del lavoro del XXI secolo*, Santarcangelo di Romagna (RN): Maggioli, pp. 39-82.

Omizzolo, M. (2010), *I sikh a Latina, una storia trentennale di lavoro agricolo*, in *Libertà Civili*, 5, pp. 108-115.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Omizzolo, M. (2013 a), *La formazione dello spazio sociale transurbano e il caso della comunità sikh della provincia di Latina*, in C. Colloca, A. Corrado (cur.), *La globalizzazione delle campagne*, Milano: Franco Angeli.

Omizzolo, M. (2013 b), *Le migrazioni tra terra, capitale e lavoro nell'epoca della globalizzazione. Migranti, caporali e sfruttamento in provincia di Latina, Caserta, Nardò e Rosarno*, in *La Rivista di Servizio Sociale*, Istisss, n. 4.

Omizzolo, M. (2015), *Il movimento bracciantile in Italia e il caso dei braccianti indiani in provincia di Latina dopati per lavorare come schiavi*, in M. Omizzolo e P. Sodano (cur.), *Migranti e territori*, Roma: Ediesse.

Omizzolo, M. (2016), *Tratta internazionale e sfruttamento lavorativo della comunità punjabi in provincia di Latina*, in *Romanische Studien* (Università di Regensburg - D), 3, pp. 357-371.

Omizzolo, M., F. Carchedi (2016), *Il sistema criminale degli indiani punjabi in provincia di Latina*, in S. Beccucci, F. Carchedi (cur.), *Mafie straniere in Italia. Come operano, come si contrastano*, Milano: Franco Angeli, pp. 126-144.

Omizzolo, M., P. Sodano (2015), *L'assimilazionismo e i lavoratori immigrati nell'agricoltura italiana. La comunità punjabi in Provincia di Latina* (con Pina Sodano), in *Cambio* (Università di Firenze), V, 10, pp. 55-66.

Rapporto del Relatore Speciale delle Nazioni Unite sui diritti umani dei migranti, François Crépeau, *Addendum: Missione in Italia* (29 settembre–8 ottobre 2012), UN Doc. A/HRC/23/46/Add.3, 30 April 2013.

Rossi, E. (2009), *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari. Una lettura costituzionale*, in P. Consorti, *Tutela dei diritti dei migranti*, Pisa: Plus, pp. 43-78.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Sodano, P. (2013), *La crisi umanitaria e i flussi di popolazione*, in M.L. Maniscalco (cur.), *Il Sahel: una comunità di insicurezza? Criticità presenti e future*, Roma: CeMiSS, 2013.

Sodano, P. (2014), *Il Sahel tra crisi umanitaria e flussi di popolazione*, in M.L. Maniscalco (cur.), *Sahel. Nuova frontiera del Mediterraneo*, Torino: L'Harmattan.

Zagrebel'sky, G. (2013), *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino: Einaudi.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Osservatorio sociale

Abstract

Analysis on the Contrast to Labor Exploitation of Migrant Labor in Italy: from the European Directive “Sanctions” to the “Rosarno Law”

The essay provides a reflection on the socio-juridical contrast and labor exploitation of migrant labor in Italy, focusing, in particular, on the agricultural sector. The analysis focuses on international trafficking for labor exploitation and analysis of actions aimed at slavery contrast from the doctrine and the Italian law, from the European Directive “Sanctions” and the Rosarno Law. The analysis aims to identify the limitations of these rules in the light of the main sociological analysis on this subject and of the evolution of the international, social and regulatory phenomenon.

Keywords: workers, labour exploitation, migrants, Rosarno Law, Punjab



Recensioni



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

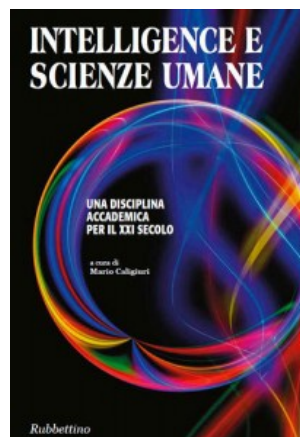
Recensioni

**Gli *Intelligence Studies* in Italia.
A proposito del volume *Intelligence e
scienze umane. Una disciplina acca-
demica per il XXI secolo* (a cura
di Mario Caligiuri, Rubbettino,
Soveria Mannelli, 2016, pp. 164)**

«Il sapere; che un tempo si identificava con la conoscenza del passato,
viene ad identificarsi con la capacità di prevedere il futuro»
(Mayer-Schönberger e Cukier, *Big Data*)

La portata eccezionalmente ampia dell'attuale crisi – un sistema internazionale “caotico”, un tasso di mutamento elevato, un diffuso clima di *unfriendliness* tra partner e alleati, l'incertezza generalizzata e la natura ibrida, molecolare e geotraslata delle nuove minacce – presenta scenari del tutto inediti e inquietanti che sfidano decisori politici e apparati pubblici preposti alla sicurezza.

Nel delineare i nuovi profili della minaccia, due elementi in particolar modo appaiono si-





anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

gnificativi: la trasformazione della conflittualità armata e la “rivoluzione” delle comunicazioni. Nella cosiddetta guerra civile globale – o, secondo altri, nelle guerre di quarta generazione che caratterizzano il nostro tempo – lo Stato perde il monopolio della violenza e rimane in stallo ad opera di gruppi armati non statali. Gli atti di violenza non convenzionali destinati a colpire le popolazioni al di fuori delle regole del vivere civile e persino, del diritto di guerra, scandiscono la vita quotidiana in intere aree del pianeta e nessun paese può ritenersene al riparo. A sua volta lo sviluppo folgorante delle tecnologie dell’informazione ha trasformato la portata dell’azione conflittuale sia ai fini della formazione, motivazione, propaganda e del collegamento di gruppi terroristici, eversivi e criminali, sia con possibili attacchi nel cyberspazio alle infrastrutture critiche e al sistema economico e finanziario anche attraverso l’illecita acquisizione di informazioni sensibili a danno di aziende operanti in settori di rilevanza strategica e ad elevato *know how*.

Queste e altre emergenti sfide hanno reso necessari nuovi paradigmi organizzativi e nuove mentalità per le istituzioni preposte alla tutela delle popolazioni e delle istituzioni. In particolare, per assicurare il pacifico e sereno svolgimento della vita sociale, prevenendo eventi negativi e sostenendo la resilienza dei sistemi sociali e delle comunità, le attività di *intelligence* sono diventate centrali in quanto i processi decisionali pubblici risultano sempre più condizionati dalla qualità e dalla tempestività delle informazioni. In un paese democratico, un adeguato sistema pubblico di informazione per la sicurezza si trova a rappresentare l’avamposto nella protezione della Nazione e dei suoi cittadini e svolge una “funzione” indispensabile di tutela dei diritti dei cittadini oltre che dei poteri costituiti.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Di certo non è uno strumento “convenzionale”, ma è irrinunciabile in quanto in grado di distribuire l’informazione strategica come bene collettivo per la sicurezza nazionale, in difesa dei cittadini e degli interessi del sistema-Paese. Produrre informazioni di valore che sostengano la capacità dell’esecutivo di assumere decisioni rapide e di prevedere possibili eventi futuri non è però agevole; innanzitutto nella società in rete il sovraccarico di informazioni di cui già parlava quasi cinquanta anni fa Toffler (1970) è diventato un’*infobesity* (Zaretti 2016) che appesantisce fino alla paralisi e, nei termini di Castells, genera una sorta di «spaesamento informato» (2008, 427). Inoltre le informazioni, anche in grandi quantità, non sono “informative”, cioè non “parlano” da sole; esigono una cornice di riferimento e un conseguente procedimento di confronto, verifica e di attribuzione di significato.

Ne consegue che l’*intelligence* necessita sempre più creazione di scenari di senso e quindi di “scienziati” e sempre meno di “spie”. Non è più, o forse non è più soltanto l’arte di conoscere i piani e le intenzioni di un avversario, di carpire informazioni “segrete”, ma è un’attività di produzione di conoscenza specialistica attraverso il trattamento delle informazioni, da effettuarsi con una mentalità aperta e innovativa in grado di cogliere le novità (la natura dell’*intelligence* è la previsione), siano esse rischi, minacce, opportunità. Infatti non occorre sottovalutare il ruolo proattivo che l’*intelligence* può avere nel mettere in luce eventuali opportunità che si prospettano orientando il processo decisionale a livello di interessi nazionali ma anche in un’ottica allargata sovranazionale e di area. Non a caso la *Relazione sulla politica dell’informazione per la sicurezza 2015* della Presidenza del Consiglio dei Ministri resa pubblica il 15 febbraio 2016 individua tra i termini che delineano la nuova *intelligence* ita-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

liana l'aggettivo "visionaria" nel senso che deve possedere una capacità di «cogliere dalla contingenza segnali e tendenze per il futuro» (p. 1). Questo atteggiamento è infatti fondamentale per non cadere nella trappola di delineare il futuro nei termini riduttivi di un'estrapolazione lineare del presente.

* * *

Forte di questo contesto Mario Caligiuri – che da anni nell'Università della Calabria dirige un master universitario sull'*intelligence* e coordina il Centro di Documentazione Scientifica sull'*intelligence* – avanza, in un volume a sua cura, la proposta di riconoscere l'*intelligence*, quale punto di incontro delle scienze umane, come disciplina accademica nel nostro Paese.

Il libro raccoglie prestigiose voci che, offrendo riflessioni multidisciplinari sull'*intelligence*, possono rappresentare un primo esempio della praticabilità della proposta. Un richiamo, sia pure sintetico, alle tematiche discusse nel testo fa risaltare l'interesse ad aprire un dibattito in proposito.

Giuseppe Spadafora, che si è occupato di fissare il rapporto tra pedagogia e *intelligence* a partire dalla questione più che secolare del rapporto tra educazione, democrazia e poteri pubblici occulti, ha sottolineato l'importanza di costruire una nuova coscienza etica del Pubblico. Virgilio Ilari ha illustrato l'apporto che le scienze storiche possono dare ad una migliore conoscenza dell'*intelligence* a partire dalla ricostruzione valutativa del suo impatto sulle decisioni politico-strategiche di un determinato contesto fino alla sua "storia interna" che si interroga sul valore



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

euristico del sapere acquisito. Carlo Mosca si è soffermato sul ruolo delle scienze giuridiche nei riguardi dell'*intelligence* con un *focus* sulla legge n. 124/2007 che ha rinnovato profondamente l'intero impianto dei Servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica, sottolineandone non solo gli aspetti positivi, ma anche le carenze, a suo avviso superabili sempre con l'ausilio delle scienze giuridiche. Giorgio Galli ha messo in evidenza il dualismo tra la logica democratica (trasparente) e quella dei servizi di sicurezza (riservata), ponendo il quesito e indicando la via di come *intelligence* e democrazia possano coesistere.

Umberto Gori ha analizzato i compiti dell'*intelligence* in un sistema internazionale volatile, governato dalle logiche del caos, invitando ad un maggior collegamento del comparto con Università e Centri di ricerca per l'apporto metodologico e scientifico che questi possono offrire. Pino Arlacchi ha sviluppato un discorso che, sfatando il senso comune e molte previsioni sbagliate sulla spiralizzazione della conflittualità, fa emergere la capacità della ricerca scientifica e la sua utilità ai fini di assicurare la sicurezza. Gerardo Iovane ha illustrato la forza dell'ingegneria dell'informazione declinandola nei termini della centralità dell'uomo. Tiziano Agostini e Alessandra Galmonte hanno messo in luce gli apporti della psicologia cognitiva nel far comprendere debolezze e distorsioni nella formazione dei ricordi; ne risalta il ruolo del fattore umano nell'analisi e nella comprensione delle informazioni. Francesco Sidoti si è occupato di richiamare l'attenzione sulla cultura dell'investigazione e dell'*intelligence* come unico strumento per mitigare se non azzerare la possibilità di errore.

Infine la postfazione di Roberto De Mattei offre una sintesi conclusiva delle tematiche sviluppate e si riallaccia alla proposta avanzata dal cura-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

tore nell'Introduzione, affermando di ritenere «utile e importante promuovere l'*intelligence* al rango di disciplina accademica come accade nel mondo anglosassone» (p. 151).

Infatti, negli Stati Uniti e in Canada operano centoventi tra Università e Centri di ricerca che si occupano di intelligence; esistono inoltre diverse realtà organizzative dedicate, come per esempio l'*International Association for Intelligence Education*, mentre l'*International Studies Association* ha una sezione per gli *Intelligence Studies*. Questa situazione ha permesso un dibattito abbastanza vivace sul consolidamento e sullo statuto degli *Intelligence Studies* come disciplina accademica che ne ha messo in luce punti di forza e debolezze (Marrin 2016), come è possibile verificare scorrendo gli articoli pubblicati in diverse riviste del settore come, per esempio, *Intelligence and National Security*.

In Italia la situazione è profondamente diversa; per molti anni i servizi di informazione sono stati etichettati come "Servizi Segreti", oggetto di sospetto e diffidenza, giacché il segreto che li caratterizzava evocava tendenze alle deviazioni dai fini istituzionali molto di più di quanto non rimandasse a imprescindibili esigenze di sicurezza nazionale e a strutture essenziali dello Stato attraverso le quali si esprime la sovranità nazionale (Maniscalco 2011).

Lentamente però le cose hanno iniziato a cambiare; a migliorare l'immagine del Comparto ha sicuramente influito la transizione iniziata con la legge n.124 del 3 agosto 2007, successivamente integrata da quella n. 133 del 7 agosto 2012, che ha rinnovato profondamente l'intero impianto dei Servizi di informazione della Repubblica, istituendo il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e riscrivendo il nostro apparato di intelligence sulla base di tre pilastri: l'idea di sistema, la



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

cultura della sicurezza, il controllo democratico (Maniscalco 2015). Leggendo le più recenti Relazioni sulla politica dell'informazione per la sicurezza emergono segnali di una crescente fiducia dei cittadini nei confronti di questa struttura. In tal senso testimoniano alcuni dati presentati nella "Relazione 2014": oltre 140.000 visite mensili sul sito, con più di 150 contributi alla sezione "Scrivi per noi", 10.000 mail pervenute, circa 7.000 *curriculum* ricevuti da persone che aspirano a lavorare nel Comparto e il massiccio afflusso di pubblico al relativo stand nel Forum della Pubblica Amministrazione (p. 20). Nella "Relazione 2015" vengono invece riportati i risultati di un sondaggio per il quale 6 italiani su 10 hanno piena fiducia nell'*intelligence* italiana (p. 24).

Sicuramente l'incidenza del terrorismo *jihadista* transnazionale quale minaccia indiscriminata contro la popolazione civile contribuisce ad un avvicinamento tra cittadinanza e strutture pubbliche deputate alla sicurezza, *intelligence* compresa, mentre per sostenere un alto livello di consenso appare sempre più chiaro che la sfida per i paesi democratici sia nel coniugare misure di sicurezza sempre più rapide ed efficaci – a salvaguardia dei cittadini, delle imprese e delle istituzioni e per la tutela della Nazione e del suo profilo nello scenario internazionale – con la difesa delle libertà e dei diritti fondamentali. Oggi la costruzione della sicurezza a tutti i livelli è sempre più un'attività partecipata (Maniscalco 2013) e il binomio "*intelligence* responsabile-cittadinanza consapevole" basato su una cultura dell'*intelligence* condivisa può essere sicuramente un punto di forza; le Università come luogo privilegiato di produzione e di diffusione di conoscenze e di cultura possono sicuramente offrire importanti contributi.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Non si tratta tanto di istituire l'intelligence come disciplina di sintesi in una sorta di *scientia scientiarum* di comtiana memoria, ma piuttosto di sviluppare gli *Intelligence Studies* come campo di indagine specifico, cioè come "programma di ricerca" all'interno del quale ogni settore della conoscenza possa offrire il suo contributo. Dalle scienze giuridiche a quelle economiche, dall'etica all'antropologia, dalla psicologia all'ingegneria informatica, dalla sociologia alle scienze della comunicazione e così via il campo degli *Intelligence Studies* è sicuramente molto articolato; ma la *core mission* dell'intelligence, come forma di sapere e come pratica professionale, è lo sguardo di lungo termine – *forecasting* – per conoscere e comprendere le linee di tendenza locali, globali e settoriali, per intercettare i cambiamenti e le eventuali inversioni di rotta, nel tentativo di prevedere gli eventi, guidarli e, se dannosi, neutralizzarli e per orientare efficacemente governi e *stakeholder* verso una gestione più efficace e democratica delle politiche e delle geografie.

Come campo di studi in sviluppo – anche nei paesi con una "tradizione" in argomento – gli *Intelligence Studies* sono chiamati ad organizzare un corpus teorico e metodologico in grado di operare quale dispositivo di selezione e di riduzione della complessità con il fine di formulare valutazioni rigorose e attendibili e contribuire responsabilmente a disegnare possibili scenari futuri e con questo, secondo il "teorema di Thomas" (Thomas e Thomas 1928, 571-572), a "creare" il futuro.

Maria Luisa Maniscalco

(direttrice di ricerca presso il Jean Monnet
Centro di Eccellenza «Altiero Spinelli»)



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Bibliografia

- Castells, M. (2008), *Volgere di millennio*, tr. it., Milano: Università Bocconi.
- Johnson, L., A. Shelton (2013), *Thoughts on the State of Intelligence Studies: A Survey Report*, in *Intelligence and National Security*, 28(1).
- Maniscalco, M.L. (2015), *L'intelligence nel terzo millennio. Riflessioni a margine della Relazione sulla politica dell'informazione sulla sicurezza, 2014*, in *Democrazia e Sicurezza*, n.1.
- Maniscalco, M.L. (2013), *Fare Polizia. Dalla centralità dell'ordine pubblico alla costruzione della sicurezza*, in F. Antonelli, L. Giobbi, M.L. Maniscalco, V. Rosato, *Produrre sicurezza. Agenti, Assistenti e Primi Dirigenti della Polizia di Stato di fronte a una società in cambiamento*, Milano: Franco Angeli.
- Maniscalco, M.L. (2011), *Information sharing: una nuova frontiera per l'intelligence?*, in M.L. Maniscalco, J.M. Nomikos, S. Ducci, *Oltre il segreto. Information sharing e intelligence transnazionale*, Matera: Altrimedia.
- Marrin, S. (2016), *Improving Intelligence Studies as an Academic Discipline*, in *Intelligence and National Security*, 31(2).
- Presidenza del Consiglio dei Ministri (2015), *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza 2014*, 13 febbraio.
- Presidenza del Consiglio dei Ministri (2016), *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza 2015*, 15 febbraio.
- Toffler, A. (1970), *Future Shock*, New York: Bantam Books.
- Thomas, W.I., D.S. Thomas (1928), *The Child in America: Behavior, Problems and Programs*, New York: Knopf.
- Zaretti, A. (2016), *Infobesity del web. 2.0. Bulimia di informazioni e anorexia di contenuti*, in M.T. Daniele, M. Pinto, V. Manna (cur.), *Il cibo come droga*, Roma: Alpes.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Riscoprire il sociale: nota critica su *Immigrazione, società e crimine* di Luigi Maria Solivetti

di Francesco Antonelli *



1. Immigrazione e criminalità

Il rapporto vero o presunto tra immigrazione e aumento della criminalità è stata una delle questioni che più ha condizionato il dibattito pubblico e scientifico sulle conseguenze sociali dei flussi migratori, almeno dalla fine del XIX secolo; a sua volta, traduzione in termini moderni di quell'ancestrale paura dell'arrivo dello straniero che, nella storia dell'umanità e in particolare in periodi di indebolimento del potere delle autorità politiche ha coinciso, a volte, nella sua dimensione di massa, con l'invasione, la guerra e il cambiamento sociale radicale e violento. Se, per ovvie ragioni, l'accostamento

* Ricercatore confermato di Sociologia generale presso l'Università degli Studi "Roma Tre" – Dipartimento di Scienze politiche.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

tra immigrazione e criminalità è stato inizialmente tematizzato soprattutto nel contesto statunitense, a partire almeno dai primi anni Novanta esso è divenuto sempre più importante anche in Europa. Durante quel decennio, infatti, è definitivamente maturato nel vecchio continente un cambiamento strutturale sia al livello di *modelli migratori* (Ambrosini 2014; Istat 2013; Cesareo 2006; Touraine 2002) sia nella *rappresentazione sociale e nei meccanismi istituzionali di trattazione del crimine* (Campesi 2011; Garland 2004; Ferrajoli 1989).

Rispetto alla prima dimensione e facendo riferimento ai paesi membri dell'Unione europea:

1. Si è passati da una fase nella quale i flussi migratori andavano dal sud al nord e dai paesi ex-colonizzati ai paesi ex-coloniali, ad una fase nella quale le migrazioni si muovono lungo un arco spaziale molto più ampio, dall'Est all'Ovest, dall'Africa e dall'Asia verso l'Europa.

2. Paesi europei storicamente di emigrazione che – principalmente a causa del loro sviluppo economico e sociale – divengono nel lasso di un decennio paesi meta di immigrazione, raggiungendo una quota di stranieri tra la propria popolazione uguale, se non superiore a quella ospitata dai paesi europei storicamente meta di emigrazione: è questo il caso, in particolare, dell'Italia e della Spagna.

3. Si è registrato il passaggio da flussi migratori favoriti da *fattori di attrazione* gestiti dai paesi di arrivo (ad esempio accordi bilaterali promossi per incrementare la propria forza lavoro industriale) a flussi migratori quantitativamente più rilevanti ma caratterizzati dalla prevalenza di *fattori di espulsione* nei paesi di origine (come guerre, carestie, persecuzioni politiche, pauperizzazione), a fronte di una crescente chiusura dei paesi di destinazione. Conseguenza di tutto questo è la rilevanza as-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

sunta dall'*immigrazione irregolare*, cioè non ricadente all'interno delle previsioni normative dei paesi di arrivo e difficilmente programmabile nelle sue dimensioni e caratteristiche.

4. Si riscontra poi una ridefinizione dei flussi di mobilità intra-europei che, a partire dall'entrata in vigore del trattato di Schengen, dal procedere del processo di europeizzazione e dal configurarsi di una *cittadinanza europea* che affianca la cittadinanza nazionale all'interno dell'Unione europea, tende ad ampliare le opportunità di mobilità tra gli europei; in particolare tra le sue fasce socioeconomiche medio-alte.

5. Si è passati da una filosofia assimilazionista/integrazionista, secondo la quale è lo Stato che deve attivarsi per promuovere l'integrazione dei migranti, ad un modello politico secondo il quale l'"onere della prova" ricade sul migrante: è questi che deve dimostrare di avere i requisiti e le motivazioni giuste per integrarsi all'interno della società, in primo luogo dal punto di vista della sua adesione ai valori civili e politici del paese di destinazione.

6. Da ultimo, è emersa una crescente centralità degli aspetti culturali e religiosi (cioè identitari di gruppo) nella definizione delle relazioni tra migranti e società di destinazione.

Questi sei mutamenti strutturali sono stati tradotti nel campo scientifico innanzitutto nei termini di una crescente specializzazione tra due sotto-settori della ricerca sociale: mentre i fenomeni di mobilità provenienti dai paesi poveri dell'Europa o da quelli extra-europei (e le loro conseguenze socioeconomiche) sono divenuti l'oggetto definitorio della *sociologia delle migrazioni*, i flussi di mobilità intra-europei tra paesi con elevato tasso di sviluppo o provenienti da realtà extra-europee anch'esse ricche, sono state



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

trattate dalla *nuova sociologia della mobilità*: semplificando al massimo, si può dire che mentre la prima sociologia ha a che fare con i “poveri” e la loro relazione con le collettività di partenza e di arrivo, la seconda si occupa dei “ricchi” e degli orientamenti dei singoli attori sociali.

È questa sociologia delle migrazioni che incontra il problema di tradurre in termini scientifici le preoccupazioni relative al legame tra immigrazioni e criminalità, facendo necessariamente i conti con i processi di ridefinizione delle rappresentazioni sociali e dei meccanismi di gestione del crimine all’interno delle società contemporanee. Essi si caratterizzano per:

a) *una crescente individualizzazione nella spiegazione della devianza criminale*: lì dove la devianza rispetto a norme penali era definita e spiegata in base all’azione di meccanismi sociali (approccio olistico) ora l’attenzione si sposta sul *deviante in quanto attore sociale* singolo. Dalla centralità di una criminologia sociologicamente fondata si passa alla centralità della psicologia criminale;

b) *una crescente soggettivizzazione e categorizzazione istituzionalizzata del deviante*: ciò si esplica al livello istituzionale mediante l’ampliamento del divario tra il sistema delle garanzie costituzionali e l’effettivo funzionamento del sistema penale, con lo sviluppo tendenziale di tre sottosistemi: *penale ordinario*, *penale di polizia* e *penale d’eccezione*. Il primo sottosistema si basa su «uno svuotamento progressivo di quasi tutte le garanzie sostanziali e processuali ed una crescente amministrativizzazione del diritto penale» (Ferrajoli 1989, 725) prevalentemente basato su un gioco linguistico, il *nomen juris* delle sanzioni: ciò che è sostanzialmente una pena viene formalmente definito come provvedimento amministrativo. Il sotto-sistema penale di polizia riguarda, invece, la creazione di un vasto campo sottratto alla competenza giurisdizionale e affidato alla tutela



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

di polizia. La funzione principale dell'ordinamento diventa qui la difesa della società perseguita attraverso l'espandersi di un sistema punitivo incentrato sempre più su reati di pericolo, nonché su misure di sicurezza e prevenzione. Infine, con il sotto-sistema d'eccezione si amplia una legislazione penale d'emergenza: la potestà punitiva è concentrata sulla soggettività dei destinatari e non sulle azioni da loro compiute; sull'appartenenza a determinate categorie più che sugli accadimenti rilevanti ai fini penali: è una visione attraverso la quale il reato degrada ad elemento secondario rispetto all'efficienza dell'azione repressiva tesa a prevenire e ad annientare la pericolosità di gruppi ed individui.

La narrazione contemporanea del crimine si basa dunque su una tendenza *de-responsabilizzazione della collettività e un'iper-responsabilizzazione dell'attore sociale deviante*. Una tendenza che, pienamente applicata dai media e dagli attori politici alla trattazione del problema della criminalità dei migranti, finisce per mettere in ombra l'azione di quei fattori sistemici e strutturali che stanno invece dietro ogni fenomeno deviante e che chiamano in causa le responsabilità delle istituzioni pubbliche e delle classi dirigenti.

È in questo quadro che nel nostro paese si è sviluppato un complesso dibattito intorno al rapporto tra immigrazione e criminalità.

2. Gli immigrati delinquono più o meno degli italiani? Brevi note su un dibattito in corso

In modo molto sintetico, possiamo affermare che la domanda contenuta nel titolo del paragrafo non trova ancora una risposta definitiva. In



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

generale, le scienze sociali italiane si sono divise tra coloro i quali sostengono che l'immigrazione avrebbe causato un aumento della criminalità e chi invece contesta questa tesi. Una linea di divisione che ha in parte riprodotto quella tra "neo/post-positivisti" da una parte, con il loro utilizzo di tecniche quantitative di analisi, e gli "interpretativisti" dall'altra, attivi sul piano non solo della ricerca empirica ma anche della critica metodologica.

Secondo Marzio Barbagli (2008), i dati di cui disponiamo non lasciano dubbi sul fatto che gli stranieri presenti nel nostro paese commettono una quantità di reati sproporzionato al loro numero; una sovrarappresentazione che ritroviamo a proposito sia dei migranti regolari che di quelli irregolari. Questa posizione è stata sottoposta a numerose critiche: secondo Valeria Ferraris (2008), Barbagli fonda la sua analisi solo su un certo gruppo di reati e non tiene in considerazione la diversa incidenza delle classi di età tra la popolazione italiana e quella immigrata. Questa sarebbe un'impostazione particolarmente distorsiva, poiché gli stranieri sono composti da un numero di giovani uomini (universalmente la sotto-popolazione con i tassi di criminalità più elevati) molto più alto che nel caso della popolazione italiana: ogni confronto scientificamente serio andrebbe dunque fatto tenendo sotto controllo il fattore età.

Sulla stessa linea si muove Dario Melossi (2008), il quale ritiene che sia in atto un processo di etichettamento o di stigma nei confronti degli immigrati che non porta a riflettere sul fatto che, date le condizioni più sfavorevoli nelle quali vivono gli stranieri nel nostro paese, il numero di chi delinque tra loro è di fatto molto inferiore rispetto a quello di chi potenzialmente potrebbe farlo. Anche per Salvatore Palidda (2009), la criminalizzazione degli stranieri non troverebbe un fondamento empirico,



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

ma sarebbe piuttosto il risultato di un processo di “razzializzazione” neo-lombrosiano, che attribuisce determinati comportamenti – primi tra tutti quelli devianti – alle caratteristiche somatiche degli immigrati. Una posizione sostanzialmente ripresa, questa volta mediante l’utilizzo di dati statistici, anche da Caritas-Migrantes che nel “Dossier Statistico Immigrazione 2009” oltre a contestare sul piano empirico l’equazione stranieri=criminalità, ha richiamato l’attenzione della comunità scientifica sul fatto che un’analisi seria del rapporto tra immigrazione e criminalità non può che basarsi sull’incrocio e l’uso metodologicamente consapevole di una pluralità di fonti ufficiali e non, pena il rischio di cadere nell’unilateralismo.

Lo studio di Luigi Maria Solivetti *Immigrazione, società e crimine. Dati e considerazioni sul caso Italia* (il Mulino, 2013) si inserisce proprio all’interno del tentativo di recuperare un’analisi scientifica che, se da un lato si pone come obiettivo quello di mettere in relazione i destini e gli orientamenti individuali dei devianti con le dinamiche collettive di ordine più generale, dall’altro si avvale dell’incrocio e dell’analisi di una molteplicità di fonti statistiche diverse.

3. L’approccio teorico-metodologico: “ritornare ai fatti” attraverso un’impostazione durkheimiana

Il primo dato da cui partono le ricerche di Solivetti è che, nonostante la diversità delle cifre e dei metodi di calcolo, tutti gli studi condotti in Europa sul legame tra immigrazione e criminalità mostrano, dagli anni Novanta, un tasso di criminalità per i migranti da 2 a 4 volte più alto di



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

quello degli autoctoni. Un fatto in parte peculiare del vecchio continente e non universalmente associato all'immigrazione in quanto tale, dato che, nel medesimo periodo, negli Stati Uniti, in Australia e in Canada i tassi di criminalità dei *foreign born* (stranieri e cittadini naturalizzati) sono rimasti stabili o sono addirittura diminuiti. Muovendo da questi dati, la ricerca di Solivetti intende rispondere a tre domande di fondo: questo dato riflette la realtà delle cose oppure si basa su altri meccanismi istituzionali che tendono a creare "artificialmente" questa sovra-rappresentazione? Se non si tratta di un'illusione, più immigrazione vuol dire aumento generalizzato della criminalità in una data società – nella fattispecie in quella italiana? Quali sono le caratteristiche e i fattori che spiegano questa fenomenologia?

Per rispondere a queste domande lo studio si avvale di un'*impostazione metodologica* classicamente durkheimiana: dopo aver passato in rassegna le principali teorie sociologiche che puntano a spiegare il legame tra immigrazione e criminalità, il lavoro si sviluppa attraverso un'analisi quantitativa condotta su dati secondari – in particolare di fonte Istat, Ministero dell'interno, Ministero di grazia e giustizia – e quelli di origine internazionale provenienti dalla World Bank e dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Tutti questi dati sono dunque riferiti ai collettivi e alle loro caratteristiche, un approccio metodologico basato su un'epistemologia post-positivista che, recuperando un certo punto di vista *olistico* prende implicitamente le distanze dalla *prospettiva costruttivista* (Cicourel 1968; Quinney 1975).

Una delle teorie sostantive più significative all'interno di questo programma di ricerca e che sono particolarmente diffuse anche nel panorama italiano, è la *teoria dell'etichettamento* (Erikson 1962; Becker 1963; Lemert 1972) in base alla quale il dato relativo al maggior tasso di crimina-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

lità dei migranti in Europa sarebbe sostanzialmente il risultato di pratiche discriminatorie istituzionalizzate messe in atto dalle agenzie del controllo sociale – una tesi che estremizza le conseguenze del processo di soggettivazione e categorizzazione istituzionalizzata del migrante-deviante, della quale abbiamo detto sopra. Al livello argomentativo, la ricerca di Solivetti sottolinea innanzitutto come questa prospettiva nasca non solo in un periodo temporale e in contesti (soprattutto quello anglosassone) molto diversi dal panorama attuale; in particolare egli mette in evidenza come le tesi più forti proposte da questa teoria debbano essere tradotte in accorgimenti metodologici e in ipotesi empiricamente verificabili, tramite le quali rendere più robusto lo studio empirico:

1. Rimanere il più vicino possibile ai “fatti criminali”, utilizzando i dati sui denunciati piuttosto che quelli sui condannati e sui detenuti.

2. Confrontare l'incidenza degli immigrati tra i denunciati per reati il cui numero oscuro è strutturalmente basso (come l'omicidio volontario) con l'incidenza degli stessi in altri reati dall'alto numero oscuro: se i migranti sono arbitrariamente denunciati dalla Polizia, essi sarebbero meno presenti nella prima categoria e più presenti nella seconda.

3. Controllare se gli immigrati sono maggiormente presenti, relativamente, nei reati ai quali si attribuisce minor gravità.

4. Controllare se gli immigrati sono presenti maggiormente nei reati soggetti a più visibilità

5. Controllare se la presenza degli immigrati è più forte nei reati per i quali si procede d'ufficio rispetto a quelli che richiedono una denuncia di parte.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Ad un vaglio critico simile sono sottoposte anche le teorie che rientrano in ambito propriamente strutturalista, in particolar modo la *teoria della deprivazione relativa e dell'anomia* (Merton 2000; Ianni 1974; Kennet e Martin 1989). Anche in questo caso, ciò che viene sottolineato è la scarsa forza euristica di questa prospettiva quando venga utilizzata in modo unilaterale e deterministico, presentando al contrario aspetti di grande interesse se accolta in una versione “moderata”: che la marginalità provochi frustrazione e che questa possa tradursi in crimini predatori nel momento in cui si verifica uno scarto tra le aspirazioni dei migranti e le effettive opportunità che trovano nella società di arrivo, appare un argomento senz'altro robusto per dar conto della situazione attuale.

Tuttavia, non è possibile ridurre l'attuale specificità dei fenomeni criminali associati all'immigrazione essenzialmente a questo punto di vista: «Per considerare pienamente confermati questi modelli è necessario non solo che immigrati in condizioni economiche marginali presentino tassi di criminalità maggiori degli altri ma anche che non vi siano gruppi nazionali di immigrati che condividono tali condizioni economiche marginali e che presentano al tempo stesso bassi tassi di criminalità. Se così non fosse, dovremmo supporre la rilevanza di una variabile culturale che contrasterebbe fortemente con i modelli suddetti» (Solivetti 2013, 51). Inoltre, proprio nei paesi in cui la cultura del successo individuale di stampo calvinista è poco enfatizzata (Grecia, Italia e Spagna) ritroviamo tassi di criminalità particolarmente elevati tra i migranti, contrariamente a ciò che accade nel caso statunitense, caratterizzato invece sia dall'esaltazione dell'*achievement* sia da un livello di disegualianze superiore a quello di qualsiasi paese europeo.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

In sostanza, l'impianto teorico dal quale muove la ricerca di Solivetti mette al centro l'attuale specificità del caso europeo ed italiano per quanto riguarda la strutturazione dei rapporti tra migranti, società e fenomeni criminali, invitando da una parte ad un'assunzione debole delle varie prospettive teoriche generalmente utilizzate in criminologia; e, dall'altra, sottolineando la necessità di "tornare ai fatti" per trarre utili indicazioni relative ad una corretta interpretazione della situazione: cogliere le differenze piuttosto che puntare a formulare generalizzazioni sembra l'imperativo teorico dal quale muovere. Dal punto di vista operativo questo si traduce nella formulazione di alcune ipotesi legate alle dimensioni temporale, spaziale e socioculturale:

1. *dimensione temporale*: i tassi di criminalità dei migranti non sono costanti nel tempo così come la loro composizione. Al crescere del tempo di permanenza dovrebbe crescere il loro livello di integrazione socio-economica, provocando sia un abbassamento dei tassi sia una loro ricomposizione che ne avvicinerebbe il profilo criminogeno a quello degli autoctoni;

2. *dimensione spaziale*: i tassi di criminalità dei migranti sono condizionati sia dal contesto di partenza sia da quello di arrivo. I migranti provenienti da società caratterizzate da elevati livelli di anomia, disintegrazione, marginalità e violenza tenderebbero a portare con sé orientamenti criminogeni maggiori, soprattutto per quanto concerne i reati contro la persona; similmente, nei contesti territoriali di insediamento ove il livello del capitale sociale è basso e la marginalità elevata, l'orientamento al crimine da parte dei migranti risulterebbe incentivato;

3. *dimensione socioculturale*: la categoria di migrante è una "parola-omnibus" che nasconde una fortissima differenziazione interna del gruppo



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

per nazionalità, cultura, condizioni socioeconomiche di partenza e di arrivo. Occorre dunque ipotizzare sia un'azione dei fattori culturali che di quelli materiali nello spiegare la diversa distribuzione quantitativa e qualitativa dei tassi di criminalità, tra i vari gruppi di immigrati.

Infine, questi tre tipi di ipotesi operative consentono di prendere le distanze da ogni interpretazione razziale della criminalità dei migranti: fortemente legata ai contingenti processi di differenziazione sociale e alla struttura dei rapporti sociali che attraversano sia le società di partenza che quelle di destinazione, la propensione al crimine di un determinato gruppo nazionale o etnico non appare mai costante nel tempo e nello spazio. Ad esempio, se gli italiani presentavano altissimi tassi di criminalità negli Stati Uniti d'inizio Novecento – simili nella struttura a quelli diffusi nella madrepatria¹ – lo stesso non si verificava in Australia. L'azione della cultura, dell'economia e della società sui fenomeni criminogeni è in sostanza da assumere come fortemente contingente e mai invariante, aprendo appunto la strada all'indagine empirica.

4. Primo quesito: l'alto tasso di criminalità dei migranti nella società italiana è un'illusione?

Dall'analisi dei dati riguardanti il numero dei denunciati per i quali l'autorità giudiziaria ha deciso di procedere – rapportati come base alla

¹ Ad esempio, è questo il caso dell'omicidio volontario.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

popolazione di età compresa tra i 18 e i 49 anni sia italiana che straniera² – risulta che la: «sovra-rappresentazione degli immigrati nelle cifre della criminalità è più marcata nell’omicidio volontario e nella violenza sessuale che nelle lesioni volontarie; più marcata nella rapina che nella frode in commercio» (Solivetti 2013, 345). Se questi dati riguardanti prevalentemente crimini il cui numero oscuro è più ridotto – e dunque il potere discrezionale delle autorità più basso, nel decidere se procedere o meno – vengono letti assieme al fatto che l’incidenza degli stranieri denunciati per resistenza a pubblico ufficiale è minima e che i tassi di criminalità per i reati ad alta visibilità (come lo spaccio di droga) non è più alta che nel caso di reati praticamente invisibili (come lo sfruttamento della prostituzione), non può che essere *smentita l’ipotesi secondo la quale i tassi di criminalità degli stranieri in Italia sono “artificialmente” prodotti dalle agenzie di controllo; e, dunque, una pura illusione.*

Questo non vuol dire che il livello di pregiudizio della Polizia o delle autorità giudiziarie italiane sia basso; semplicemente questi orientamenti, anche quando presenti, non sono il fattore che consente di spiegare i maggior tassi di criminalità degli stranieri in Italia, come vorrebbe la versione più radicale della teoria dell’etichettamento: le cause vanno ricercate altrove, nell’azione di meccanismi sociali più complessi.

² Questa scelta metodologica consente di operare confronti meno discorsivi tra i tassi di criminalità di italiani e stranieri, dovuti alla diversa struttura demografica dei due gruppi: infatti, gli stranieri hanno generalmente un’età media inferiore rispetto a quella della popolazione italiana e, come è universalmente noto, sono soprattutto i giovani di sesso maschile, in particolare nella fascia d’età che va dai 15 ai 25 anni, quelli per i quali si registra la più alta propensione a commettere reati. Una tendenza che si presenta invariante in quasi tutti i paesi e società del mondo per le quali si disponga di dati statistici sui reati.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Infine, anche se questa constatazione rimane latente in tutto il libro di Solivetti, dall'analisi dei dati risulta indirettamente un altro elemento strettamente connesso alla consistenza reale della criminalità degli stranieri in Italia: l'allarme sociale ad essa connesso non è il puro risultato di una costruzione mediatica, ma ha radici nel fatto che molti dei reati nei quali gli stranieri sono sovra-rappresentati, sono effettivamente quelli giudicati come più gravi e pericolosi dal corpo sociale – come il caso degli omicidi volontari. Anche in questo caso ciò non vuol dire che i *mass media* abbiano un basso livello di pregiudizio o che le narrazioni da essi prodotte siano asettiche e prive di giudizi di valore: al contrario, presumibilmente, i *media* giocano un ruolo determinante nel *moltiplicare la paura* – specie in alcune fasce della popolazione più esposte agli effetti della comunicazione massmediatica, come gli anziani – e potrebbero dunque essere considerati un ulteriore agente di disintegrazione e delegittimazione della presenza degli stranieri in Italia. Tuttavia, così come relativamente alle agenzie di controllo sociale, anche in questo caso il costruttivismo puro non sembra offrire risposte convincenti.

5. Secondo quesito: più immigrazione vuol dire più criminalità?

Nel rispondere a questa domanda, la ricerca di Solivetti parte dalla constatazione dell'eccezionalità del flusso migratorio verso l'Italia: «l'attuale popolazione straniera in Italia è giunta ad avere un'incidenza sul totale della popolazione residente superiore a quella registrata in Francia, Regno Unito, Svezia e Olanda e anche quella registrata in tutta l'Unione europea a 27 Stati [...]. Tra il 1985 e il 2011, nell'arco quindi di



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

solo un quarto di secolo circa, la popolazione straniera in Italia si è moltiplicata per 15 [...] Si deve aggiungere un'altra caratteristica del flusso migratorio verso l'Italia: la presenza di immigrati in condizione di illegalità» (Solivetti 2013, 85-86). Dunque *rilevanza quantitativa, velocità di crescita e disorganizzazione nella gestione dei flussi* sono le tre caratteristiche salienti del modo in cui il modello migratorio italiano si è configurato nel corso del tempo.

Se a tutto questo si aggiunge il fatto che: «all'inizio del XXI secolo, solo 3 immigrati su 10 in Italia risultavano essere stati presenti per almeno dieci anni» (Ivi, 61) – cioè il dato della *transitorietà e della presumibile strumentalità dell'esperienza migratoria* – sembra ipotizzabile uno scenario di elevata marginalizzazione, disintegrazione e irregolarità nella quale generalmente vivrebbero i migranti italiani; tutti elementi tradizionalmente associati (indipendentemente dalla nazionalità considerata) a elevati tassi di criminalità.

Nonostante l'utilizzo di vari indicatori indiretti del grado di disintegrazione socioculturale dei migranti – come il numero di irregolari o la quota di occupati nel settore costruzioni, generalmente caratterizzato da livelli elevati di lavoro irregolare ma anche da un'alta differenziazione interna delle condizioni sociolavorative che rendono problematica l'assunzione di questo indicatore (Antonelli 2010) – la ricerca non ha potuto contare su fonti specifiche riguardanti il livello di integrazione socioculturale dei migranti nella società italiana: come abbiamo messo in luce in un contributo apparso su questa rivista (Antonelli 2015) il problema della misurazione da parte della statistica ufficiale di questo fondamentale fenomeno è stato da prima messo al centro della strategia delineata dalla legge Turco-Napolitano per poi essere derubricata a partire



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

dal 2001. Solo recentemente l'Istat ha realizzato la prima indagine *ad hoc* sul livello d'integrazione dei migranti nella società italiana ma i dati non sono ancora disponibili; lì dove le statistiche sulla criminalità dei migranti vengono invece raccolte nel nostro paese sin dal 1988. Così, è possibile rilevare una *condizione oggettiva* di marginalità economica dei migranti italiani sia al livello di nazionalità che di distribuzione territoriale ma nulla di sufficientemente esteso e affidabile è disponibile per quanto riguarda le *dimensioni soggettive e socioculturali* dell'integrazione. L'indagine di Solivetti su questo terreno, similmente ad altre, si è mossa così su un piano prettamente ipotetico.

Nonostante l'impossibilità di valutare sino in fondo portata ed azione di questa fondamentale dimensione che ha a che fare con la complessiva comprensione della coesione sociale di un sistema-paese ormai fortemente multietnico, ciò che i dati disponibili dimostrano è sì l'esistenza di un tasso di criminalità per i non-nazionali più alto rispetto a quello degli autoctoni – ad esempio, 3 volte più alto per gli omicidi volontari, 6 per i reati sessuali, 6-8 volte per le rapine, 8-10 per i furti, fino a 15 volte più alto per lo sfruttamento della prostituzione –, spesso accompagnato da una condizione di oggettiva marginalità e illegalità, particolarmente forte per i primi gruppi giunti in Italia (come gli albanesi), ma non *un aumento diretto e proporzionale all'incidenza della popolazione straniera dei reati in generale*; in particolare, di quelli di maggior allarme sociale che caratterizzano più significativamente questa particolare popolazione.

In realtà, l'aumento dell'incidenza degli stranieri per gli omicidi volontari è coincisa, in generale, con una netta diminuzione di questo reato mentre per altri (come rapine, furti ecc.) i tassi sono rimasti sostanzialmente stabili nel tempo. Anche l'indice generale di criminalità (calcolato



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

come rapporto tra il numero di denunciati per i quali l'autorità giudiziaria ha deciso di procedere e la relativa popolazione di riferimento) è aumentato negli anni Novanta e poi, proprio in coincidenza con il picco di presenza straniera nel nostro paese, diminuito gradualmente a partire dal Duemila. Questi fatti vengono spiegati nella ricerca di Solivetti attraverso l'elaborazione di un parsimonioso modello empirico volto a dar conto delle trasformazioni dei tassi di criminalità degli autoctoni e degli immigrati, restituendo un'immagine più complessa di quel *processo di sostituzione nei reati* dei primi ad opera dei secondi, spesso acriticamente assunto in alcuni studi (cfr. ad esempio Gatti et al. 2004).

Nella prima fase, che va dalla fine degli anni Ottanta – periodo nel quale cominciano ad essere raccolti i dati sul tasso di criminalità degli stranieri, come abbiamo detto – alla metà degli anni Novanta lo scenario è caratterizzato da un modello di *evoluzione divergente* (crescita tasso di criminalità degli immigrati, decrescita di quello degli autoctoni); a questi, in una seconda fase (seconda metà degli anni Novanta ad oggi) subentra un modello di *evoluzione parallela* con una decrescita dei reati commessi dagli stranieri: il *fattore tempo di insediamento* sembra così giocare un ruolo decisivo poiché all'aumento della permanenza in Italia – e dunque, presumibilmente, del grado d'integrazione nella società – i tassi di criminalità tendono a scendere e ad uniformarsi nelle loro caratteristiche a quelli degli autoctoni. In particolare, confrontando i tassi di criminalità del gruppo degli albanesi (uno dei primi ad insediarsi in Italia) con quello dei romeni (di più recente radicamento), si nota come nel primo caso tali tassi siano fortemente diminuiti, lì dove questi restano alti per il secondo.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

6. Terzo quesito: quali sono le caratteristiche e i fattori esplicativi dei tassi di criminalità dei migranti?

Innanzitutto, sempre secondo lo studio di Solivetti, si può affermare che la criminalità degli immigrati si orienta prevalentemente verso reati strumentali piuttosto che espressivi; vale a dire verso quei reati che si associano ad un tentativo di migliorare rapidamente la propria condizione economica – in presenza di una scarsità di opportunità legittime – piuttosto che verso quei crimini dovuti ad una condizione di diversità culturale: ne risulta smentita la tesi del conflitto culturale (Ferracuti 1968; Barbagli 1998; Suisse 2001).

Una situazione particolarmente marcata nel caso degli stranieri che occupano una posizione sociolavorativa caratterizzata da marginalità e/o che si trovano in una condizione giuridica di irregolarità. Anche in questo caso, prendere in considerazione il fattore tempo aiuta ad interpretare in modo più efficace la realtà: al crescere del periodo di permanenza in Italia dei vari gruppi nazionali ed etnici i loro tassi di criminalità diminuiscono e la loro struttura tende a divenire più simile a quella dei reati commessi dagli italiani, per cui a crimini prevalentemente strumentali subentrano crimini tipicamente espressivi e, in misura minore, da *white collars*. Integrazione sociolavorativa e *socializzazione* sono, dunque, fattori decisivi nella spiegazione dell'andamento dei tassi di criminalità dei migranti; elementi che se da un lato rafforzano la teoria mertoniana della deprivazione relativa dall'altro impongono un recupero delle ipotesi "culturaliste", oltre la classica teoria del conflitto culturale, per spiegare la rilevante quota di "varianza" riscontrabile sia tra i gruppi etnico-nazionali sia relativamente ai diversi contesti territoriali.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Relativamente al primo aspetto, infatti: «tra i gruppi nazionali di immigrati in Italia con più bassi tassi di criminalità patrimoniale/strumentale non vi sono solo gruppi caratterizzati da inserimento lavorativo altamente qualificato e da posizioni economiche presumibilmente equivalenti. Tra questi gruppi con più bassi tassi di criminalità ve ne sono alcuni provenienti dai paesi più poveri del cosiddetto Terzo Mondo (indifferentemente, oltretutto, da Asia e Africa)» (Solivetti 2013, 357).

Così, dai dati risulta che:

1) i migranti provenienti dall'Estremo Oriente sono sistematicamente sotto-rappresentanti per tutte le tipologie di reati mentre quelli provenienti dal Nord Africa presentano i tassi in assoluto più elevati, *indipendentemente* dal fattore "tempo di permanenza/residenza in Italia";

2) a tassi elevati fatti registrare da certi gruppi per alcune tipologie di reati corrispondono tassi egualmente elevati per tutti gli altri reati;

3) la distribuzione dei reati per gruppi nazionali di immigrati tende ad essere simile a quella riscontrata nella madre-patria. A questo punto, pur sottovalutando l'impatto che le diverse *traiettorie di vita* dei migranti possono avere nella spiegazione della propensione individuale al crimine ma coerentemente con l'impostazione durkheimiana seguita, Luigi Maria Solivetti avanza un'ipotesi interpretativa innovativa: il fattore *disorganizzazione/destrutturazione del contesto di origine*. In altre parole, lì dove si verifica un'accentuata disintegrazione e disgregazione sociale i membri di quella società – specie i più giovani – tenderebbero ad essere risocializzati da un contesto caratterizzato da un maggior grado di violenza nelle relazioni sociali e nei comportamenti tali da predisporli, anche nell'esperienza migratoria, verso la devianza. Un'ipotesi elegante che consente di reinserire la spiegazione della criminalità dei migranti in



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

un'ottica socioculturale più ampia, oltre i ristretti limiti di modelli di spiegazione centrati sul solo "nazionalismo metodologico".

Relativamente all'azione dei *fattori territoriali*, la ricerca di Solivetti mostra come:

a) la distribuzione territoriale dei reati dei migranti, sia al livello quantitativo che qualitativo, è nel nostro paese fortemente disomogenea. Un grado di disomogeneità molto più elevato di quello riscontrabile in altri paesi europei di più antica immigrazione, come la Francia o l'Inghilterra;

b) le province italiane più virtuose dal punto di vista del basso tasso di criminalità degli stranieri sono mediamente quelle con una presenza di migranti relativamente elevata;

c) maggiore è il grado di urbanizzazione maggiore il tasso di criminalità degli stranieri per tutte le tipologie di reati;

d) lì dove si riscontra nella popolazione italiana un basso grado di capitale sociale e uno elevato di illegalità e devianza diffusa, si riscontrano i tassi di criminalità più elevati per gli stessi stranieri. Il quadro che risulta è abbastanza coerente con le caratteristiche del nostro sistema-paese poiché esso riflette, senz'altro, la *debolezza di una politica nazionale sull'integrazione degli stranieri*, il grande ruolo degli enti locali nel far fronte ai problemi dell'immigrazione, l'accentuato divario socioeconomico tra le varie province del paese, e la conseguente elevata differenziazione nelle condizioni di vita degli stranieri in Italia: paese delle "100 città", l'Italia è anche il paese delle "100 politiche d'integrazione e di accoglienza" dei migranti, e delle "100 differenziate opportunità" (lecite ed illecite) di inserimento sociale degli stranieri.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

7. Osservazioni conclusive

La tabella seguente (tab. 1) sintetizza i principali risultati delle ricerche di Luigi Maria Solivetti contenute nel volume sin qui analizzato:

Tab. 1 – Principali risultati dello studio “Immigrazione, società e crimine”

Domande di ricerca	Risultanze empiricamente fondate
<i>L'alto tasso di criminalità dei migranti nella società italiana, è un'illusione?</i>	No, mediamente il tasso di criminalità dei migranti nella società italiana è relativamente più elevato rispetto a quello degli autoctoni.
<i>Più immigrazione vuol dire più criminalità?</i>	No, i tassi di criminalità totali (stranieri+autoctoni) si stanno abbassando e subiscono una trasformazione sia quantitativa che qualitativa.
<i>Quali sono le caratteristiche e i fattori esplicativi dei tassi di criminalità dei migranti?</i>	<i>Caratteristiche:</i> Prevalenza dei reati strumentali su quelli espressivi; Tendenza sistematica di alcuni gruppi etnico-nazionali a delinquere maggiormente rispetto ad altri; Differenziazione temporale e territoriale dei tassi di criminalità degli stranieri. <i>Fattori esplicativi:</i> a) <i>fattori endogeni</i>: tempo di permanenza in Italia, condizione socioeconomica, livello di sviluppo socioeconomico e istituzionale del contesto territoriale di insediamento; b) <i>fattori esogeni</i>: livello di destrutturazione del paese d'origine.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Da un punto di vista più generale, l'approccio durkheimiano e in generale "olista" seguito in questo studio si è dimostrato fecondo nel consentire la produzione di spiegazioni e interpretazioni scientificamente robuste del fenomeno analizzato: attraverso la focalizzazione sui molteplici processi di differenziazione che coinvolgono l'esperienza non solo "deviante" ma più in generale "socioculturale" dei migranti, è stato possibile mostrare a più livelli come vi possa essere una connessione tra "realità dei fatti" e "realità rilevata" dallo studioso, che non lasci in ombra i più ampi processi sociali né la necessaria riflessività del ricercatore; allo stesso tempo, lo studio offre molti spunti di ulteriore approfondimento della tematica trattata, i cui due più rilevanti sono, a parere di chi scrive: *l'ipotesi della disorganizzazione della società di provenienza*, che è più volte discussa e richiamata nella ricerca; *la problematicità della condizione dei ceti popolari* in Europa e in Italia, una dimensione che è invece solo marginalmente presa in considerazione.

Proprio le risultanze empiriche che emergono dallo studio di Solivetti fanno pensare che il problema della criminalità dei migranti (oggi prevalentemente parte delle classi popolari europee) non sia dissimile, per quanto concerne i fattori endogeni che lo spiegano e l'accompagnano, a quello degli "autoctoni" posti in una medesima condizione di deprivazione relativa e marginalità socioeconomica. Uno spunto che richiama alla mente proprio quelle conclusioni alle quali giungeva, su un piano più generale, la ricerca di Pierre Bourdieu sulla povertà relativa e assoluta in Francia, presentata nel volume *La miseria del mondo* (1993). Ipotesi che richiedono dunque un ulteriore approfondimento empirico, con l'obiettivo di ampliare ulteriormente la prospettiva sul fenomeno analizzato mantenendo al centro l'impatto dei meccanismi strutturali e sistemici sulla produzione della devianza.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Bibliografia

Ambrosini, M. (2014), *Non passa lo straniero? Le politiche migratorie tra sovranità nazionale e diritti umani*, Assisi: Cittadella.

Antonelli, F. (2010), *Il duro lavoro. Edilizia e culture della sicurezza nel neo-fordismo*, Napoli: EdISES.

Antonelli, F. (2015), *Statistica pubblica e misurazione dell'integrazione dei migranti nella società italiana: alcune riflessioni sociologiche*, in *Democrazia e Sicurezza*, 1.

Barbagli, M. (1998), *Immigrazione e criminalità in Italia. Una coraggiosa indagine empirica su un tema che ci divide*, Bologna: il Mulino.

Barbagli, M. (2008), *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna: il Mulino.

Becker, G.S. (1963), *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, New York: The Free Press.

Bourdieu, P. (2015), *La miseria del mondo*, Milano: Mimesis [ed. orig. 1993].

Campesi, G. (2011), *Soggetto, disciplina, governo. Michel Foucault e le tecnologie politiche moderne*, Milano-Udine: Mimesis.

Cesareo, V. (2006), *Quale integrazione?*, in V. Cesareo, G.C. Blangiardo (cur.), *Indici di integrazione. Un'indagine empirica sulla realtà migratoria italiana*, Milano: Franco Angeli.

Cesareo, V., G.C. Blangiardo (cur.) (2006), *Indici di integrazione. Un'indagine empirica sulla realtà migratoria italiana*, Milano: Franco Angeli.

Cicourel, A. (1968), *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York: John Wiley.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Erikson, K. (1962), *Notes on the Sociology of Deviance*, in *Social Problems*, 9.

Ferracuti, F. (1968), *European Migration and Crime*, in M. Wolfgang (ed.), *Essays in Honor of Thorsten Sellin*, New York: Willey.

Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari: Laterza.

Ferraris, V. (2008), *L'obbligata illegalità: l'impervio cammino verso un permesso di soggiorno*, in *Studi sulla questione criminale*, 3.

Garland, D. (2004), *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano: Il Saggiatore [ed. orig. 2002].

Gatti, U., H.M.A. Schadee, G. Fossa (2004), *L'impatto dei flussi migratori sulla criminalità italiana nel decennio 1991-2000: l'ipotesi della sostituzione*, Torino: Forum Internazionale ed europeo di ricerche sull'immigrazione.

Ianni, F.A.J. (1974), *Black Mafia: Ethnic Succession in Organized Crime*, New York: Simon and Schuster.

Istat (2013), *Integrazione. Conoscere, misurare, valutare*, Roma.

Kennet, L., W.A. Martin (1989), *On the Structure of Ethnic Crime in America*, in H.M. Launer (ed.), *Crime and New Immigrants*, Springfield: Thomas Publisher.

Launer, H.M. (ed.) (1989), *Crime and New Immigrants*, Springfield: Thomas Publisher.

Lemert, E.M. (1972), *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Englewood Cliffs (N.J.): Prentice-Hall.

Melossi, D. (2008), *Il giurista, il sociologo e la 'criminalizzazione' dei migranti: che cosa significa 'etichettamento' oggi?*, in *Studi sulla questione criminale*, 3.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Merton, R.K. (2000), *Teoria e struttura sociale*, 3 voll., Bologna: il Mulino [ed. orig. 1949].

Palidda, S. (a cura di) (2009), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano: Edizioni X Book.

Quinney, R. (1975), *Crime Control in Capitalist Society: a Critical Philosophy of Legal Order*, in W. Taylor, J. Young (eds.), *Critical Criminology*, London-Henley-Boston: Routledge&Kegan Paul.

Solivetti, L.M. (2013), *Immigrazione, società e crimine. Dati e considerazioni sul caso Italia*, Bologna: il Mulino.

Suisse, Département fédéral de justice et police (2001), *Groupe de travail Criminalité des étrangers*, Département fédéral de justice et police, s.l.

Taylor, W., J. Young (eds.), *Critical Criminology*, London-Henley-Boston: Routledge&Kegan Paul.

Touraine, A. (2002), *Libertà, uguaglianza, diversità. Si può vivere insieme?*, Milano: Il Saggiatore [ed. orig. 1997].

Wolfgang, M. (ed.) (1968), *Essays in Honor of Thorsten Sellin*, New York: Wiley.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

R. E. Kostoris e F. Viganò (cur.), *Il nuovo “pacchetto” antiterrorismo*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. XVIII-158

È disponibile in formato elettronico il volume curato da Roberto Kostoris e Francesco Viganò che ospita le analisi di Antonio Balsamo, Stefania Martelli, Franco Roberti, Silvia Signorato e Alfio Valsecchi sui profili della novella antiterrorismo di cui al d.l. n. 7/2015, conv. in l. n. 43/2015.

Una novella questa che affida per la prima volta un ruolo di coordinamento delle indagini in materia di terrorismo alla Procura Nazionale antimafia, ribattezzata ora «Procura Nazionale antimafia e antiterrorismo» e diretta oggi dallo stesso Franco Roberti, coautore del volume. Si è “finalmente abbandonata” la logica della frammentazione delle indagini in materia di terrorismo internazionale, optando per una loro concentrazione nell'ambito della procura nazionale antimafia: questo il commento di Kostoris, che aggiunge come si sia anche compreso che tra i due fenomeni, la mafia e il terrorismo internazionale si sono creati forti





anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

intrecci e collegamenti che impongono strategie di contrasto unitarie. Kostoris intravede delle ombre sull'intervento legislativo, non si sa se dovute più a incuria o a scelta, in ordine alle asimmetrie che permangono tra le attribuzioni del Procuratore Nazionale in materia di mafia e di terrorismo, e per il fatto di aver precluso a quest'organo di esercitare taluni poteri significativi, come quello di autorizzare le agenzie di *intelligence* ad effettuare intercettazioni preventive o colloqui investigativi a fini preventivi in materia di terrorismo con soggetti detenuti o internati, che rimane, invece, affidato al procuratore generale della Corte d'Appello.

Accanto alle organizzazioni e ai networks del terrorismo internazionale – che oggi sembrano radunati sotto l'insegna del c.d. Stato Islamico – a preoccupare il legislatore italiano ed europeo è anche il fenomeno dei c.d. "lupi solitari", soggetti convertitisi a titolo individuale alla causa del fondamentalismo islamico, disposti a immolare la propria vita nel compimento di azioni terroristiche pianificate "in proprio" eventualmente avvalendosi delle informazioni sulle modalità di realizzazione di ordigni micidiali reperibili in internet, ovvero mettendo a frutto l'addestramento ricevuto o l'esperienza di combattimento maturata nel corso di viaggi in zone interessate da conflitti armati. Ne è convinto Francesco Viganò, il coautore, che considera un fenomeno quasi totalmente nuovo, e distinto da quello tradizionale del terrorista *membro di un'organizzazione criminosa*, attorno alla cui figura è ritagliato l'intero arsenale delle norme incriminatrici presenti sino ad ora nei codici penali europei, ivi compreso il codice penale italiano: la norma chiave nella lotta al terrorismo di matrice islamica è stata sinora quella di cui all'art. 270-bis c.p., rubricato appunto «*associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale*».



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

Sul fenomeno dei “lupi solitari”, che sfruttano le risorse della rete per i contatti con gruppi terroristici, per Kostoris il legislatore ha manifestato una marcata e diffusa attenzione per una strategia di contrasto imperniata sulle tecnologie informatiche e telematiche. Anche qui alcuni interventi legislativi si collocano sul versante preventivo, altri su quello repressivo, altri ancora presentano una duplice valenza. Un dato negativo è invece rappresentato «dall'approccio spesso dilettantistico» ed «assai poco sorvegliato» del legislatore nell'affrontare questi temi. Emblematico il caso dei tempi di conservazione dei dati relativi al traffico da parte dei fornitori che, se riguardano questo tipo di criminalità, appaiono addirittura raccorciabili rispetto a quelli generali.

Contro questa nuova figura di terrorista “fai da te”, il decreto-legge intende porre in essere due strategie fondamentali. La *prima strategia* passa per il *sistema penale*, e consiste – come di consueto – nella previsione di nuove norme incriminatrici, o nell'allargamento delle maglie di quelle già esistenti. Come illustrato dal saggio di Alfio Valsecchi che apre il volume, il legislatore interviene anzitutto sull'art. 270-*quater* c.p. (arruolamento per finalità di terrorismo), inasprendo il relativo trattamento sanzionatorio e, soprattutto, estendendo la punibilità – sinora confinata alla figura dell’“arruolatore” – a quella dell’“arruolato”.

Viene inoltre introdotta una nuova fattispecie di reato (all'art. 270-*quater*.1 c.p.) destinata a colpire chi *organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero* «finalizzati al compimento di condotte con finalità di terrorismo» (ma non chi *compie* simili viaggi, che in tanto potrà essere punito in quanto si *arruoli* in organizzazioni qualificabili come terroristiche, così realizzando il reato di cui all'articolo precedente). Il reato di addestramento per finalità di terrorismo già previsto dall'art. 270-



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

quinqües c.p. viene poi esteso sino ad abbracciare la condotta di chi, avendo autonomamente *acquisito istruzioni* sull'uso di armi o esplosivi per finalità di terrorismo, compia *qualsiasi condotta univocamente finalizzata* al compimento di atti terroristici. Infine, vengono introdotte un paio di norme contravvenzionali in materia di controllo dei c.d. precursori di esplosivi, nonché una serie di circostanze aggravanti dei reati di istigazione e di pubblica istigazione a delitti di terrorismo, allorché il fatto sia commesso mediante l'uso di strumenti informatici o telematici.

La *seconda strategia*, parallela e complementare, si muove sul terreno delle *misure di prevenzione personali*, regolate oggi organicamente dal codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011). La misura della *sorveglianza speciale*, con o senza divieto od obbligo di soggiorno, viene anzitutto estesa – in forza del novellato art. 4 del codice – a chi compia atti preparatori obiettivamente rilevanti «diretti a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione» che persegua essa stessa attività terroristica. Nelle more del procedimento applicativo, poi, il novellato art. 9 dispone ora che lo stesso questore (e non più soltanto il presidente del tribunale, come sinora accadeva) possa disporre, in caso di necessità e urgenza, il *ritiro temporaneo del passaporto*, al fine di impedire in tempo l'espatrio del proposto; e la trasgressione di tale provvedimento interinale (che si realizza evidentemente allorché il proposto tenti comunque di espatriare, nonostante il ritiro del passaporto) diviene, in forza del nuovo art. 75-bis dello stesso d.lgs. 159/2011, costitutiva di un delitto punito con la reclusione da uno a tre anni, con possibilità di *arresto in flagranza* del trasgressore.

Infine, attraverso una modifica all'art. 13 co. 2 lett. c) del t.u. in materia di immigrazione, in tutti i casi in cui è possibile applicare una misura



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

di prevenzione diviene ora possibile disporre, da parte del questore, l'*espulsione* dello straniero non UE.

Sul versante propriamente penalistico, l'interrogativo di Viganò riguarda la tollerabilità di una così massiccia anticipazione della tutela penale, a fronte di fattispecie che incriminano atti sempre più distanti, dal punto di vista cronologico, dalla lesione dei beni giuridici che si realizza mediante il reato "fine" terroristico. Ammessa la legittimità di un intervento *preventivo* del diritto penale, volto a impedire in tempo utile la commissione di simili attentati, il problema è però, da un lato, quello della *soglia cronologica* sino al quale l'arretramento della punibilità dovrà considerarsi ammissibile, a fronte ad esempio di una fattispecie che colpisce ora qualsiasi «comportamento univocamente finalizzato» alla commissione di condotte terroristiche; dall'altro, quello della congruità della *risposta sanzionatoria*, al metro del principio di proporzione tra misura della sanzione e gravità del reato, a fronte di atti soltanto preparatori, che ancora non ledono alcun bene giuridico "finale" e che pure vengono sanzionati, ora, con la pena *minima* di cinque anni di reclusione.

Ma è soprattutto sul versante delle *misure di prevenzione* (e su quello, correlato, dell'*espulsione* dello straniero non UE come misura di prevenzione "mascherata") che si appuntano, a giudizio di Viganò, gli interrogativi più inquietanti. Il sistema coercitivo della prevenzione, che conduce diritto – trattandosi di stranieri non UE – all'*espulsione* del soggetto dal territorio nazionale, reagisce ora già di fronte a *qualsiasi atto preparatorio di un viaggio all'estero*, durante il quale si abbia motivo di sospettare che il soggetto possa unirsi a forze militari che a loro volta perseguano obiettivi terroristici. Il problema sta, però, nella *bassissima soglia indiziaria* che consente l'applicazione delle misure di prevenzione, nella



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

pratica *assenza di regole sulla formazione della prova* nel relativo procedimento, e in generale nella *scarsissima effettività delle garanzie difensive* di cui il proposto dispone, rispetto a quelle di cui tutto sommato godrebbe – anche in fase cautelare – nell’ambito di un procedimento penale.

Anche a Kostoris balza subito agli occhi come questo nuovo “pacchetto” antiterrorismo privilegi marcatamente le misure “processuali” in senso lato e, tra queste, in modo particolare le misure a carattere preventivo. Il particolare accento sul momento preventivo si colloca nel solco di una tendenza che è venuta sempre più rafforzandosi non solo in Italia, ma un po’ in tutti i paesi occidentali, di fronte alla minaccia terroristica, a partire dall’attacco dell’11 settembre 2001. Si tratta di una strategia che nella riforma coinvolge anche il piano sostanziale, attraverso la creazione di nuove fattispecie incriminatrici volte a punire anche semplici atti preparatori, ma che trova certo il suo fulcro negli strumenti di natura processuale. E, in questa prospettiva, si propizia anche una sempre più stretta sinergia tra attività preventiva e attività repressiva, con chiari raccordi tra attività di *intelligence* e attività di indagine penale. E, quindi, tra servizi di sicurezza e organi inquirenti, tra organi alle dipendenze dell’esecutivo e organi giudiziari o – come la polizia – comunque sotto il controllo di quelli giudiziari (art. 109 Cost.).

È indubbio che, ancor di più dopo la seconda strage di Parigi del 14 novembre, le istanze di prevenzione non possono non assumere rilievo centrale, anche a costo di giungere a generali restrizioni di certi diritti fondamentali: pensa Kostoris a profili legati alla *privacy*, cui potremmo rinunciare in cambio di una maggior protezione da attacchi terroristici. Resta però il fatto che, prevenzione e repressione dovrebbero obbedire a logiche diverse. Mentre il legislatore tende a omologarle sotto il profilo



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

dell'afflittività, finendo per “amministrativizzare” il penale, attribuendo, in presenza dei soli evanescenti parametri della pericolosità e del sospetto, al potere amministrativo/esecutivo/politico molta della violenza e della forza che caratterizza gli strumenti penali. Quasi un “penale parallelo”, avulso però dal principio di stretta legalità, e, sotto il profilo “processuale”, non rispettoso della presunzione d’innocenza, del principio del contraddittorio, del *ne bis in idem*; sempre pronto, tra l’altro, a tracimare dagli argini dei settori “speciali” del terrorismo internazionale e della criminalità organizzata – come conferma il fatto che alcune misure contenute nel “pacchetto” hanno valenza generale – anche a causa della sempre maggior difficoltà a separare repressione e prevenzione, che spesso si intrecciano inestricabilmente tra loro, soprattutto quando il diritto penale non si limiti a punire solo azioni del passato, ma anche situazioni di pericolo. Sono numerosi gli specifici presidi messi in campo o, più frequentemente, solo rivisitati dal “pacchetto” nell’ambito delle misure preventive e repressive. Pensiamo alla sorveglianza speciale, all’obbligo di soggiorno, a cui può accompagnarsi nei casi di necessità e urgenza il provvedimento del temporaneo ritiro del passaporto da parte del questore, sottoposto comunque a convalida da parte dell’autorità giudiziaria.

Pensiamo ancora al provvedimento di espulsione per i cittadini non comunitari, su cui già si soffermano le riflessioni di Francesco Viganò. Inoltre, il “pacchetto” conferisce ai servizi d’informazione per la sicurezza dello stato la possibilità di effettuare colloqui investigativi preventivi con detenuti e internati quando vengano in gioco delitti di terrorismo a matrice internazionale. Ed estende, per il contrasto agli stessi delitti, la possibilità di procedere a intercettazioni preventive. Inoltre, consente al personale dell’*intelligence* di mantenere durante l’esame dibattimentale



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Recensioni

identità di copertura. Prevede poi l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero. Ed, ancora, prescrive la formazione e l'aggiornamento costante di una *black list* dei siti utilizzati per le attività di terrorismo, l'obbligo di inibire l'accesso a quei siti da parte dei fornitori di connettività su richiesta dall'autorità giudiziaria, la rimozione dei contenuti da un sito, ordinata dal pubblico ministero quando vi siano concreti elementi per ritenere che taluno compia per via telematica attività di terrorismo, a cui può seguire in caso di inadempimento l'interdizione all'accesso al dominio internet con le forme del sequestro preventivo, per giungere addirittura ad una sorta di "sorveglianza globale" realizzata attribuendo all'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE) il compito di «svolgere attività di informazione anche mediante assetti di ricerca elettronica, esclusivamente verso l'esterno, a protezione degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali della Repubblica italiana». Viene anche predisposta una nuova disciplina sul trattamento dei dati personali da parte delle forze di polizia e in tema di *data retention*.

Mara Costantino

(giornalista, ha collaborato presso l'ufficio stampa
dell'Unione Camere Penali)

