

PREFAZIONE

L'ECLISSI DEL DIRITTO

di Livio Pepino

C'è un *mantra* che percorre l'Unione europea, un accordo ferreo che unisce, senza eccezioni, gli Stati che la compongono. Divisi su (quasi) tutto, essi si ritrovano su un punto: limitare al massimo gli ingressi di migranti nel territorio dell'Unione, chiudere e presidiare le frontiere. Alcune eccezioni, come quella dell'accoglienza degli ucraini in fuga dalla guerra, non fanno, con la loro unicità, che confermare la regola. Variano le modalità operative (più o meno stringenti e vessatorie) ma l'assunto non viene messo in dubbio: possono, e ancor più potranno, circolare le merci (salvo qualche balzello imposto dai nazionalisti più impenitenti), ma quel che vale per loro non vale per le persone. Le conseguenze sono drammatiche, come descritto nelle pagine che seguono. A tale descrizione può essere utile far precedere, come inquadramento generale, alcune considerazioni.

Il concetto chiave per definire le politiche migratorie è racchiuso in un termine, solo all'apparenza opposto a quello che dà il titolo a questo volume: "fuori". È questo il non luogo dove devono stare i migranti, ridotti a non persone: un territorio privo (in linea di principio) di riferimenti spaziali, non importa dove collocato,

purché lontano e invisibile ai nostri occhi. Ed è un non luogo presidiato da divieti, muri, respingimenti, riammissioni e, a rinforzo, da luoghi -questi sì definiti- di contenimento, collocati oltre i confini (“fuori” appunto) o, comunque, funzionali all’allontanamento. Siamo di fronte al disprezzo, all’annientamento dei corpi dei migranti, da rendere invisibili. Come nelle politiche di colonizzazione, in cui i corpi dei colonizzati erano ridotti a cose, in patria o in un “fuori” dove erano deportati come schiavi. Lo strumento di questo annientamento è, oggi, il confine, fatto per disegnare la differenza tra noi e loro, di cui non ci importa né ci interessa nulla.

Come il colonialismo e il razzismo è un’impostazione priva di qualsivoglia fondamento razionale. Per molte ragioni.

Anzitutto, i confini non esistono, neppure quelli, come i mari e le montagne, non disegnati da sovrani o da cartografi, e all’apparenza “naturali”: ché i mari sono, prima di tutto, luoghi di collegamento e di rapporti e le montagne sede, sull’uno e sull’altro versante, di comunità che vivono la stessa vita, hanno le stesse abitudini e tradizioni e, spesso, parlano la stessa lingua. Lo ha scritto, lapidariamente, Immanuel Kant, il filosofo della modernità: “Sulla Terra, essendo sferica, gli uomini non possono disperdersi isolandosi all’infinito, ma devono da ultimo rassegnarsi a incontrarsi e a coesistere. Nessuno ha in origine maggior diritto di un altro a una porzione determinata della Terra”.¹

Il corollario è che gli uomini e le donne, così come hanno diritto di respirare l’aria e di bere l’acqua, hanno diritto di calpestare la terra e di viverci sopra.

In secondo luogo, la storia del mondo è storia di migrazioni, cioè di popoli che si spostano. Come ha scritto un’importante studiosa di fenomeni migratori, Sarah Collinson, “nessuna società è statica e la storia d’Europa, al pari di quella di ogni continente, è stata caratterizzata a ogni suo stadio da significativi movimenti migratori. Anche dopo la fine del cosiddetto periodo della grande migrazione che seguì al crollo dell’impero romano, la mappa etnica dell’Europa continuò a subire trasformazioni a

opera di periodiche conquiste e movimenti migratori. Come ha osservato Kulischer, nel 900 dopo Cristo 'l'Europa era entrata nell'epoca della sedentarietà. Eppure, a quel tempo non vi era un solo tedesco a Berlino, né un russo a Mosca, né un ungherese a Budapest... Costantinopoli esisteva ma gli unici turchi che vi vivevano erano alcuni schiavi e alcuni mercenari'".² L'Europa moderna è nata così e si è assestata attraverso spostamenti di popoli avvenuti per le ragioni più diverse (come attestano i ceppi linguistici distribuiti al suo interno in modo apparentemente disordinato). L'attuale popolazione degli Stati Uniti d'America era sconosciuta in loco appena 600 anni fa e meno del due per cento degli abitanti dell'Australia è erede degli indigeni che la abitavano a fine del Settecento, allorché vi approdarono i primi colonizzatori inglesi. E, in Europa, siamo tutti meticci. Non c'è dunque, nella dimensione dell'umanità, alcun "fuori".

Oggi, poi, è in atto una vera e propria risistemazione della popolazione del mondo, imposta da spinte demografiche, economiche, politiche, religiose. Una risistemazione un tempo concentrata principalmente in Asia, Africa e America e attualmente senza limiti territoriali, sia per la maggior possibilità di spostamento sia per gli effetti del sistema dell'informazione, che irradia a livello planetario l'immagine dei "paradisi" dell'Occidente. Basti dire, per limitarsi a un esempio, che dal 1970, e dunque in poco più di cinquant'anni, gli ispanici immigrati residenti negli Stati Uniti d'America, nonostante le politiche proibizionistiche in atto, sono passati da nove a 62,5 milioni (su una popolazione totale di 335 milioni). A spostarsi sono interi popoli. Si calcola che siano almeno 300 milioni, più del tre per cento della popolazione mondiale, le persone che hanno lasciato il proprio Paese per vivere in un'altra nazione a fine 2023.

Il fatto è che le migrazioni sono fenomeni naturali: crescono, diminuiscono o si arrestano per spinte molteplici, tali da rendere inadeguate le tradizionali classificazioni (migrazioni economiche e politiche, volontarie e involontarie etc.) e sempre più esile la distinzione tra immigrazione *tout court*, rifugio umanitario e

asilo. Nelle fasi di espansione è impossibile arrestarle. Come è impossibile fermare il mutare delle stagioni, il passare del tempo, lo scorrere dei fiumi. Non c'è Paese al mondo o epoca della storia in cui, in presenza di forti spinte espansive, le politiche di stop abbiano costituito un argine permanente alle migrazioni. Le barriere di filo spinato alte diversi metri, i muri e le recinzioni realizzate negli ultimi anni sui confini orientali dell'Europa (per una lunghezza di quasi 200 chilometri), i pattugliamenti e le violenze di militari e polizia realizzati in tutte le frontiere calde del nostro continente hanno creato sofferenze individuali enormi e prodotto una violenta e feroce selezione naturale, ma non hanno frenato i flussi migratori (inevitabili non solo in uscita ma anche a valle, per equilibrare e compensare i deficit demografici dei Paesi di arrivo).

Ciò impone una prima conclusione. Le politiche di blocco non incidono, nel medio periodo e nei grandi numeri, sull'entità dei flussi migratori. Ma non sono casuali né immotivate. Servono ad altri scopi. Non solo a quello, indecente quanto occasionale, di costruire le fortune elettorali di alcune forze politiche. Servono, in particolare, ad affermare, nel concreto delle esistenze mortificate e nell'immaginario collettivo, una asserita superiorità occidentale, in diretta continuità con il colonialismo dei secoli scorsi: lo dimostra, da ultimo, la già ricordata accoglienza che l'Europa ha riservato in meno di due anni a oltre otto milioni di ucraini fuggiti dalla guerra, uguali, in questo, ai siriani, agli afgani o ai palestinesi, ma a differenza di questi, omogenei a noi occidentali per caratteristiche somatiche e accomunati da vicende storiche. E servono, soprattutto, per riorganizzare i sistemi dei Paesi "ricchi", in crisi sociale ed economica, nei quali reintroducono, con la categoria degli irregolari (cioè dei migranti entrati "illegalmente" e, per questo, privi di diritti o titolari di diritti dimezzati), l'istituto premoderno del doppio livello di cittadinanza. C'è, nelle attuali politiche migratorie, un secondo concetto chiave, evocato dall'espressione "chiusi dentro" che dà il titolo a questo libro.

Per consentire di tenere i migranti “fuori” dall’Europa non sono sufficienti i muri, i respingimenti e gli allontanamenti. Occorre fermare, arrestare, trattenere i corpi di chi cerca di eludere i divieti. E lo si fa con la violenza, la contenzione, la “chiusura”. Questi strumenti non sono un “di più” ma sono coesenziali alla politica del respingimento. Lo dimostrano le descrizioni contenute nelle pagine che seguono: le mortificazioni e le violenze non sono (solo) frutto del sadismo di alcuni (che pure esiste). Sono, al contrario, una necessità per garantire la sopravvivenza di questo sistema.

Sta qui la genesi dei campi di confinamento che costellano con impressionante continuità i confini orientali dell’Unione europea, affiancando i campi di detenzione (dichiaratamente destinati a consentire il rimpatrio dei migranti cosiddetti illegali) nei principali Paesi di approdo del vecchio continente. La loro descrizione colma una lacuna della pubblicistica sull’immigrazione e consente di ricostruire il *fil rouge* che li lega.

I campi (o centri) in cui sono ammassati -o si ammassano- i migranti sono di diversi tipi: esterni all’Unione europea o a essa interni; istituzionali o informali; privi di ogni decenza o con una parvenza di “umanità”. Pur nella loro diversità, opportunamente segnalata nel saggio di Gianfranco Schiavone, hanno una caratteristica comune: trattengono, fermano e, insieme, umiliano, inferiorizzano. Ancora una volta riducono i migranti a non persone.

Primo. Il ricorso alla contenzione e alla chiusura per garantire gli inclusi dalla minaccia degli esclusi e per inferiorizzare questi ultimi è, nella storia, una costante. Basti ricordare che, nel Medioevo, i poveri, e con essi i “forestieri”, vennero considerati, volta a volta, peccatori, parassiti, esseri antisociali simili al demonio e meritevoli, per questo, di punizione. Ciò diede la stura a una serie di interventi repressivi o di espulsione sempre più penetranti. Così nel Cinquecento dilagarono bandi, leggi e ordinanze dirette a colpire mendicanti, forestieri e vagabondi,³ aprendo la strada al secolo della “grande reclusione”, come venne definito

il Seicento. E fu un fiorire di case di correzione, di ospedali, di depositi di mendicità, di prigioni, di istituzioni totali, all'insegna, appunto, della contenzione. Superfluo aggiungere che l'altra faccia dell'internamento era la punizione per chi trasgrediva le regole a esso connesse. In Francia, ancora alle soglie della rivoluzione borghese, l'essere sorpresi a mendicare era fonte di sanzioni assai gravi: dapprima l'internamento per almeno due mesi nell'ospedale generale; poi, la seconda volta, una reclusione crescente e la marchiatura con la lettera M (iniziale di *mendant*); infine, in caso di ulteriore recidiva, anni di lavoro forzato sulle galere per gli uomini e di segregazione nell'ospedale generale per le donne (in entrambi i casi aumentabili a beneplacito dei tribunali). Si potrebbe continuare a lungo, ma tanto basta a dimostrare che il modello di governo attraverso la contenzione ha attraversato i secoli.

Secondo. Lo stesso termine "campo", che definisce genericamente i centri di detenzione per migranti, si ricollega alle pratiche coloniali di confinamento e di isolamento, per imprigionare e disciplinare i corpi dei colonizzati ed escluderli dall'ordine dei colonizzatori. L'umiliazione e l'inferiorizzazione si affiancano -allora addirittura prevalendo- allo scopo di tenere materialmente "fuori" dai confini chi cerca di attraversarli. Lo si vede anche nelle caratteristiche dei "centri-campi" gemelli previsti, nel nostro Paese, per il rimpatrio, in cui il limite temporale di permanenza, dilatato fino a 18 mesi, è funzionale a trattenere ancor più che a respingere, posto che la quota di respinti, all'esito del trattenimento, è inferiore al 50% degli ospiti.

Terzo. Anche il trattenimento generalizzato dei migranti, come le politiche di stop, serve a ridisegnare il sistema sociale e politico delle democrazie occidentali in crisi. Non solo si introduce il doppio livello di cittadinanza ma, attraverso la reclusione senza reato (categoria comprensiva del trattenimento coatto e della detenzione amministrativa), si negano le conquiste fondamentali della modernità, a cominciare dall'*habeas corpus*. I respingimenti e la contenzione dei migranti chiamano in causa un soggetto

immancabile: il diritto, inteso come regola di convivenza. Un soggetto necessario ma, insieme, ambivalente e debole. La storia è lì a dimostrarlo. Il diritto di emigrare e di risiedere nei territori a cui si accede è il più antico dei diritti naturali, proclamato alle origini della civiltà giuridica moderna. All'epoca della "conquista" delle Americhe, lo *ius migrandi* fu configurato dal teologo spagnolo Francisco de Vitoria, nelle sue *Relectiones de Indis*, svolte nel 1539 all'Università di Salamanca, come un diritto naturale universale e, insieme, come il fondamento del nascente diritto internazionale. L'importanza e la precisione dei concetti meritano una lunga citazione:

Parlerò ora dei titoli legittimi e pertinenti in forza dei quali è stato possibile sottoporre gli indigeni all'autorità degli Spagnoli: 1) il primo titolo è il principio che possiamo chiamare della naturale socialità e comunicazione tra gli uomini; 2) se ne può trarre una prima conseguenza: gli Spagnoli hanno il diritto di circolare in quei territori e di stabilirvisi, senza però procurar danno agli indigeni, i quali non possono opporvisi. [...]

Per diritto naturale ci sono beni comuni, come l'acqua corrente, il mare, i fiumi e i porti, presso i quali, da qualunque parte provengano, è permesso alle navi, in base al diritto delle genti, di approdare. Si tratta infatti di beni di pubblica utilità. Per questo non è consentito a nessuno privare taluno del loro godimento. Ne deriva che gli indigeni recherebbero offesa agli Spagnoli se vietassero loro l'accesso ai loro territori. [...]

Se poi i barbari volessero proibire agli Spagnoli l'esercizio dei suddetti diritti, come per esempio l'esercizio del diritto di commercio, allora gli Spagnoli dovranno da prima, con la ragione e la persuasione, manifestare scandalo e mostrare che non sono venuti per nuocere ma per essere pacificamente ospitati e per circolare. [...] Dopo di che, esposte queste ragioni, se i barbari non le dovessero accettare ma reagissero con violenza, allora gli Spagnoli ben potranno difendersi e fare tutto ciò che conviene alla loro sicurezza, dato che *vim vi repellere licet*. Non solo. Po-

tranno altresì, se non ci saranno altri modi per tutelarsi, armarsi e respingere le offese con la guerra.⁴

Si tratta di considerazioni giuridicamente raffinate e di notevole apertura, ancorché dettate, in concreto, dal contingente interesse di legittimare la conquista spagnola del Nuovo mondo.

A esse continuarono a fare riferimento, nei secoli successivi, le potenze europee impegnate nella colonizzazione del Pianeta. Grazie alla loro modernità, peraltro, esse sopravvissero alla contingenza e influenzarono anche il pensiero illuminista lasciando traccia in un testo giuridico fondamentale per il diritto contemporaneo come l'*Acte constitutionnel* allegato alla Costituzione francese dell'anno primo (1793) che attribuiva i diritti di cittadino, al pari dei nati in Francia, a "ogni straniero che, domiciliato in Francia da un anno, vi viva del suo lavoro, o acquisti una proprietà, o sposi una cittadina francese, o adotti un bambino, o mantenga un vecchio o sia giudicato dal Parlamento aver ben meritato nei confronti dell'umanità". Di questa impostazione resta il riconoscimento contenuto nell'articolo 13, secondo comma, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo cui "ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio Paese", ripreso da gran parte delle Costituzioni europee, inclusa quella italiana, che, nell'articolo 35, quarto comma, afferma che "la Repubblica riconosce la libertà di emigrazione" e, nell'articolo 10, terzo comma, che "lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge". Il senso profondo di queste disposizioni risulta da molti interventi svolti in sede di Assemblea costituente. Tra gli altri, quello dell'on. Francesco Maria Dominedò, che mette bene in luce la vocazione universalista della nostra Costituzione: "Chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che

domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell'uomo alla piena espansione della propria personalità e quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli”.

Come si è visto, peraltro, questa disciplina inclusiva è, nel nuovo millennio, solo un ricordo (o una innocua celebrazione), ché il prevalere delle spinte protezionistiche e securitarie ha provocato ovunque, fin dagli ultimi decenni del secolo scorso, un irrigidimento dei sistemi giuridici nazionali e sovranazionali, che negano senza eccezioni l'universalità e la reciprocità del diritto di migrare e configurano la cittadinanza come veicolo di esclusione. Si pone in questo contesto, caratterizzato da molte contraddizioni, una domanda: c'è, a tutela dei diritti fondamentali dei migranti, uno spazio per il diritto, per i giuristi e per i giudici?

La risposta non è facile né scontata, ma non mancano alcune indicazioni positive, riassunte da Luigi Ferrajoli in questi termini: “Oggi il rapporto tra diritto e politica, tra giurisdizione e legislazione, tra cultura giuridica e cultura politica si è ribaltato: mentre la giurisdizione, sostenuta da una cultura giuridica in gran parte informata ai principi costituzionali, svolge un ruolo di tutela dei diritti, la politica e la legislazione svolgono il ruolo opposto di aggressione e restrizione dei diritti, non attuando ma al contrario riducendo le loro garanzie primarie”.⁵

Forse è un'indicazione troppo ottimistica, ma in quella prospettiva si muovono alcune significative pronunce delle Corti europee e di giudici nazionali. Con ricadute significative sull'intero sistema nonostante le contestazioni di esorbitanza mosse da ampi settori della politica e benché sia illusorio (e pericoloso) pensare che la giurisdizione possa sostituirsi alla politica come motore della convivenza civile. In ogni caso, quella giudiziaria è una strada che può risolvere casi specifici e, per il loro tramite, aprire una dialettica tra le istituzioni e nella società. Ed è importante che, in suo sostegno, emergano, proprio dal mondo dei giuristi e dei giudici,⁶ voci significative come quella dell'esecutivo di Magistratura democratica (riguardanti, in realtà, la

questione della guerra ma suscettibili di eguale applicazione anche alle migrazioni):

Dinanzi a situazioni che violentano e terrorizzano i popoli e scuotono le coscienze e il senso di umanità più elementare, nessuna persona può girare lo sguardo altrove: men che meno i giuristi, per quanto complesse e intricate siano le questioni che chiamano in causa non solo la politica e l'etica, ma anche il diritto, portatore di razionalità, di equilibrio e di moderazione nella regolazione dei rapporti di forza al fine di evitare la deflagrazione e l'aggravamento di conflitti sino a esiti catastrofici per il mondo intero. [...] Il ruolo dei giuristi non è marginale. Essi possono, e perciò devono, concorrere al difficile ed enorme lavoro per contrastare la deriva culturale, politica e istituzionale che il clima di guerra ha innescato, con rischi di travolgimento di ogni regola di diritto e di elementare umanità. [...] L'eclissi del diritto come criterio di orientamento della condotta degli Stati non solo compromette la convivenza pacifica nelle relazioni internazionali, ma rischia di determinare anche l'appannamento del ruolo e del senso del diritto interno come criterio di orientamento delle condotte dei cittadini di fronte ai conflitti prodotti dalle tante crisi che minano la coesione e il senso di comune appartenenza alla civiltà umana. [...] Crediamo che, anche nelle relazioni internazionali, il diritto possa e debba essere strumento di garanzia".⁷

È un appello che riprende una lucida constatazione di uno dei più autorevoli storici del diritto contemporanei, Raoul Van Caenegem: "È innegabile che i giuristi siano spesso stati servi e strumento del potere, qualunque esso fosse; ma questo non significa che si debbano dimenticare quegli altri che hanno seguito la loro coscienza e le loro idee, indipendentemente da o perfino contro chi governava il mondo".⁸

Note

1. I. Kant, "Per la pace perpetua, 1795.

2. S. Collinson, *Le migrazioni internazionali e l'Europa*, Bologna, 1994, 69.

3. Una ricca documentazione al riguardo può leggersi in P. Camporesi (a cura di), *Il libro di vagabondi*, Einaudi, Torino, 1973. Merita riprodurre, anche per la loro sorprendente modernità, alcuni stralci di un'ordinanza della Toscana del '500: "Vagabondi, birboni, cantimbanchi, ciarlatani e simili persone oziose forestiere, che vanno furfantando per non lavorare, benché siano abili, sono comandati sgombrare dalli Stati di Sua Altezza Serenissima fra tre giorni, e proibiti venirci, e lasciarsi entrare per l'avvenire, ed essere ricettati dagli osti, taverrieri o spedali, e da qualsivoglia altra persona, sotto pena a detti furfantoni maggiori d'anni 15 della galera a beneplacito, e alli minori di detta età e alle donne della frusta" (ivi, p. 401 ss.).

4. Francisco de Vitoria, *De indis recenter inventis relectio prior* [1539]. Le citazioni sono tratte da L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, 1997, capitolo I.

5. <https://volerelaluna.it/cultura/2018/12/06/magistratura-democratica-e-il-rinnovamento-della-cultura-giuridica/>.

6. Un fermo richiamo in questa direzione si trova anche in una fonte imprevedibile: il Discorso di papa Francesco ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'Associazione internazionale di diritto penale del 15 novembre 2019, in cui, tra l'altro, si legge: "La prima cosa che dovrebbero chiedersi i giuristi oggi è che cosa poter fare con il proprio sapere per contrastare l'attuale modello di esclusione che infierisce con violenza su coloro che patiscono nel presente i suoi costi sociali ed economici e che mette a rischio le istituzioni democratiche e lo stesso sviluppo dell'umanità. In concreto, la sfida presente per ogni penalista è quella di contenere l'irrazionalità punitiva, che si manifesta, tra l'altro, in reclusioni di massa, affollamento e torture nelle prigioni, arbitrio e abusi delle forze di sicurezza, espansione dell'ambito della penalità [...] e ripudio delle più elementari garanzie" (volerelaluna.it/materiali/2019/11/20/il-papa-e-la-giustizia-penale).

7. magistraturademocratica.it/articolo/la-necessita-della-pace-la-necessita-del-diritto.

8. R.C. Van Caenegem, *I signori del diritto*, Milano, 1991 [ed. originale: *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge, 1987], p.136.