

Non può non colpire e quindi indurre a complimentarsi con i responsabili di questa rivista, che il fascicolo sulle migrazioni, sia pure dal punto di vista prevalentemente europeo, esca in un momento in cui in Europa in generale, e in Italia in maniera particolare e particolarmente violenta, delle migrazioni si discute, innanzitutto sotto due profili: la minaccia che i migranti portano, o meglio porterebbero, alla vita dello stato in cui sono accolti, sia del punto di vista economico che della sicurezza, e il conseguente diritto dello stato a decidere liberamente se e quali persone ammettere sul proprio territorio, indipendentemente da condizionamenti esterni.

1.- Per quanto attiene al primo punto, è ben noto che la questione legata alla “sicurezza” è della massima delicatezza, ma non può essere affrontata altro che in termini di prevenzione. L’idea che attraverso i migranti, che giungono via mare nelle condizioni che tutti conosciamo, arrivi il terrorismo è molto diffusa anche se del tutto infondata.

Se, indubbiamente, è possibile che terroristi addestrati (perché il problema è quello) giungano in Europa e in particolare in Italia, è presumibile che giungano con mezzi meno aleatori di un gommone semi sgonfio. Un “terrorista”, il cui addestramento non costa poco, difficilmente mette a repentaglio la propria vita in un viaggio pericoloso. Sta in fatto, comunque, che il fenomeno più preoccupante in Europa non riguarda i terroristi venuti da fuori, ma quelli che vivono già stabilmente nel territorio dei vari stati, o che più semplicemente sono addirittura nati su quel territorio e ne sono quindi (almeno secondo le legislazioni più civili) cittadini; per tacere dei cdd. *foreign fighters* per così dire “di ritorno”, per lo più anche essi cittadini dello stato in cui poi agiscono, epperò spesso noti e sorvegliati proprio perché recatisi all’estero per “combattere”.

Il fenomeno, cioè, non attiene al controllo delle migrazioni, ma al controllo della società in generale, alla cultura ed agli strumenti sociali per lo sviluppo di una comunità ordinata al riparo dal terrorismo. In questo ambito, beninteso, è del tutto ovvio che non si possa prescindere da un controllo sui modi di diffusione di ideologie di odio o comunque conflittuali a base religiosa: oggi è questa la tendenza principale, ma è facile ricordare come, fino a non molto tempo fa (un tempo che un Matusalemme non proprio estremo come me ricorda molto bene!) un fenomeno perfettamente analogo derivava dalla diffusione di ideologie “rivoluzionarie” tutt’altro che religiose e provenienti dall’estero. Le Brigate Rosse in Italia e la Rote Armee Fraktion tedesca, con la loro ideologia “di sinistra”, oppure Ordine Nuovo e Avanguardia Nazionale in Italia e lo NPD tedesco o anche il Partito del Reich nordico svedese, con la loro ideologia “di destra”, non camminavano sulle gambe di persone migranti o provenienti dall’estero.

Il problema, in altre parole è di controllo di polizia, certo, ma principalmente culturale e quindi di civiltà generale e dunque non fondato sul disprezzo o, peggio, sulla incomprensione.

Del resto, come noto, la legislazione italiana “anti migranti” dalla cd. legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini, ha finito per creare più problemi di quanti ne abbia risolto, fino a costringere ad intervenire la stessa Corte Costituzionale italiana a contrastare il fenomeno nascente del cd. *diritto penale del nemico*¹.

Insomma, almeno a mio parere, legare come spesso accade il fenomeno migratorio al terrorismo è nonché errato pericoloso perché impedisce di individuare e quindi controllare il problema reale². Sarà un caso, spero di no, ma sta in fatto che finora l’Italia, quasi unico paese europeo, ha potuto restare indenne da attentati seri del cd. terrorismo islamico (perfino all’epoca delle famigerate magliette svedesi, indossate provocatoriamente dall’on.le Calderoli) se mi è permessa una valutazione, non solo per la efficienza dei nostri servizi di sicurezza, ma anche, anzi principalmente, per una tradizionale nostra valutazione “laica” delle idee altrui, oltre al fatto, non irrilevante, per cui l’Italia non ha un significativo passato colonialista. Ciò almeno fino a qualche tempo fa!

¹ Sul punto mi permetto di rinviare ad un mio piccolo lavoro, particolarmente vicino ai curatori di questa rivista, G. GUARINO, *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. DI STASI, L. KALB, *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Atti del Convegno 24 Maggio 2012, Napoli (Editoriale Scientifica) 2013, p. 27 ss.

² Cfr. IOM-INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *International Terrorism and Migration*, Geneva, 2010, 6, in www.iom.int.

1.1.- L'aspetto del pericolo che i migranti rappresentano per il mercato del lavoro, è, a sua volta, più teorico che reale. A parte il fatto che molto spesso quei migranti svolgono lavori non graditi alla popolazione autoctona, sempre più frequentemente i migranti sono "usati" proprio dagli imprenditori per calmierare il costo del lavoro, attraverso una vera e propria concorrenza sleale, non priva di aspetti preoccupanti di vera e propria riduzione in schiavitù dei lavoratori stranieri, specie se "ricattabili" in quanto non regolari. E dunque, anche qui, il problema è di natura interna, sia di ordine, di nuovo, culturale e di civiltà, che di ordine istituzionale.

2.- Un altro dei temi che sono oggetto di dibattito, spesso molto accanito, in materia di migrazioni è quello della sovranità. Più precisamente si sente ripetutamente affermare, e sempre più spesso in Europa, che, stante una presunta "invasione" di stranieri, ogni stato deve poter decidere, e quindi talvolta decide *tout court*, se e quali migranti ammettere e, se del caso, di non ammetterne affatto. Secondo una logica (definita spesso con un orrendo e incomprensibile termine giornalistico: sovranista!) molto diffusa, in nome del principio di sovranità ogni stato sarebbe in sostanza padrone assoluto dei propri comportamenti, in ogni campo, ma in particolare in quello delle migrazioni.

Sul punto, credo, qualche precisazione si impone. *Rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*, la famosa Decretale di Callisto III, fa, per dir così, stato nel diritto internazionale anche contemporaneo. Il senso della frase è evidente e fa eco ad una analoga affermazione nella famosissima Decretale di Innocenzo III (1202) *Per venerabilem*. Che vi si trattasse del riconoscimento di figli "atipici" (bastardi per dirla tutta) del signore di Montpellier Guglielmo VIII da parte del Papa (sostanzialmente per tagliare la strada al figlio il futuro Guglielmo IX, nato da Agnese di Castiglia, peraltro sposa adulterina ... un situazione ai limiti della pochade!) è irrilevante, anche se attesta di una certa liberalità di comportamenti di un'epoca spesso immaginata di grande "compostezza". Se non fosse che nella citata Decretale Innocenzo III, si rifiuta di intervenire (secondo me anche per evitarsi una polemica mostruosa ... non sarebbe certo la prima volta nella storia che fatti importanti sono il frutto di esigenze del tutto casuali) e afferma in una frase famosa che la decisione spetta al re che ha, nella specie, la potestà temporale³.

Si dimentica, però, spesso di ricordare che il principio di sovranità, o meglio la norma di diritto internazionale in materia di sovranità, in quanto tale e nella sua estrema complessità e articolazione storica⁴, deve necessariamente essere coordinata, e non solo in termini interpretativi, con le altre norme, a

³ V. *Decretalium D. Gregori Papae IX Compilatio*, p. 1425 ss. : «*Ex quo verisimilius creditur et probabilius reputatur, ut eos ad actus legitimare valeat saeculares, praesertim si praeter Romanos Pontifices inter homines superiorem alium non cognoscant, qui legitimandi habeat potestatem; quia, quum maior in spiritualibus tam providentia quam auctoritas et idoneitas requiratur, quod in maiori conceditur licitum esse videtur et in minori... Tu vero uxori tuae nihil, quod divortium induceret ... obiectisti quum, etsi fides tui sit unum de tribus bonis coniugii, non tamen ipsius violatio coniugale vinculum violasset. De filiis ergo eiusdem regis, utrum legitimi vel illegitimi fuerint, quamdiu pendet quaestio affinitatis obiectae, potest non immerito dubitari De tuis vero, quod sint legitimi nati, nec tu ipse proponis, nec ulla praesumitur ratione. Insuper quum rex ipse superiorem in temporalibus minime recognoscat, sine iuris alterius laesione in eo se iurisdictioni nostrae subiicere potuit et subiicit quod non solum in ecclesiae patrimonio, super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem, verum etiam in aliis regionibus, certis causis inspectis, temporalem iurisdictionem casualiter exercemus, non quod alieno iuri praeiudicare velimus, vel potestatem nobis debitam usurpare, quum non ignoremus, Christum in evangelio respondisse: "Reddite quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei Deo. Propter quod postulatus, ut hereditatem divideret inter duos, quis," inquit, "constituit me iudicem super vos?" ... Tria quippe distinguit iudicia: primum inter sanguinem et sanguinem, per quod criminale intelligitur et civile; ultimum inter lepram et lepram, per quod ecclesiasticum et criminale notatur; medium inter causam et causam, quod ad utrumque refertur, tam ecclesiasticum quam civile, in quibus quum aliquid fuerit difficile, vel ambiguum, ad iudicium est sedis apostolicae recurrendum, ... ».*

⁴ Mi limito a citare il ben noto "attacco" di H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen (Mohr) 1928, p. 1 s.: «Der Begriff der Souveränität, den die moderne Staatsrechtslehre zu ihren schwierigsten und meist umstrittenen zählt, hat einen...Bedeutungswandel durchgemacht. Seit das Wort „Souveränität“...ist es nicht nur zu verschiedenen Zeiten, sondern auch innerhalb derselben Periode in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht worden...so daß gerade seine Geschichte ein klassisches Beispiel für den die Rechtswissenschaft in ihren theoretischen Charakter bedrohenden Methoden-anarchismus, speziell für die verhängnisvolle Vermengung moralisch-politisch und juristischer, aber auch juristischer und soziologisch-psychologischer Betrachtung liefern kann»

cominciare da quelle in materia di diritti dell'uomo. Coordinare, implica la impossibilità di considerare le due norme (o meglio i due complessi di norme) in termini gerarchici o, peggio, ritenere che la norma in materia di sovranità, prevalga su quelle in tema di diritti dell'uomo, se non altro in ragione del fatto che, lo si voglia o no, il diritto, e quindi anche il diritto internazionale è dell'uomo, dall'uomo e per l'uomo⁵.

Quello che, con qualche sorpresa, la nostra Corte Costituzionale ha definito un "bilanciamento" tra diritti in apparente contrasto è, almeno in termini teorici, impossibile, se non illecito. Nessuno, men che mai una suprema corte, ma nemmeno un legislatore interno può "bilanciare" diritti non gerarchizzati, specie quando non di diritti interni si tratti. E i diritti dell'uomo e tra essi in particolare quello alla migrazione, non è un diritto bilanciabile con altri, ivi compreso quello alla sovranità territoriale. Limitandomi dunque a rinviare a quanto ho già avuto modo di scrivere in passato⁶, ribadisco che diritto alla migrazione e sovranità vanno coordinati non bilanciati, posto che il contenuto del principio di sovranità non è, né può essere, un diritto assoluto dello stato a decidere come crede senza limiti. Anche perché, sia pure sul piano strettamente logico, se è vero come è vero che il diritto di ogni individuo a lasciare il proprio paese, specialmente se i suoi diritti sono compressi, è un diritto incontrovertibile e assoluto (nel senso di essere inderogabile, rientri o meno nella, a mio parere fantasiosa, categoria del cd. *ius cogens*) non è tecnicamente possibile negare il corrispondente obbligo: quello a ricevere. L'obbligo, cioè, è altrettanto assoluto quanto il diritto e non potrebbe essere altrimenti.

Il che, e credo che questo sia l'oggetto di questo numero della rivista, non vuol dire che un determinato stato debba accogliere chiunque, ma che esiste un *obbligo assoluto* di accogliere, e quindi per i soggetti stati quello che si definisce tecnicamente un *obbligo de contrahendo*. Dove la parola importante è obbligo. Tenuto conto, inoltre, che si tratta di esseri umani, uomini cioè, dei quali non solo vanno rispettati i diritti, ma, nei limiti del possibile anche la volontà di destinazione, ma comunque i diritti come esseri umani, quale ne sia il colore, la religione e la nazionalità⁷. Infine, non si può dimenticare che queste persone, siano o meno legittimate ad entrare nello stato in cui chiedono di farlo, *non sono in alcun modo* dei criminali, ragione per la quale la loro detenzione, sia pure in condizioni di relativa libertà di movimento, è di assai dubbia legittimità, anche se il fatto di tentare di accedere ad un determinato stato in violazione delle regole che quello stato impone per consentire gli accessi, è legittimo che venga considerato un reato.

Il problema viene reso più complicato anche dal fatto che moltissimi di questi migranti sono in realtà profughi delle non poche guerre e dei non pochi regimi dittatoriali in atto, specialmente in Medio Oriente e in Africa. E qui si inserisce il tema, certamente delicatissimo del *diritto* all'asilo, presente in varie costituzioni europee a cominciare dall'italiana.

2.1.- È appena il caso di aggiungere che, almeno per la Costituzione italiana, l'asilo è un *diritto* per chiunque e dovunque si trovi in una condizione di privazione delle libertà e dei diritti politici garantiti in Italia agli italiani. Quini il parametro è quello del diritto, costituzionale innanzitutto, italiano, ma in quanto diritto dello straniero, l'unico suo limite può essere il mancato accertamento della sussistenza delle condizioni per la sua concessione, che, pertanto, non può legittimamente essere definita una vera e propria "concessione".

Ciò premesso, il problema reale è quello di gestire in modo civile i flussi di migranti, più o meno sfruttati dalle organizzazioni criminali che si arricchiscono sulla loro pelle, tenendo presente che la gestione di questi flussi non può non esser affidata ad una cooperazione internazionale effettiva ed efficace. Finora, mi sembra, non si è andati gran che oltre le affermazioni di carattere esortativo, sia a livello generale (penso alla risoluzione 71/1 dell'AG delle NU) che a livello europeo, in particolare con la Agenda europea e con i

⁵ Mi prendo la libertà di citarmi di nuovo: *Per una analisi critica delle basi dell'Ordinamento internazionale come sistema*, in G. GUARINO (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2016, p. 399 ss.

⁶ V., oltre allo scritto citato in precedenza: *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in Studi LEANZA, p. 279 ss., *Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU*, in Grotius, 2008, p. 27 ss., *Sovranità dello Stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in Studi in onore di E. BOCCHINI, Padova (CEDAM) 2016, p. 553 ss.

⁷ Scrivo (tra il 15 e il 18 Giugno 2018) sotto l'impressione del vergognoso comportamento del nostro governo nelle recenti vicende di immigrazione e di salvataggi in mare.

progetti operativi di Frontex nella più recente versione Themis. Il problema, come ovvio, è quello, da un lato di garantire la salvezza in mare di chi naufraghi⁸, ma anche la “sicurezza in terra”, nel senso di garantire che ai migranti ai quali, con il nuovo strumento, non si garantisca l’arrivo in un paese europeo, sia assicurato in Libia un trattamento rispettoso dei diritti dell’uomo⁹.

Vale la pena di sottolineare, del tutto in via incidentale, come uno dei temi in discussione sia quello delle definizione effettiva di “porto più vicino sicuro”, se non altro per l’ovvio motivo che è solo nascondersi dietro un dito, negarsi il dato di fatto per il quale i migranti in fuga dalle coste libiche, hanno ovviamente come porti più vicini Malta e l’Italia e spesso innanzitutto Malta. Ma quest’ultima è un’isola di 316 km quadrati con circa 500.000 abitanti: immaginare che possa accogliere le decine di migliaia di migranti che fuggono attraverso la Libia e che trovano Malta come luogo più vicino, è fuori della realtà e pretenderlo è del tutto strumentale.

2.2.- Considerata, infine, la forte valenza esortativa delle iniziative in corso, comprese quelle di cui al paragrafo precedente, merita di essere approfondito il tema del valore delle decisioni esortative nella formazione di norme generali di diritto internazionale, per definire anche, in conseguenza, il modo in cui poter legittimamente pretendere dagli stati un comportamento conseguente ai principi elaborati in sede NU, Organizzazione delle Migrazioni e UE.

In tema soccorre certamente l’opinione dissidente del giudice CANÇADO TRINDADE alla Sentenza sulla controversia tra le Marshall Islands e L’India¹⁰, dove l’illustre Autore ricostruisce in maniera approfondita il meccanismo di formazione di norme di diritto internazionale generali (e quindi della *opinio iuris* che le determina) attraverso le risoluzioni, in sé solo esortative della AG delle NU¹¹.

Ovviamente il tema andrebbe molto approfondito, ma non è questo il luogo per farlo. Ma è un fatto che la gran parte delle disposizioni e delle azioni in materia, inclusa Themis, hanno una valenza esortativa o non formalmente obbligatoria. A parte il fatto che ciò facilita i tentativi di aggiramento e di elusione delle norme stesse, facilita l’affermazione della loro non obbligatorietà con ciò che ne consegue. Sarebbe invece molto importante approfondire il discorso in termini giuridici generali, alla luce di quanto detto qui sopra circa i meccanismi di formazione delle norme non scritte, obbligatorie!

⁸ Posto che si intenda davvero farlo. V. L. VOSYLIŪTE, *Is “Saving Lives at Sea” still a Priority for the EU?*, in <https://eu.boell.org/en/2018/04/19/saving-lives-sea-still-priority-eu>

⁹ V. sul punto S. CECININI: *Frontex: Operazione Themis sostituisce Triton ed istituisce nuove regole*, in <http://sicurezzainternazionale.luiss.it/2018/02/01/frontex-operazione-themis-sostituisce-triton-istituisce-nuove-regole/>, v. anche le forti perplessità espresse da F. CAFFIO, *Migranti: Frontex da Triton a Themis: UE prova a regionalizzare*, in <http://www.affarinternazionali.it/2018/02/migranti-frontex-triton-themis-ue/>, A.G. DIBENEDETTO, *Operation Themis and its meaning for Italy*, in <https://www.cesi-italia.org/contents/Operation%20Themis%20impaginatio%20Eng.pdf>

¹⁰ CIG, *Obligations concerning negotiations, relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament*, 5.10.2016, *JCJ Reports*, 2016 p. 255 ss.

¹¹ Sul punto, di recente, v. B.S. CHIMNI, *Customary international law: a third world perspective*, in *AJIL*, 2018, p. 1 ss.