



La tutela dei diritti umani nel bacino del Mediterraneo

a cura di Francesca Galgano



Università degli Studi di Napoli Federico II

Cultura delle differenze

Diritto, conoscenza, formazione

5

Culture of diversity
Law, science, education

Created and edited by

Francesca Galgano Concetta Giancola Francesca Marone

This series aims to contribute to a critical understanding of social, cultural and gender discrimination, targeting primarily on the results of the most recent in-depth research regarding diversity in a transdisciplinary perspective. Particular attention will be given to the socio-economic and legal aspects – as well as their outcome – related to education and science, in order to promote within the various spheres of society, greater awareness of and respect for equal opportunities.

Cultura delle differenze
Diritto, conoscenza, formazione

Creata e diretta da

Francesca Galgano Concetta Giancola Francesca Marone

La collana intende fornire un contributo scientifico alla comprensione critica delle discriminazioni sociali, culturali e di genere, con l'obiettivo innanzitutto di divulgare i risultati delle più recenti indagini sui temi dell'inclusione sociale e della cultura delle differenze in prospettiva inter- e transdisciplinare. Particolare attenzione sarà rivolta poi agli aspetti socio-economici e giuridici – nonché alle loro ricadute – nell'ambito della formazione e dello sviluppo della conoscenza, al fine di promuovere entro i vari settori della società maggiore consapevolezza delle problematiche dell'uguaglianza dei diritti e del rispetto delle pari opportunità.

Comitato scientifico

Scientific Committee

Emma Buondonno, Univ. Napoli Federico II

Francesca di Lella, Univ. Napoli Federico II

José González-Monteagudo, Univ. Siviglia

Irina Evgenievna Kalabikhina, Univ. Statale Mosca Lomonosov

Olga Anatolyevna Khasbulatova, Univ. Statale Ivanovo

Francesca Lamberti, Univ. Lecce

Mariarosa Anna Beatrice Melone, Univ. Campania L. Vanvitelli

Giuseppina M. Oliviero Niglio, Univ. Campania L. Vanvitelli

Federico Putaturo Viscido, Univ. Napoli Federico II

Rosabel Roig Vila, Univ. Alicante

Luigi Maria Sicca, Univ. Napoli Federico II

Fabrizio Manuel Sirignano, Univ. Napoli Suor Orsola Benincasa

Stefania Torre, Univ. Napoli Federico II

Simonetta Ulivieri, Univ. Firenze

Rossana Valenti, Univ. Napoli Federico II

Comitato di redazione

Editorial Board

Marinella Rotondo con Francesca Buccini, Aldo Del Monte,

Maria Sarah Papillo, Cesare Pozzuoli, Maria Romano, Pierluigi Romanello

La tutela dei diritti umani nel bacino del Mediterraneo

a cura di Francesca Galgano

Federico II University Press



fedOA Press

La tutela dei diritti umani nel bacino del Mediterraneo / a cura di Francesca Galgano.
– Napoli : FedOAPress, 2021. – 160 p. ; 21 cm. – (Cultura delle differenze : diritto,
conoscenza, formazione ; 5)

Accesso alla versione elettronica:
<http://www.fedoabooks.unina.it>

ISBN: 978-88-6887-112-3

DOI: 10.6093/ 978-88-6887-112-3

In copertina: Veduta delle Terme di Antonino a Cartagine (Tunisia). Ph. Nataliya Hora (123RF)

La pubblicazione avviene con il patrocinio del “Comitato Unico di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni” dell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

Editing: Maria Sarah Papillo, Pierluigi Romanello
Tutti i link sono stati controllati il 23 dicembre 2021

© 2021 FedOAPress - Federico II University Press
Università degli Studi di Napoli Federico II
Centro di Ateneo per le Biblioteche “Roberto Pettorino”
Piazza Bellini 59-60
80138 Napoli, Italy
<http://www.fedoapress.unina.it/>
Published in Italy
Prima edizione: dicembre 2021
Gli E-Book di FedOAPress sono pubblicati con licenza
Creative Commons Attribution 4.0 International

I volumi pubblicati nella presente collana sono sottoposti a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*)

Il volume accoglie le riflessioni suscitate da un Convegno napoletano svoltosi presso l'Università Federico II e dedicato alla tutela dei diritti umani nel bacino del Mediterraneo lo scorso 8 marzo 2021, arricchite da quelle provenienti dalla felice collaborazione con gli studiosi degli atenei – circa trenta – che aderiscono al M.U.N.A. (Mediterranean and MiddleEast University Network Agreement), una rete coordinata dal Professor G. Sammartino.

Le voci si confrontano sul ruolo della donna, sui diritti dei migranti, sugli avvocati in pericolo, sul diritto di asilo, su detenute e martiri, infine sulle problematiche legate ai matrimoni interreligiosi nei paesi che si affacciano sul Mediterraneo: temi di sempre più stringente attualità e per i quali il confronto transdisciplinare si rivela prezioso sia per gli aspetti scientifici, che per il potenziale educativo che il dialogo porta con sé.

Il convegno e la pubblicazione del volume rientrano fra le attività nell'accordo internazionale finanziato con l'Università di Tunis El Manar, di cui sono responsabile scientifica, e sono solo il primo passo di un cammino che percorreremo all'interno del M.U.N.A.

Ringrazio infine il Comitato Unico di Garanzia dell'Università Federico II – di cui mi onoro di fare parte dal 2015 nella componente eletta dei docenti – per il patrocinio.

Francesca Galgano
Napoli, 10 Dicembre 2021

Indice

Saluti

Gilberto Sammartino, <i>La tutela dei diritti umani nel bacino del Mediterraneo</i>	11
Guido D’Urso, <i>La cooperazione universitaria per la formazione nei Paesi in via di sviluppo</i>	13
S. E. Mme Beya Ben Abdelbaki, <i>Il caso tunisino</i>	17
Alberto Lucarelli, <i>Diritti umani e bacino del Mediterraneo. Brevi riflessioni in occasione del Convegno dell’8 marzo 2021</i>	19

Contributi

Sergio Zeuli, <i>Prospettive giuridiche per la concessione del diritto di voto agli stranieri soggiornanti di lungo periodo tra l’ordinamento giuridico italiano e quello tunisino</i>	23
Roberto Giovane di Girasole, <i>L’attività di osservazione internazionale dei processi</i>	45
Samah Saleh, <i>Encountering Israeli colonial power: the experience of arrest for Palestinian women political prisoners</i>	51
Antonio Foderaro, <i>Il matrimonio: fisiologia di un istituto giuridico nel contesto globalizzato</i>	67
Giovanni Zarra, <i>Ripudio islamico e ordine pubblico: riflessioni in margine a due recenti sentenze della Corte di Cassazione</i>	75
Zina Essid, <i>Migration clandestine dans le bassin méditerranéen</i>	85
Pierfrancesco Rossi, <i>Politica dei porti chiusi e tutela internazionale dei diritti umani</i>	103

Francesca Napoli, <i>Il diritto di asilo</i>	117
Pierluigi Romanello, <i>Cenni sulle rotte delle migrazioni nel Mediterraneo antico</i>	131
Hussam (Majid) Kana'neh, <i>Il sequestro dei corpi dei martiri: un lungo viaggio nella sofferenza fra 'la tomba aperta' e 'la perdita ambigua'</i>	139

Saluti

Gilberto Sammartino

*La tutela dei diritti umani
nel bacino del Mediterraneo*

Il Convegno organizzato dalla Prof.ssa Francesca Galgano si inserisce nel quadro delle iniziative di grande qualità promosse dalla Federico II nell'ambito della sua funzione nel contesto internazionale.

Sono lieto, pertanto, di rappresentare il plauso del Magnifico Rettore a questo convegno ed in qualità di suo Delegato all'attività internazionale nell'ambito del Mediterraneo e Medio Oriente per l'Università di Napoli Federico II, mi corre l'obbligo di complimentarmi con la Prof.ssa Galgano per questo meeting, per la qualità e la puntualità degli argomenti trattati e per lo spessore internazionale dei Relatori coinvolti.

Napoli è centrale nella realtà del Mediterraneo sia da un punto di vista geografico che storico-culturale ed è quindi la sede naturale per gli argomenti trattati, che approfondiscono realtà

omogenee e pure antitetiche, difficili da capire, ma stimolanti da vivere.

Nel divenire della storia Mediterranea, la Tunisia ha rappresentato, rappresenta e probabilmente rappresenterà, un laboratorio di democrazia e in qualche modo un esempio.

La Primavera Araba nasce infatti in Tunisia, con la rivoluzione dei gelsomini, ed è l'unica rivoluzione gentile senza bagni di sangue e che ha portato ad una nuova democrazia che ancora oggi resiste: unico esempio nel panorama variegato e contraddittorio di questa primavera. La democrazia tunisina è una democrazia debole, talvolta contraddittoria seppur sufficientemente resiliente.

La debolezza non è intrinseca, ma legata alla situazione economica difficilissima, ancor più oggi nel periodo della pandemia.

Ritengo che l'Europa debba fare mea culpa per

Delegato del Rettore per l'internazionalizzazione, Responsabile scientifico M.U.N.A.: Mediterranean and Middle East University Network Agreement, Università Federico II di Napoli.

il mancato sostegno a questo processo democratico con finanziamenti strutturati e non episodici.

La scelta di questo Convegno proprio in questa data è un omaggio alla donna tunisina che ha rappresentato, rappresenta e rappresenterà un vero baluardo della democrazia che si è più volte evidenziato, anche con manifestazioni di piazza, quando la democrazia è stata messa in questi anni in difficoltà da suggestioni teocratiche: quale migliore omaggio di organizzare questo intervento, questa manifestazione, esattamente nel giorno della Festa della Donna!

Approfondire oggi il problema delle migrazioni è calarsi in una difficile contemporaneità soprattutto

per il miope convincimento che la migrazione sia una tragedia a prescindere.

È nostra convinzione che il governo dei flussi migratori, con una visione non preconcepita, possa trasformarsi in una risorsa per uno sviluppo integrato e sostenibile.

Il network delle Università del Mediterraneo e del Medio Oriente (M.U.N.A.) che vede la Federico II come capofila di una rete a cui hanno aderito 30 Università, si pone come strumento che, attraverso la condivisione della formazione pre- e post-laurea, sia capace di ottimizzare i processi integrativi creando un comune senso di appartenenza nell'ambito del 'sentire' Mediterraneo.

Guido D'Urso

*La cooperazione universitaria per la formazione
nei Paesi in via di sviluppo*

La cooperazione allo sviluppo rappresenta uno dei pilastri dell'internazionalizzazione dell'Università e si inserisce come elemento cardine non soltanto nella didattica e nella ricerca, ma anche e soprattutto nella terza missione, contribuendo con le proprie attività a realizzare concretamente l'idea di *diplomazia della conoscenza*, sempre più necessaria nella comprensione delle problematiche internazionali.

Fino alla fine degli anni novanta le attività delle Università italiane nel mondo della cooperazione allo sviluppo erano essenzialmente basate su rapporti bilaterali fra i singoli atenei e gli Istituti italiani di Cultura all'estero, in particolare quelli in Somalia, Etiopia, Libia e Tunisia. Solo a partire dai primi anni del nuovo millennio, anche sulla spinta dei progetti Europei, sono andate via via consolidandosi partnership con istituzioni accademiche

dei Paesi in Via di Sviluppo. Attraverso queste prime iniziative il mondo dell'Università italiana si è affacciato su realtà accademiche molto diverse, ricevendo nuovi stimoli ed opportunità di confronto. Pur arrivando con un certo ritardo e con finanziamenti di gran lunga ridotti rispetto ad altri Paesi, in primis U.S.A, U.K. e Francia, l'approccio italiano nel rapporto con le Università nei PVS è stato subito recepito da queste ultime in maniera diversa rispetto al tipico modello donatore-beneficiario, privilegiando relazioni di tipo paritario e improntate alla massima collaborazione e integrazione fra i due sistemi universitari a confronto.

A partire dai primi anni 2000 le iniziative di cooperazione universitaria si sono diffuse sempre più, unitamente alla crescente consapevolezza dell'importanza dell'internazionalizzazione del sistema universitario italiano. Nasce nel 2004 il progetto

Delegato del Rettore per la Commissione CRUI Cooperazione Internazionale allo Sviluppo, Università degli Studi di Napoli Federico II.

GuluNap (www.gulunap.unina.it), fra l'Università di Gulu in Nord Uganda e l'Ateneo Federico II per lo sviluppo della Facoltà di Medicina; l'accordo è stato poi esteso a partire dal 2007 alle Facoltà di Agraria e di Scienze (www.gulunap.unina.it/agraria/; www.gulunap.unina.it/scienze).

GuluNap ha contribuito a formare i ricercatori nord-ugandesi, inserendoli in percorsi di alta formazione in Italia (ad esempio, 3 lecturers hanno conseguito il Dottorato di Ricerca presso la Scuola di Dottorato di Agraria), ed esponendoli alle metodologie didattiche della Federico II attraverso i numerosi insegnamenti impartiti dai nostri visiting professors nelle Facoltà di Medicina, Agraria e Scienze di Gulu lungo un periodo di circa dieci anni. Per l'alto valore dei risultati conseguiti l'Università di Napoli Federico II è stata insignita nel 2012 del Premio Feltrinelli dall'Accademia dei Lincei.

Nel 2008, sulla base delle relazioni fra il Ministero degli Affari Esteri-Direzione Generale Cooperazione allo Sviluppo (DGCS) e la CRUI, nasce la prima iniziativa di rete fra le Università di Roma La Sapienza, Politecnico di Milano, Pavia, Ca' Foscari, Bologna Alma Mater, Firenze, Napoli Federico II, Bari Aldo Moro, Palermo, con la firma di una dichiarazione congiunta con la DGCS per una stretta collaborazione congiunta fra Atenei e MAE. Un primo risultato è la realizzazione di un database per la catalogazione di tutte le attività di cooperazione universitaria, il DaBaCu, in cui è stata rappresentata in maniera efficace la comunità

di docenti, studenti e personale occupata su questo tema. Nel 2010 risultano coinvolte 61 Università, con oltre 300 progetti, 44 corsi, webinar e approfondimenti periodici.

Parallelamente nasce il Coordinamento Universitario per la Cooperazione allo Sviluppo (CUCS) come un cluster spontaneo di Atenei e vengono organizzati su base periodica incontri e convegni. Il CUCS diventa una delle reti CRUI che oggi riunisce oltre 40 Atenei (www.retecucs.it/universita-a-derenti).

Nel corso dell'ultimo decennio le Università italiane hanno progressivamente intensificato le attività di cooperazione internazionale allo sviluppo, contribuendo anche ai processi di stabilizzazione in collaborazione con gli attori istituzionali, in primis il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (MAECI) e l'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (AICS), istituita con la Legge n.125/2014, la quale ha riordinato il quadro di riferimento della cooperazione, elevandola a parte integrante e qualificante della politica estera del Paese.

Una prima importante attività fra l'AICS ed il sistema universitario italiano è costituito dal programma triennale di formazione 'Partenariato per la conoscenza (PfK, Partnership for Knowledge)', grazie al quale oltre 100 studenti provenienti da PVS di interesse prioritario per l'Italia hanno seguito corsi di laurea magistrale e di dottorato presso 33 Università partecipanti. Il progetto, partito concretamente nel 2019, è stato organizzato in 4

piattaforme tematiche: Sviluppo rurale e gestione del territorio; Sanità e WASH (WATER Sanitation and good Hygiene); Energia sostenibile, ambiente e innovazione industriale; Patrimonio culturale e turismo sostenibile. Inizialmente il progetto PFK aveva previsto incontri periodici degli studenti nelle varie sedi universitarie, con l'obiettivo di costituire una rete internazionale per favorire scambi e contatti anche dopo la fine del percorso di studio. Purtroppo l'emergenza per il COVID, sorta 5 mesi dopo l'arrivo degli studenti in Italia, ha costretto alla modalità telematica sia per la didattica che per gli incontri previsti, limitando in maniera significativa l'impatto atteso.

Dall'A.A. 2021-2022 5 studenti somali frequentano corsi di laurea magistrale (in particolare presso i Dipartimenti di Medicina Veterinaria e di Economia, Management e Istituzioni) nell'ambito di un progetto strutturato in maniera simile a PFK, sempre con il finanziamento dell'AICS.

L'Università di Napoli Federico II, insieme a La Sapienza, Politecnico di Milano, Padova, Bologna e Firenze, ha istituito nel 2020 la Fondazione per la formazione universitaria nei Paesi africani (IHEA, Italian Higher Education with Africa), la cui finalità principale è la realizzazione di un progetto formativo-didattico a livello universitario in Africa. Come prima iniziativa concreta è stato avviato il primo Master di I livello in "Sustainable Management of Natural Resources and Cultural Heritage Empowering Higher Education in Africa" (www.masterafrica.polimi.it), a cui parteci-

peranno 35 ricercatori junior dei diversi Paesi del Corno d'Africa.

Tutte queste esperienze hanno dimostrato l'importanza delle reti e dei partenariati nella Cooperazione Universitaria non soltanto nella formazione ma anche nel favorire l'integrazione e la convivenza di diversi modelli culturali come chiave per lo sviluppo. In quest'ottica fin dal 2015 l'Università di Napoli Federico II si è fatta promotrice di una rete di Atenei del Mediterraneo e del Medio Oriente denominata M.U.N.A., *Mediterranean and Middle East University Network Agreement*, che oggi vede oltre 30 Università dal Marocco al Libano. Le attività di collaborazione nella didattica e nella ricerca all'interno del M.U.N.A. vengono così a creare legami che aiutano a superare le incomprensioni che dominano in un panorama così complesso come quello dei popoli del Mediterraneo e del Medio Oriente. È la traduzione pratica del concetto di diplomazia della conoscenza che sempre più, soprattutto per i grandi Atenei che si affacciano sul Mare Nostrum, come l'Università di Napoli Federico II, diventa un cardine della terza missione e dell'internazionalizzazione, con lo scopo preciso di rafforzare le relazioni attraverso la formazione e la ricerca, superando limiti talvolta imposti dalle politiche locali.

Questi ed altri esempi concreti verranno presentati nelle numerose sessioni tematiche del VII Congresso CUCS, organizzato congiuntamente dalle due Università degli Studi di Napoli Federico II e L'Orientale, a Napoli dal 21 al 23 aprile 2022 (www.cucsnapoli2022.it). Sarà un'occasio-

ne importante per approfondire i meccanismi e le procedure della *Open Science*, perché Nord e Sud del mondo affrontino insieme le sfide poste dalla sostenibilità delle città, dei terreni e dell'alimenta-

zione, del clima e della sanità, degli oceani e delle acque interne, dell'energia ecc., nel nuovo contesto del mondo multipolare in epoca pandemica e post-pandemica.

S. E. Mme Beya Ben Abdelbaki

Il caso tunisino

La Tunisia, sin dall'epoca post-indipendenza, aveva manifestato la sua volontà di modernizzare il paese e la società. Infatti, nel 13 agosto 1956, l'Assemblea costituente, come primo atto, aveva emanato il Codice di Statuto Personale che aveva dato e garantito i diritti civili e sociali della donna.

La Tunisia, perciò, può essere considerata uno stato pioniere in campo di diritti femminili nel mondo arabo musulmano. Tale Statuto ha concretizzato l'emancipazione della donna tunisina rendendola un caso unico nel mondo arabo e musulmano. Tra le principali conquiste dello Statuto ci sono l'abolizione della coercizione coniugale, il divieto della poligamia e il ripudio unilaterale. Il passo successivo è stato legalizzare l'aborto e riconoscere l'istituto della adozione.

Il progetto politico di quella epoca era ben consapevole che non bastava emanare le leggi ma bisognava avere un terreno fertile per l'attuazione di ciò che è stato sancito. Per raggiungere tale meta lo

Stato si articolava intorno a tre assi: politico, sociale ed educativo. Infatti il governo aveva pianificato un piano per combattere il primo e diffuso nemico sociale, l'analfabetismo. La nuova scuola deve avere determinate caratteristiche. Essa deve essere moderna, unificata, gratuita e universale. La scuola diventa presente sul tutto il territorio nazionale tunisino, anche nelle zone più remote.

Il modello tunisino del 1956 fu unico rispetto a tutti gli altri paesi arabi che hanno ottenuto la loro indipendenza. Ciò non è strano per questa terra di civiltà millenaria sin dall'antichità, che ha sempre saputo intrecciare legami commerciali e culturali con gli altri popoli vicini del bacino Mediterraneo. Ancora prima della occupazione francese la Tunisia ebbe la sua prima costituzione e abolì la schiavitù.

L'eccezione della Tunisia si è evidenziata non soltanto durante il periodo della Prima Repubblica ma anche dopo la Rivoluzione del Gelsomino del

Console della Repubblica di Tunisia per la circoscrizione Sud Italia a Napoli.

14 gennaio 2011. Essa è stata un evento, come ben noto, decisivo verso il raggiungimento del traguardo democratico tanto atteso dal popolo tunisino.

Dopo alcuni mesi la Tunisia ha visto svolgersi le prime elezioni libere della sua storia e Beji Caïd Essebsi è stato proclamato primo Presidente tunisino eletto democraticamente. Deceduto prima di portare a termine il suo mandato, nel 2019, gli è succeduto l'attuale Presidente della Repubblica di Tunisia Kaïs Saïed, con il 72,71% dei voti.

Con la nuova Costituzione che tutela i diritti acquisiti delle donne, già contemplati nel Codice dello Statuto Personale del 1956, oltre a proteggere la parità e l'uguaglianza di opportunità sono state assunte le misure necessarie per sradicare ogni forma di violenza sessista. Infatti le discriminazioni salariali fra uomini e donne sono considerati reati penali.

Lo Stato tunisino ha ribadito come proprio indirizzo sociale quello di mettere in primo piano la tutela della donna.

L'attuale legge elettorale determina, con il meccanismo dell'alternanza dei sessi nelle liste, un'effettiva parità degli eletti. Attualmente la quota rosa nell'ambito politico, specificamente nel parlamento, occupa la quota del 23%. Inoltre, tra magistrati, medici e studenti, la donna tunisina rappresenta circa il 70% di queste forze lavorative e sociali.

Nel 2015 il legislatore ha permesso alle madri di viaggiare insieme ai loro figli minorenni senza la necessità dell'autorizzazione del padre.

Durante l'anno 2017 sono state emanate delle leggi di estrema importanza grazie alle quali la Tu-

nisia ha aderito in pieno alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948 e si è andata conformando alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziali, alla quale il paese nordafricano aveva già aderito il 13 dicembre 1993.

In questo modo la terra del gelsomino ha eliminato delle gravi anomalie giuridiche. Il 13 agosto 2017, in occasione della Giornata Nazionale della Donna, l'ex Presidente della Repubblica Beji Caïd Essebsi ha tenuto un discorso alla nazione, annunciando una legge che rappresenta uno spartiacque con la tradizione religiosa abolendo il divieto d'unione tra una cittadina tunisina e un soggetto di fede non musulmana. Nello stesso anno, con una seconda legge adottata a luglio ed entrata in vigore il primo febbraio 2018, il legislatore allarga considerevolmente la sfera della definizione delle violenze che potrebbero essere esercitate sulle donne. Essa non riconosce solo la violenza fisica ma anche quella psicologica, morale ed economica. Lo stesso testo penalizza le molestie sessuali. Di conseguenza il Ministero degli interni tunisino ha annunciato la creazione di due nuove unità specializzate nelle indagini legate ai crimini di violenza contro le donne.

Ricordiamo che il Codice di Stato Personale, dettato nel 1956, contiene numerose disposizioni ispirate largamente al testo religioso musulmano, il Corano. Sicché l'illegalità di successione rimane l'ultimo handicap da superare per la donna tunisina che tra l'altro è sempre più vicina alla conquista di questo traguardo.

Alberto Lucarelli

*Diritti umani e bacino del Mediterraneo.
Brevi riflessioni in occasione del Convegno dell'8 marzo 2021*

In un momento in cui l'Egitto propone di modificare il diritto di famiglia che intende introdurre il permesso di un uomo a carico della donna per sposarsi, per decidere sulla salute dei figli, per viaggiare. In un momento in cui in Turchia si vietano le bandiere arcobaleno durante le proteste dell'8 marzo, io credo che mai come in questo momento l'Europa, nello specifico l'Italia, deve guardare con attenzione i Paesi del Bacino del Mediterraneo. In particolar modo quei Paesi come la Tunisia che ha pagato un prezzo molto alto per la guerra di Libia: dalla caduta di Gheddafi nel 2011 ha perso almeno 300mila posti di lavoro, tra fissi e frontalieri. Una crisi umanitaria, economica, sociale! La Tunisia è l'unico Paese delle primavere arabe ad aver intrapreso, dopo la caduta di Ben Ali nel 2011, un percorso democratico, messo continuamente in difficoltà da molte insidie, in particolare dalla diffusione dell'estremismo, al punto che sono stati circa settemila

i tunisini che negli anni passati si sono arruolati con l'Isis. C'è una crisi sociale che destabilizza nel bacino del Mediterraneo anche Paesi quali la Tunisia. Oltre ai giornalieri e al comparto dell'economia informale, 400mila lavoratori della zona costiera quest'anno resteranno a casa: il settore del turismo, il 20% dell'economia del Paese, è in piena crisi a causa della chiusura delle frontiere.

Nelle Regioni dell'entroterra e del sud del Paese il tasso di disoccupazione giovanile sfiora il 35% mentre la crisi sanitaria ha contribuito a peggiorare notevolmente condizioni di vita già estremamente precarie.

Nella regione di Tataouine (Sahara tunisino), tra le più povere del Paese, dopo il lockdown i giovani disoccupati hanno ricominciato a protestare chiedendo al Governo l'applicazione di un accordo firmato nel 2017 che avrebbe dovuto garantire la creazione di nuovi posti di lavoro grazie al coinvol-

Responsabile scientifico dell'accordo internazionale con l'Università di Sousse, Università Federico II di Napoli.

gimento delle imprese petrolifere che operano nella zona, tra cui l'italiana Eni a cui viene chiesto di procedere al reclutamento di manodopera locale.

Insomma, la peggiore recessione dai tempi dell'indipendenza dalla Francia avvenuta, come è noto, nel 1956.

Serve invece ben altro, considerata anche la crisi politica che sta vivendo la Tunisia: il primo ministro Elyes Fakhfakh si è dimesso il 15 luglio 2020, a soli sei mesi dalla sua nomina e il Paese attende un nuovo Governo.

Che fare? L'Europa, tra i suoi obiettivi di pace e sicurezza, ha enormi responsabilità ma anche strumenti per potersi mobilitare per sostenere la Tunisia e più in generale i Paesi che insistono nel bacino del Mediterraneo. Occorre consolidare una delle poche democrazie del Nordafrica a sua volta minacciata dalla destabilizzazione libica.

Ricordiamoci che i diritti umani sono diritti civili, diritti politici ma anche diritti sociali, ovve-

ro quei diritti, quali la scuola, la salute, il lavoro, l'istruzione che conferiscono dignità alla persona umana.

Questo è ben emerso nel Convegno promosso ed organizzato dalla collega prof.ssa Francesca Galgano, che ha avuto la forza e la determinazione di porre al centro del dibattito accademico, con il coinvolgimento di diplomatici, magistrati, avvocati, attivisti, le questioni centrali per l'affermazione dei principi democratici.

A Lei ed a tutti gli illustri Relatori vanno i miei più fervidi complimenti per aver, con i loro preziosi contributi, consentito la realizzazione di un Convegno così importante ed originale nell'organizzazione e nei contenuti, che mi auguro sia soltanto il primo di una lunga serie su un tema così delicato ed appassionante, nel quale il Diritto, nelle macro-questioni di geopolitica, deve riconquistare un ruolo di primo piano per l'affermazione di Principi di civiltà.

Contributi

Sergio Zeuli

*Prospettive giuridiche per la concessione del diritto di voto
agli stranieri soggiornanti di lungo periodo
tra l'ordinamento giuridico italiano e quello tunisino*

Premessa

Come tutte le questioni giuridiche connesse alle materie dell'immigrazione e dell'integrazione, anche quella dell'estensione del diritto di voto ai cittadini stranieri, in Italia come in Tunisia, come dovunque, si complica notevolmente. Il conflitto storico tra destra e sinistra è caratterizzato da reciproche e simmetriche accuse di demagogia, populismo e strumentalizzazione. D'altro canto, le evidenti implicazioni politiche escludono che tale questione possa essere trattata dalla sola prospettiva giuridica.

Questo intervento anche per tale ragione ha uno scopo poco più che descrittivo, teso a ricostruire le linee di tendenza e la storia della nozione e tenta una valutazione comparatistica fra due ordinamenti giuridici, quello italiano e quello tunisino, fotografati in due momenti particolari della loro storia.

Quello italiano, in un periodo in cui, per strane alchimie, si profilò una convergenza di tutte le maggiori forze verso un'apertura, gli anni che vanno dal 1998 al 2005 all'incirca, e quella tunisina, di oggi, a sette anni circa dalla promulgazione della nuova Costituzione repubblicana. Il dato interessante che riguarda l'assetto tunisino è la prossimità temporale del nuovo assetto costituzionale, approvato nel 2014, che rende in un certo senso quella realtà più attuale e recettiva e, rispetto all'esperienza italiana, più pronta a recepire le novità del contemporaneo.

Dal raffronto parallelo emerge, come di sovente per studi comparatistici, che ognuno dei due sistemi potrebbe (o avrebbe potuto) ispirare qualche riforma o modifica nell'altro. In 'second best' questa analisi potrebbe servire come base per iniziative bilaterali italo-tunisine di integrazione degli immigrati tra le due rive del Mediterraneo.

Consigliere di Stato distaccato presso il Tribunale amministrativo della Repubblica di Tunisia.

I termini del dibattito politico. Un cenno

Tornando, ma solo per un momento, al dibattito politico, esso marca una significativa differenza di approccio tra due grandi schieramenti, si delineano due direttrici in netto contrasto fra loro. La prima, quella che si potrebbe definire integrazionista, sostiene che un corretto inserimento dello straniero nel tessuto sociale non può non passare attraverso un'estensione/applicazione del principio democratico della rappresentatività. Un modello, dunque, che propone un movimento, o se si vuole, un'iniziativa discendente che, partendo dall'ordinamento, arriva allo straniero.

La seconda linea direttrice – che potremmo definire adeguazionista o della compatibilità – ritiene invece che i cittadini stranieri, residenti in altro Stato, debbano, prima di tutto, adeguarsi al complesso dei principi, non solo normativi, dello Stato di elezione. Alla luce di questo secondo modello, che, come si vede, contrariamente, al primo è adattativo dal basso verso l'alto, ossia dallo straniero verso il pubblico, la concessione di forme di rappresentatività politica alle minoranze straniere, consentendo la proposizione di modelli di convivenza civili altri da quelli dello Stato di elezione, ed eventualmente anche contrastanti

con questi ultimi, rallenterebbe significativamente il processo di adeguamento e costituirebbe, in ogni caso, un prezzo troppo alto a carico della comunità ospitante, già gravata dagli oneri di accoglienza. Si tratta di un modello ben ancorato al principio di sovranità popolare ed a quello di democrazia della cittadinanza, che rivendica l'importanza dei diritti fondamentali del cittadino, a scapito ed in opposizione a quelli dell'uomo, inteso in senso universale come individuo. Si tratta, in altre parole, di una filosofia dei diritti, se così può essere definita, che ribadendo l'assolutezza di alcuni dei diritti fondamentali della cittadinanza – sicurezza, rappresentatività, salute – li contrappone ai diritti universali dell'uomo. E questo scontro/opposizione pone, in senso giuridico, un problema solo in parte inedito alle esperienze giuridiche contemporanee, basti por mente a Fichte¹, ossia quello del confronto/comparazione/compressione di (e tra i) diritti fondamentali. È uno schema polarizzato: cittadino, da un lato, individuo uomo, dall'altro. Ed è una visione, peraltro, che dequota la rappresentanza degli interessi economici, di cui sicuramente sono portatori anche gli stranieri soggiornati di lungo periodo, in nome di una rappresentanza che ritiene condizione imprescindibile la cittadinanza, ossia in nome di una rappresentanza di 'status'².

¹ Questa alternatività/opposizione giuridica tra (diritti del) cittadino e (diritti dello) straniero è presente, in modo definito, nell'opera di Johann Fichte *Il fondamento del diritto naturale* e viene utilizzata come premessa per la creazione di un Diritto internazionale convenzionale. Cfr. per tutti questi aspetti R. PICARDI, *I 'diritti degli altri' e la 'giusta appartenenza' nel Fondamento del Diritto Naturale di Fichte*, in *Etica & Politica* 23 (2021) 173 ss.

² Se si volesse scomodare Karl Marx e *L'ideologia tedesca* si potrebbe osservare che, nella prima delle due visioni, emerge,

A ben guardare le esperienze costituzionali non recenti, come la nostra, non contengono norme regolatrici di tale conflitto, diversamente, come si vedrà, dalla Costituzione tunisina che lo ha invece normato.

L'assetto da noi definito adeguazionista, peraltro, non è del tutto sconosciuto all'esperienza di alcuni ordinamenti giuridici europei, fra cui l'Austria e la Francia, che, a dire di molti, si sono ad esso ispirati almeno nelle loro linee tendenziali.

Da una rapida disamina della storia delle iniziative legislative e dei vigenti assetti normativi, mentre l'Italia sembra aver sempre proteso verso il primo modello, sia pure con lievi adattamenti e correzioni, la Tunisia sembra piuttosto orientata ad accogliere una versione moderata del secondo.

Prima di ricostruire i più importanti passaggi di questi percorsi, occorre precisare che la questione non riguarda né è legata, almeno non direttamente, all'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero. Quest'ultima, evidentemente, una volta concessa, bypasserebbe il problema del diritto di voto. La precisazione è necessaria perché, ad esempio, il diritto elettorale tunisino prevede, come si vedrà, un periodo di sterilizzazione tra l'acquisto della cittadinanza e l'esercizio del diritto di voto, così indirettamente confermando l'impressione che quell'ordinamento abbia accolto una versione, moderata, del modello adeguazionista. A commento

dell'assetto giuridico sul punto, deve invece essere chiaro che si discute qui, molto più semplicemente, di concedere, al soggiornante di lungo o medio periodo, la possibilità di esercitare il diritto di voto nelle elezioni amministrative, onde assicurargli una rappresentanza democratica, anche solo parziale, presso gli organi decisori.

Il diritto di voto agli immigrati: i tentativi recenti di riconoscimento del diritto. Il percorso

I tentativi legislativi avuti in Italia per estendere il *diritto di voto* agli immigrati alle elezioni amministrative – per le politiche il discorso sarebbe più complesso e probabilmente interdetto dalla Costituzione repubblicana – hanno evidenziato una prima importante criticità in relazione alla scelta del veicolo normativo utilizzabile per apportare le necessarie modifiche di sistema. Si è oscillato tra un'opzione che riteneva imprescindibile un intervento con legge costituzionale e l'altra che riteneva sufficiente adottare una legge ordinaria.

L'opzione per la legge ordinaria

La prima tappa della nostra storia si posiziona sul disegno di legge governativo dal quale scaturì la legge n. 40/1998. Nella originaria versione, che

in contrapposizione alla seconda, un concetto di rappresentanza politica come sovrastruttura rispetto ai rapporti storico-politici necessitati dall'economia.

non fu poi approvata dal Parlamento, lo schema di legge riconosceva il diritto di elettorato ai titolari della carta di soggiorno regolarmente soggiornanti da almeno 5 anni ed equiparava gli stranieri appartenenti a paesi terzi ai cittadini europei quanto alle limitazioni concernenti l'elettorato passivo, impedendogli la possibilità di candidarsi come Sindaco. Dunque, con qualche limitazione in più (il limite temporale minimo di residenza) la logica era estendere agli stranieri residenti lo status di cittadino europeo. In quell'occasione, tra gli altri, due furono gli argomenti addotti a sostegno della sufficienza della legge ordinaria. Il primo di essi, destinato ad essere rievocato spesso, si desumeva da una lettura dell'art.48 Cost. fondata sull'*ubi lex voluit*.

È vero – si osservò – che la Costituzione italiana prevede il diritto di voto in capo ai cittadini, ma questo non esclude evidentemente la possibilità di concederlo anche a coloro che cittadini non sono. Tanto meno si intravedono altre disposizioni costituzionali che, anche solo astrattamente, possono rivelarsi ostative a questa apertura, salvo, per quanto riguarda le elezioni politiche, il principio di sovranità popolare dell'articolo 1 della Costituzione.

La lettura estensiva dell'art.48 Cost. legava poi indubbiamente anche con la giurisprudenza della Corte Costituzionale che, in molteplici occasioni,

pronunciando su altri diritti fondamentali, parimenti alla lettera della Costituzione fruibili dai soli cittadini italiani, non ha mai dubitato di estenderne le relative prerogative anche agli stranieri. Cioè, anche a volere interpretare in senso letterale il termine 'cittadini' di cui all'art.48 Cost., poiché la Corte Costituzionale ha da sempre attenuato la portata selettivo/esclusiva di questo sostantivo, è altamente improbabile avallarne una interpretazione in senso esclusivo. Oggi, tanto per fare un esempio nessuno dubita più che il principio di uguaglianza (art. 3), almeno nella sua forma statico-oppositiva, così come i diritti di riunione ed associazione di cui agli artt. 17 e 18 della Costituzione, sebbene formalmente attribuiti in Costituzione ai «cittadini», non debbano essere estesi agli stranieri³.

Infine, è persino, per così dire, la prospettiva da cui l'art.48 Cost. guarda il diritto di elettorato attivo dei cittadini a confermare la possibilità di un'interpretazione estensiva. L'attribuzione del voto ai cittadini, lungi dal negare il riconoscimento di analogo diritto in capo a coloro che cittadini non sono, si presenta piuttosto come una garanzia ed un presidio, posti a protezione di un diritto inviolabile di questi ultimi. In altre parole la Costituzione democratica escluderebbe la possibilità per il legislatore di incidere su tali prerogative della cittadinanza, se non nei casi e nei modi determinati dalla legge, ma non vuole interdire

³ Tra le sentenze della Corte Costituzionale che hanno riconosciuto ai non cittadini il godimento dei diritti fondamentali Corte cost. n. 62 /1994 e Corte cost. n. 105/2001.

l'esercizio agli stranieri. Beninteso sempre che intervenga un'apposita previsione legislativa in tal senso.

Anche il secondo argomento addotto a sostegno dell'opzione legislativa si fonda su di una logica anti-esclusiva. Non vi è dubbio che il principio di sovranità popolare interdirebbe la possibilità dell'esercizio di voto allo straniero e che dunque l'elettorato politico attivo non potrebbe essere aperto ai non cittadini, pena la violazione dell'art.1 Cost. È però altrettanto indubitabile che questa stessa logica di esclusione non può valere per le elezioni amministrative, dove non è in gioco la sovranità dello Stato, ma la gestione amministrativa di organizzazioni su base territoriale, relativa ai bisogni immediati della comunità, secondo i principi di sussidiarietà e prossimità.

In ogni caso, il progetto di legge, in questa parte, si arenò durante l'iter parlamentare. Nelle medesime forme, era destinato ad essere riproposto in un disegno di legge costituzionale di riforma dell'articolo 48 della Costituzione.

L'opzione costituzionale

Si optò dunque per la via della revisione costituzionale. Da subito furono evidenti le conseguenze di questa scelta. Prima di tutto, evidentemente – richiedendo più ampie maggioranze in Parlamento – ritardava l'approvazione della riforma. D'altronde rappresentando un precedente, l'iniziativa contribuì a ravvivare il dilemma «legge ordinaria o costituzionale?» prestandosi anche ad obiezioni pretestuose ed a tattiche dilatorie.

Il ritorno alla legge ordinaria. Il disegno di legge di Giancarlo Fini

La terza tappa della storia delle iniziative legislative e governative è anche quella politicamente più importante. Nel 2003, l'allora Vice Presidente del Consiglio dei Ministri, Giancarlo Fini, si fece promotore di un disegno di legge di revisione costituzionale finalizzato a concedere il diritto di voto agli immigrati residenti. La modifica riconosceva la relativa prerogativa allo straniero soggiornante di lungo periodo, che dimostrasse la percezione di un reddito sufficiente a renderlo autonomo, secondo parametri destinati ad essere meglio precisati con legge ordinaria. Si introduceva, per questa via, un collegamento – inedito per le costituzioni liberali affermatesi dall'800 in poi – tra diritto di voto e situazione reddituale, giustificato, nella prospettiva del proponente, dal carattere amministrativo della competizione elettorale alla quale si permetteva l'accesso. Connessione questa fra diritto di voto e capacità reddituale, che sia pure in contesto diverso, vedremo da qui a poco riapparire anche nella vigente legislazione tunisina.

Nonostante fosse politicamente coraggiosa, provenendo da un autorevole esponente dell'area di centro destra, e di una coalizione da sempre convinta sostenitrice dell'approccio da noi definito adeguazionista, e dunque tendenzialmente contraria a siffatte aperture, la proposta presentava il grande limite di legare censo e voto, in

questo senso sembrando ad alcuni la negazione stessa del principio egualitario democratico. Per altra via la scelta revisionale testimoniava l'esistenza, almeno in quel momento, di una posizione politicamente ampia favorevole all'estensione del diritto di voto.

Dopo di essa, tuttavia, non abbiamo più avuto altre iniziative legislative degne di nota. Per contro, presero avvio una serie di iniziative comunali, di modifiche statutarie, di alcune delle quali diamo conto nelle righe che seguono.

Le iniziative dei Comuni di Forlì e di Genova ed i relativi pareri del Consiglio di Stato

La quarta tappa del nostro excursus è rappresentata dalle iniziative di diversi comuni che, nel riformare i propri statuti, evidentemente non ritenendo necessaria la previa approvazione di una legge, decisero di prevedere, con diverse modalità di esercizio, il diritto di voto agli stranieri soggiornanti di lungo periodo sui loro territori.

Il caso del Comune di Forlì

Il Comune di Forlì, con apposita modifica statutaria, approvata il 9 aprile del 2001, aveva previsto la possibilità per gli stranieri residenti di lungo periodo di votare sia alle elezioni comunali che a quelle circoscrizionali. La Regione Emilia Romagna chiese, su questa modifica, il parere del Consiglio di Stato.

La posizione costituzionalmente aperta della Sezione consultiva

Rispondendo al quesito, il Consiglio di Stato con il parere n. 8007 del 28 luglio del 2004 escluse innanzitutto l'esistenza di impedimenti costituzionali all'estensione del diritto di elettorato attivo e passivo mediante legge ordinaria, ossia optò per la tesi 'elastica'. A sostegno dell'interpretazione aperturista, l'organo consultivo recuperò i già visti argomenti letterali per cui i riferimenti ai cittadini sia dell'art.48 che del 51 Cost. garantiscono il diritto di elettorato attivo e passivo, ma non limitano la possibilità per il legislatore ordinario di estendere, almeno il primo, agli stranieri. Del resto, questa competenza legislativa attribuita allo Stato trova conferma sia nell'art.10 comma 2 della Costituzione, nella parte in cui riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero, che nell'art.117 comma 2 sempre della Costituzione, che ribadisce lo stesso principio, declinandolo in particolare per i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e peraltro riservandolo alla competenza legislativa statale esclusiva.

Un ulteriore argomento a sostegno dell'opzione è rappresentato dalla normativa di cui al decreto legislativo n.196 del 1997, nella parte in cui riconosce ai cittadini UE il diritto di elettorato, anche passivo, alle elezioni comunali. Si tratta, come è noto, della legge che ha attuato la Direttiva UE n.80 del 9 dicembre del 1994. Per quanto concerne, invece, il diritto di elettorato passivo in ambito

UE, ci si deve riferire alla ancora antecedente legge del 19 gennaio 1989, n. 9 che prevede l'eleggibilità, quali rappresentanti dell'Italia, alla carica di parlamentare europeo, di cittadini di altri paesi membri dell'Unione. E neppure in questo caso, come si vede, l'articolo 48 Cost. venne ritenuto in alcun modo ostativo.

In particolare, l'art.9 comma 4 TU Immigrazione. La Convenzione di Strasburgo del 1992 (non ratificata dall'Italia sotto il profilo del diritto di voto)

Infine anche l'art. 9, c. 4, lett. d) del testo unico sull'immigrazione adottato con d.lgs n. 286/1998 (in cui finì per confluire la stessa legge n. 40/1998) permette agli extracomunitari «di partecipare alla vita pubblica locale, esercitando anche l'elettorato quando previsto dall'ordinamento e in armonia con le previsioni del capitolo C della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992». Tuttavia tale ultimo richiamo assume un valore ambiguo, la Convenzione de qua non essendo stata recepita, proprio su questo specifico punto, dallo Stato italiano.

La riaffermata necessità di una legge

Ciò non pertanto, in questo parere, il Consiglio di Stato si espresse in maniera negativa sulla possibilità per il Comune, per il tramite di una modifica statutaria e senza base legislativa, di estendere il diritto di voto a soggetti non titolari della cittadinanza.

I tre argomenti sui quali si fonda questo diniego sono innanzitutto, la già ribadita riserva di legge statale che, a tacer d'altro, secondo i giudici di Palazzo Spada, trova il suo fondamento nell'art. 117, c. 2, lett. p) Cost., che conferisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia relativa alla legislazione elettorale dei comuni, alla quale è connessa la relativa competenza regolamentare, anch'essa statale ai sensi dell'art. 117, c. 6.

Del resto, lo stesso rinvio 'monco' contenuto nell'art. 9 Testo Unico immigrazione, anche da noi appena ricordato, dimostra, con argomento a contrario, che l'ordinamento italiano non ha inteso riconoscere il diritto di voto agli stranieri, in assenza (e fino alla emanazione) di una disciplina dettata da legge statale. A questi rilievi formali, si aggiunge infine, che a voler condividere la tesi dell'estensione si frustrerebbe un'ineliminabile esigenza di uniformità del trattamento e di omogeneità della normativa, necessarie per regolare una materia così delicata e politicamente sensibile.

Le due tesi

Lo Statuto del Comune di Forlì aveva fondato la detta estensione sulle previsioni di cui agli articoli 8 e 17 del decreto legislativo 267 del 2000 che riteneva dunque salvaguardassero la riserva di legge. Il primo articolo favorisce, anche su base di quartiere o frazione, forme di partecipazione popolare all'amministrazione, mentre il secondo, in linea con questa apertura partecipativa, impone agli

organi circoscrizionali di decentramento comunale di rappresentare le esigenze della popolazione.

Di contro il Ministero dell'Interno, che si opponeva alla modifica, distingueva in queste due disposizioni, tra organi rappresentativi in senso stretto, la cui composizione, elettiva, dipendeva dai soli voti di cittadini, ed organi di mero supporto agli organi comunali, che ben avrebbero potuto anche rappresentare interessi altri da quelli cittadini, quali ad es. consulta degli stranieri, consiglieri aggiunti con diritto di tribuna e via discorrendo, così circoscrivendo il riferimento contenuto nell'art.8 alle forme di partecipazione popolare ad un'attività di mero orientamento e non gestoria né tanto meno deliberativa, ostando a queste ultime possibilità il disposto dell'articolo 48 Cost.

L'interpretazione estensiva del Consiglio di Stato per quanto riguarda le elezioni circoscrizionali nel caso del Comune di Forlì.

La portata semantica estensiva del termine 'popolazione' di cui all'art.8 TUEL

Nella decisione relativa al Comune di Forlì, il Consiglio di Stato superò questa posizione restrittiva seguendo una linea argomentativa che origina dal significato attribuito al termine 'popolazione' di cui al citato articolo 8 TUEL. A quest'ultima l'organo consultivo assegna valenza onnicomprensiva, inclusiva di tutti i residenti, cittadini e non, compresi gli stranieri che risiedono stabilmente, per ragioni di lavoro, nel

territorio comunale. Del resto, osserva ancora la pronuncia in commento, non avrebbe altro senso la tendenza a favorire la partecipazione della popolazione residente ribadita dal successivo articolo 17, che non fa alcun cenno alla cittadinanza come requisito per orientare le scelte dell'ente locale.

Ancora più interessante è la posizione espressa dal Consiglio di Stato, a fronte dell'obiezione fondata sulle norme costituzionali in tema di sovranità. Il Consiglio sottolinea la natura di organi partecipativi e consultivi, nonché di gestione dei servizi di base (ad es. asili nido, ed opere di urbanizzazione primaria) degli organi circoscrizionali. La natura stessa di tali attività – estranee ad attività politiche nel senso costituzionale del termine – esclude che le stesse possano interferire con il principio di sovranità. Del resto, a ben guardare, anche quelle, tra le funzioni comunali, che possono essere delegate alle circoscrizioni, in particolare gare pubbliche e gestione di servizi di base, rivestono comunque la medesima natura tecnico-gestionale, di carattere strettamente amministrativo e non politico, confinate nel ristretto ambito territoriale di competenza, il che conferma vieppiù che le funzioni politiche, ossia quelle strettamente legate alla nozione di sovranità, sono fuori da questo range di intervento. Per richiamare quanto si diceva in premessa, in questo caso Palazzo Spada sembra accogliere, piuttosto che un'idea di rappresentanza di status, una nozione di de-

mocrazia fondata sugli interessi, economici, soprattutto, degli amministrati⁴.

Infine siffatta lettura delle norme risulta coerente con il disposto di cui alla lett. p) comma 2 dell'art.117 della Costituzione nella parte in cui restringe la competenza legislativa statale alla disciplina elettorale concernente organi di governo e funzioni fondamentali degli enti locali. Con il che, de residuo, è riservata alla competenza degli Statuti comunali la regolazione di tutti gli altri aspetti di organizzazione interna degli enti locali, ivi compresa quella riguardante l'organismo circoscrizionali. A maggior ragione dopo la diversa rilevanza acquisita dalla fonte statutaria, per come delineata dall'art. 114 della Costituzione e dall'abrogazione dell'articolo 128 ad opera della Legge costituzionale n. 3 del 2001 che conteneva la previsione restrittiva a lume della quale gli Statuti comunali dovevano rispettare i principi fissati da leggi generali della Repubblica.

Dunque l'unica possibile apertura, alla luce del parere reso dal Consiglio di Stato sullo statuto del Comune di Forlì, è il riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti sul nostro territorio limitatamente all'elezione degli organi rappresentativi circoscrizionali, ostando, a tutte le altre possibili estensione, le disposizioni di cui agli articoli 48 e 51 della Costituzione.

Il caso del Comune di Genova

Il Comune di Genova, con la deliberazione comunale n. 105 del 27 luglio 2004 consentì, attraverso un'apposita modifica statutaria, l'esercizio del diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni comunali e in quelle circoscrizionali agli apolidi ed ai cittadini di Stati non aderenti all'Unione europea regolarmente soggiornanti e residenti nel comune. Con il d.p.r. 17 agosto 2005, il Governo, dopo che per il tramite del Ministero dell'Interno aveva chiesto un parere al Consiglio di Stato, dispose l'annullamento straordinario della delibera nelle parti in cui concedeva questo diritto.

La diversa impostazione del parere del Consiglio di Stato, sez. I, adunanza del 16 marzo 2005

Premessa: è irrilevante la natura dell'organo comunale. C'è sempre la riserva di legge statale.

Come stiamo per vedere questo secondo parere giunge a conclusioni in parte diverse da quelle del primo. Nel parere relativo allo statuto del comune di Genova il Consiglio di Stato ha ritenuto non ammissibile, a legislazione vigente, la previsione statutaria che riconosceva il diritto di voto allo straniero, neppure per quanto riguarda le elezioni circoscrizionali.

⁴ Cfr. nota 2.

In questo parere è completamente bypassata la rilevanza della distinzione fra attività meramente gestionale ed attività politica, differenza sulla quale invece, come appena osservato, si basava la ritenuta legittimità della concessione agli stranieri del diritto di elettorato attivo alle circoscrizioni. Secondo il Consiglio di Stato in questa composizione, la distinzione comunque non consente di scalfire, riducendola, la riserva di legge in subiecta materia.

In secondo luogo, l'atto offre una diversa interpretazione dell'art. 17, c. 4, del d.lgs n. 267/2000, a norma del quale agli statuti comunali spetta esclusivamente la definizione delle «forme» del procedimento elettorale, ma non di disciplinare, e tanto meno di attribuire, al di fuori dei presupposti costituzionali, il diritto sostanziale di elettorato attivo e passivo. Prerogativa, quest'ultima, riservata esclusivamente alla legge statale, come appena visto. A conforto di quest'interpretazione viene allegata anche la previsione di cui all'ultimo comma dell'articolo 8 del TUEL che comprende sì gli stranieri tra i soggetti a favore dei quali l'ente locale può promuovere forme di partecipazione alla vita pubblica locale, ma senza espressamente citare il diritto di voto.

Ad ulteriore riprova la legge n. 203 del 1994, nel ratificare la parte che disciplina la partecipazione propositiva e consultiva alla vita pubblica locale degli stranieri, non ha inteso – e non casualmente – far propri quei capitoli della Convenzione dedicati al diritto di voto agli stranieri.

Infine, questo parere contrasta con quello rela-

tivo al Comune di Forlì anche per il profilo riguardante la qualificazione delle circoscrizioni: qui si afferma che il Consiglio Circoscrizionale, in quanto organo comunale che esercita potestà pubbliche, anche per delega dal Comune, nell'ambito di funzioni alle quali, di principio, non sono apponibili limiti di contenuto, può divenire titolare di un'ampia gamma di poteri che sfiorano, se non integrano, anche profili di sovranità politica che come tali non possono che essere amministrati dai cittadini.

E, per ora, con queste precisazioni, il capitolo italiano può essere messo da parte.

L'ordinamento giuridico tunisino e il diritto elettorale. La legge n.7 del 2017

Nel valutare la situazione tunisina, non va dimenticato che si tratta di una democrazia giovane, con una Costituzione recente, dove il suffragio universale, sebbene affermato come principio generale, presenta ancora dei limiti, se non altro a livello operativo. In effetti, anche sui confini delimitativi del diritto di voto, in quel sistema non sembra ancora perfettamente delineata dalla legge la differenza tra limitazioni per così dire 'sanzionatorie' o punitive, quale effetto di pene accessorie alla condanna penale e limitazioni dovute ad altre cause. Distinzione, invece, che nelle legislazioni elettorali dei paesi occidentali si coglie in modo molto netto.

Limitandosi ad offrirne i tratti essenziali, nel nostro excursus va menzionata la legge elettorale

organica n.7 del 2017 che ha impresso significative modifiche alla legge elettorale del 2014. La legge nasce con l'intento di unificare, in unico testo legislativo, l'intera disciplina elettorale, comprensiva delle elezioni locali, di quelle legislative e di quelle presidenziali, oltre che dei referendum. Il testo detta una disciplina unitaria per quanto concerne i requisiti dell'elettorato attivo e di quello passivo, le liste elettorali, il finanziamento delle campagne elettorali ed il successivo contenzioso. Naturalmente interessa in questa sede concentrarsi sulla sola regolazione del diritto di voto, con particolare riferimento alle sue potenziali declinazioni nei confronti dei cittadini non tunisini.

I requisiti della qualità di elettore.

L'art. 5 della legge n.16 del 2014 come modificato dalla legge del 2017

Per quanto concerne i requisiti di elettorato attivo, la riforma del 2017 fonda le relative limitazioni su criteri obiettivi, fra gli altri su quelli di nazionalità, maggior età, e, non da ultimo, sul criterio della residenza, sul quale ultimo converrà intrattenersi. Modificato in modo significativo dalla legge del 2017, l'art. 5 della legge 16 del 2014, già nella sua originaria versione prevedeva che è elettore il cittadino tunisino che ha compiuto 18 anni e che gode dei diritti civili e politici e che non si trovi in uno degli stati di incapacità previsti dalla legge. L'articolo, del resto, riproduce quasi testualmente l'articolo 54 della Costituzione che prevede il diritto di voto in capo

al cittadino tunisino diciottenne in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla legge elettorale.

La novità del criterio di residenza effettiva

Con la riforma del 2017 con l'art. 7 bis il legislatore ha introdotto un'ulteriore condizione, quella della residenza, per iscrivere i cittadini nelle liste elettorali. Diversamente dalla legislazione elettorale del 2011, e dalla stessa originaria versione della legge del 2014, che non richiedevano alcun legame di effettiva connessione tra elettore e territorio, questa disposizione prevede che il votante deve presentare un indirizzo di residenza effettiva che lo colleghi, in senso materiale per così dire, alla circoscrizione elettorale nella quale vuole votare. E questo «sia per le elezioni nazionali che regionali e municipali». Occorre concentrarsi su questa nozione di residenza effettiva perché rappresenta, una condizione/parametro comune anche ai cittadini stranieri, per l'appunto residenti in Tunisia, alla quale si potrebbe eventualmente far riferimento, una volta scelto di estendere a questi ultimi il diritto di voto alle elezioni locali.

La nozione nella legge tunisina si presenta particolarmente caratterizzata, perché sono previsti – a scelta dell'(aspirante) elettore – quattro criteri alternativi, di cui il primo è l'indirizzo indicato sulla carta d'identità nazionale. Prima di affrontarli è importante ricordare che per un'opportuna sensibilizzazione degli elettori sui loro diritti e possibilità la legge impone a carico dell'Autorità per le elezioni,

l'ISI, il dovere di informare gli elettori, di procedere alla sensibilizzazione e di aggiornarli sulle procedure per la tenuta ed il controllo delle liste elettorali. (comma 2 dell'art. 7 della legge elettorale).

- *1° criterio: l'indirizzo risultante dalla carta d'identità.* Questo criterio non compariva nell'originario disegno di legge governativo, è stato introdotto dalla Commissione parlamentare su proposta della Autorità delle elezioni per consentire di utilizzare le liste elettorali del 2014. In questo modo, infatti, l'elettore già iscritto nelle liste elettorali del 2011 e del 2014 avrebbe potuto mantenere il suo diritto senza necessità di riscriversi salvo volesse cambiare lui seggio elettorale, eventualmente optando per qualche altro criterio.
- *2° criterio: il luogo di residenza abituale. La prova della residenza. L'art.7 bis della legge.* Per quanto concerne la prova della residenza abituale, l'articolo 7 bis delega all'autorità delle elezioni l'indicazione degli elementi che l'aspirante elettore deve provare per potere essere iscritto nelle liste. (CIN, certificato di residenza, contratto di locazione, titolo di proprietà, fatture di pagamento di tasse). La legge ha dunque, opportunamente, optato per un criterio flessibile, adattabile a seconda del territorio in cui viene in gioco tale diritto, delegandone la definizione dei contorni all'Autorità. La precisazione è opportuna, si tratta di una democrazia giovane, che necessita di dettagli a garanzia del suo buon funzionamento, in

più l'adattabilità e l'elasticità di questa procedura (e dei relativi connessi oneri probatori) cerca di venire incontro alle esigenze delle diverse realtà sociali e territoriali tunisine, alcune delle quali, soprattutto quelle presenti nelle aree interne del paese, presentano drammatiche condizioni di sottosviluppo e di sub-cultura.

- *3° criterio: il luogo di svolgimento dell'attività economica.* Il terzo criterio di collegamento è invece individuato nel luogo di svolgimento dell'attività economica, intesa in senso professionale.
- *4° ipotesi: il criterio sussidiario del pagamento di un'imposta locale.* Il quarto criterio, quello più delicato, è rappresentato dal luogo dove l'aspirante elettorale paga un'imposta locale. In esso si trovano echi del disegno di legge Fini di cui si è parlato a proposito della storia delle iniziative legislative italiane. Il criterio persegue la ratio – comune, peraltro, anche al terzo criterio – di legare il diritto di voto al luogo dove, chi lo esercita, ha maggiori interessi economici e patrimoniali, indipendentemente dal luogo di residenza. È un criterio che si rivela particolarmente efficace per le elezioni locali, sia quelle municipali che quelle regionali e che ha minor significatività nel caso delle elezioni nazionali (parlamentari e presidenziali). Il valore aggiunto di tale criterio di collegamento è dato dalla possibilità concessa al cittadino tunisino che eventualmente risieda all'estero, di partecipare all'indirizzo politico ed amministrativo locale, legando il suo voto ad uno specifico interesse territoriale. E si badi, questa

possibilità non è concessa in occasione delle competizioni elettorali politiche nazionali per le quali si creano, come avviene anche in Italia, appositi collegi elettorali per i cittadini residenti all'estero. A maggior ragione laddove si ponga mente a quanto emerso, nell'esperienza italiana, a proposito della ritenuta natura tecnico-gestionale⁵ degli organi democratici amministrativi più prossimi agli amministrati, laddove è chiaro che, almeno per una certa interpretazione, in quel caso, come si diceva, la rappresentanza diventa 'di interessi', piuttosto che di 'status'. Dunque se si avviasse, il dibattito sull'estensione del diritto di voto agli stranieri soggiornanti dovrebbe partire da questo parametro normativo.

Quale controindicazione poiché questo criterio rende possibile che i luoghi di elezione divergano a seconda del se si tratti di elezioni legislative o municipali. E questa evenienza a sua volta comporta quale ulteriore negatività una tendenziale confusione, con la possibilità che l'elettore sia iscritto con due indirizzi diversi sulle liste elettorali, uno da utilizzare per le elezioni politiche, l'altro per quelle locali. E, ciò nonostante, l'articolo 7 bis della legge elettorale imponga a ciascun elettore di avere un unico domicilio elettorale. Per evitare errori, disorganizzazioni o doppie votazioni, l'Autorità delle elezioni è stata

perciò costretta ad elaborare procedure tecnologiche per la gestione informatica delle liste elettorali.

Il cittadino naturalizzato ed il diritto di voto. L'articolo 26 del 'codice della nazionalità'

Un altro istituto del diritto elettorale tunisino al quale interessa far cenno è quello della naturalizzazione. Diversamente dal diritto italiano, che sin dalla legge del 1983 n.123 riconosce il diritto di voto ai cittadini naturalizzati sin dal giorno della naturalizzazione (i naturalizzati dunque sono considerati a tutti gli effetti cittadini italiani) la legge tunisina impedisce l'esercizio del diritto di voto nei primi cinque anni successivi alla naturalizzazione. Tale interdizione/sterilizzazione è contenuta nell'art.26 del codice della nazionalità⁶ che recita «lo straniero naturalizzato incorre nelle seguenti incapacità per i cinque anni successivi al decreto di naturalizzazione... omissis... 2. non può essere elettore *dal momento che la cittadinanza è requisito necessario per essere iscritto nelle liste elettorali*».

La deroga del caso per caso

Il successivo articolo 27 prevede un'eccezione a questa regola interdittiva. Con apposito decreto motivato del Sottosegretario alla Giustizia lo stra-

⁵ Cfr. parere del Consiglio di Stato in relazione alla modifica dello Statuto del Comune di Forlì, poco sopra nel testo.

⁶ Decreto legge n.63-66 del 28 febbraio 1963 e ss. mod.

niero naturalizzato può essere esonerato dal rispetto di questa regola e quindi esercitare, fra le altre prerogative riservate ai cittadini, anche il diritto di voto. Per considerazioni particolari, i diritti del naturalizzato possono dunque espandersi sin dal giorno della firma del decreto di naturalizzazione a seguito di valutazione discrezionale dell'autorità politica ed essere dunque da subito parificati a quelli del cittadino tunisino a tutti gli effetti.

La sterilizzazione degli effetti della naturalizzazione per i primi cinque anni sotto il profilo della capacità elettorale.

Una scelta comunque discutibile

È evidente che, seppur sia limitata nel tempo, questa ridotta efficacia nel quinquennio segna una differenza tra tunisini di nascita e tunisini naturalizzati, che è stata a buon diritto criticata anche alla luce di quanto prevede l'articolo 25 del 'Patto Internazionale sui diritti civili e politici' che, a parere del Comitato dei diritti dell'Uomo⁷ rende incompatibile qualunque distinzione fra cittadini di nascita e cittadini naturalizzati. Non a caso, si era pensato al palazzo del Bardo, in sede di lavori parlamentari, alla possibilità di sopprimere questa distinzione ed abrogare il periodo di sospensione dell'efficacia della concessione della cittadinanza. Un emendamento aveva proposto di modificare l'articolo citato nel sen-

so di riconoscere l'elettorato attivo ai naturalizzati a partire dal giorno del decreto (come si è visto è anche l'opzione italiana), di fatto implicitamente abrogando l'art.26 del Codice della nazionalità.

Il problema delle fonti e l'estensione del diritto di voto agli immigrati: un quadro ancora incerto

Per tornare al diritto italiano i tempi sembrano maturi per un intervento normativo – impregiudicato il quomodo di esso – che permetta l'esercizio del diritto di voto agli stranieri non di Stati membri, almeno per quelli residenti da un ragionevole lasso di tempo in Italia (es. titolari della carta di soggiorno). Già si è detto dei significativi progressi per l'integrazione che detto intervento legislativo provocherebbe. Del resto, ciò è confermato dalla implementazione delle leggi che andavano in questa direzione, approvate in alcuni Stati europei (fra tutti Olanda e Svezia, ma anche la più a noi vicina, Spagna).

La posizione dell'UE. La posizione più cauta di Commissione e Consiglio

A voler dare uno sguardo in Unione Europea, la Commissione e il Consiglio hanno attuato una politica più conservatrice, si direbbe vicina all'approccio da noi definito adeguazionista negando il più delle volte che per una corretta integrazione sia necessa-

⁷ Osservazioni generali del Comitato dei diritti dell'uomo U.N. Doc. HRI/GEN/1/REV 1994.

rio concedere il diritto di voto agli stranieri, ancorché soggiornanti di lungo periodo. D'altro canto, la normativa europea contro le discriminazioni non riguarda, per esplicita previsione, le differenze di trattamento basate sulla nazionalità. Lo stesso articolo 40 della Carta dei diritti dell'Unione, recepita dal Trattato espressamente, riserva il diritto di voto alle elezioni locali ai soli cittadini europei.

Il ruolo giocato dai governi degli stati membri, soprattutto nell'organo consiliare, ha contribuito in maniera determinante a questa visione conservatrice.

La maggiore apertura del Parlamento Europeo

Per altrettanto comprensibili e simmetricamente opposti motivi, il Parlamento europeo ha mostrato maggiori aperture sul tema. Basti pensare alle risoluzioni n. 292 del 2003 e 28 del 2004 in tema di politica comunitaria in materia di immigrazione, che preannunciavano l'adozione di una direttiva sui residenti di lunga durata, che avrebbe previsto, tra le misure opportune per l'integrazione, la creazione di una vera e propria cittadinanza civica, concessiva di uno status comprensivo oltre che dei diritti di natura economica e sociale, anche di quelli politici connessi all'esercizio del diritto di voto alle elezioni municipali ed europee⁸.

Il dilemma: legge ordinaria o costituzionale?

Per quanto concerne più specificamente noi italiani, resta il dubbio sul *quomodo*, vale a dire sul veicolo da utilizzare per introdurre nell'ordinamento le opportune modifiche.

L'opzione per la revisione costituzionale

Dell'opzione costituzionale, più volte emersa nella nostra storia recente, non può dirsi con certezza che sarebbe errata, perché gli articoli 48 e 51 della nostra Costituzione possono essere interpretati nel senso di legare diritto di elettorato e accesso alle cariche pubbliche. I pregi dell'opzione costituzionale risiederebbero nella maggiore stabilità di una previsione approvata, com'è indispensabile, a larga maggioranza. Come ulteriore vantaggio l'intervento di revisione costituzionale sottrarrebbe alla bagarre politica quotidiana una tematica così delicata, tra le tante che riguardano gli stranieri nel nostro paese.

Il rischio sarebbe approvare una disposizione compromissoria con l'aggravante di essere difficilmente modificabile per l'esigenza di maggioranze qualificate. Ipotizziamo ad es. che fosse approvata l'idea di legare reddito e diritto di voto, come nella

⁸ Per questi aspetti cfr. R. FINOCCHI GHERSI, *Immigrati e diritto di voto nell'attività consultiva del Consiglio di stato*, in *Giornale Dir. Amm.* 5 (2006) 539 ss.

proposta di Gianfranco Fini, e che tale, discutibile, opzione fosse inserita in Costituzione. La sua modifica richiederebbe delle maggioranze difficili da raggiungere in Parlamento, con la negativa conseguenza di cristallizzare un assetto normativo che si presterebbe a plurime critiche, oltre che a veti ed al potere di interdizione dell'opposizione del momento, qualunque parte politica la rappresenti. Del resto, il fenomeno dell'integrazione, insieme a quello, più generale, della migrazione, sono soggetti a mutamenti, dovuti a fattori e contingenti, strutturali, dunque è fisiologico che la legislazione che li riguarda, ivi compresi i diritti di elettorato, siano sottoposte a sollecitazioni continue che rendono necessari costanti adattamenti. Anche considerato quest'ultimo profilo, la scelta costituzionale, che è tutto tranne che elastica e cangiante, potrebbe rivelarsi perdente.

Gli altri argomenti a favore della legge ordinaria. La Corte Costituzionale sull'art. 52 Cost.

Passati in rassegna gli argomenti contrari alla revisione costituzionale, proviamo ad indicare alcuni fra quelli che militano a favore dell'opzione legislativa ordinaria. Innanzitutto detta scelta troverebbe conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 172/1999 con la quale è stata ritenuta infondata, in riferimento all'art. 52 Cost., la questione di legittimità delle norme (tra le quali quelle sulla cittadinanza previste dall'art. 16 della legge n. 91/1992) che prevedevano l'assoggettamento alla leva obbligatoria degli apolidi residenti nel territorio nazionale: uno

dei profili di costituzionalità esaminati dalla Corte riguardava proprio il contrasto, ipotizzato dal giudice remittente, con la previsione dell'art. 52 che indica i «cittadini italiani» come destinatari del dovere di difesa della patria e degli obblighi di leva, nei limiti stabiliti dalla legge. La Corte è pervenuta alla decisione di rigetto ritenendo che il citato articolo 52 Cost. presenta esclusivamente una portata positiva, e che ad esso non possa assolutamente riconoscersi la capacità di «circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale». Nel ritornare sul concetto, la Consulta ha precisato che dal silenzio di una norma costituzionale, in assenza di altre indicazioni, eventualmente provenienti da altre norme o dal sistema, non può farsi discendere alcuna portata interdittiva o dispositiva relativamente all'attribuzione di diritti e doveri ad altri soggetti. In altre parole, quando un precetto si indirizza a dei destinatari, in assenza di altri indici, la sua portata va circoscritta ai medesimi senza potersi trarre ulteriori indicazioni, che risulterebbero inevitabilmente ambigue, se non contraddittorie. E questa stessa sentenza è pienamente conforme a quella giurisprudenza costituzionale, citata alla nota 1 in tema di interpretazione estensiva dei diritti costituzionali fondamentali, laddove il giudice delle leggi ha sostenuto che quando la lettera della Costituzione individua come destinatari i cittadini, rappresenta uno strumento di protezione rinforzata di questi ultimi, onde evitare che agli stessi ne sia limitata la fruizione, ma non vuole affatto dire (né può essere interpretato come se... volesse dire) che quegli stessi diritti non possano essere estesi a terzi.

Ancora nella medesima direzione va l'art. 117 Cost., che inserisce, tra le materie di competenza esclusiva statale, quelle relative alla «condizione giuridica dello straniero» ed all'«immigrazione». E non pare esservi dubbio che, nel sintagma «condizione giuridica dello straniero» rientri anche il diritto elettorale, concernendo la stessa i diritti ed i doveri attribuiti allo straniero. Senza contare che, almeno in via potenziale, anche la materia «immigrazioni» implicando per l'appunto anche la gestione degli strumenti di una corretta integrazione, potrebbe ricomprendere già di per sé la materia che qui interessa.

Le prospettive tunisine

Tornando ai tunisini bisogna ripartire dall'art.54 della loro Costituzione, «Est électeur tout citoyen de nationalité tunisienne, âgé de dix-huit ans révolus et remplissant les conditions fixées par la loi électorale» strutturato in modo simile al nostro articolo 48. Alla luce di questa formulazione sarebbero legittime le interpretazioni aperturiste che si sono affacciate per l'omologa italiana. Tra queste ultime merita essere ricordata quella espressa dalla Commissione di Venezia, organo presente e molto attivo in Tunisia, che nel suo «Codice di buo-

ne condotte elettorali» ha precisato che se è certo che il diritto di voto e l'eleggibilità possono essere sottoposte ad un certo numero di requisiti, di cui quelli tradizionali sono maggior età e cittadinanza... tuttavia si disegna una certa direzione verso la concessione di diritti politici sul piano locale agli stranieri stabilmente residenti conformemente alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale. E si raccomanda di concedere il diritto di votare dopo un certo periodo di residenza⁹.

Il problema della compatibilizzazione dei diritti. L'articolo 49 della Costituzione

Posto che, come a noi pare, quello tunisino è caratterizzato da un approccio normativo adeguazionista, nell'eventuale quadro evolutivo dell'estensione dei diritti elettorali, è importante capire quanto l'estensione di questo diritto possa pregiudicare gli altri diritti, anche fondamentali, protetti dalla Costituzione tunisina¹⁰. È un problema di comparazione fra diritti ed i principi. E ritorna la dicotomia, diritti del cittadino/diritti dello straniero/(in quanto) uomo. E qui cade acconcio ricordare l'importantissimo articolo 49¹¹ della Costituzione tunisina, nella

⁹ Code de bonne conduite en matière électorale adottato dalla Commissione di Venezia.

¹⁰ Dicevamo, infatti, in apertura che l'approccio adeguazionista è molto sensibile al problema della comparazione costituzionale dei diritti fondamentali.

¹¹ A. GUELLALI, *La clause générale de limitations dans la nouvelle Constitution. Genèse, portée et défis*, in *La Constitution de la Tunisie Processus, principes et perspectives. Vers une nouvelle ère dans la protection des droits fondamentaux en Tunisie, La mise en*

sua versione definitiva che così recita: *la legge definisce il quadro relativo ai diritti ed alle libertà garantiti in questa Costituzione così come le condizioni del loro esercizio, senza mai comprometterne l'essenza. (In ogni caso) le restrizioni possono essere applicate per un tempo limitato e per fronteggiare una necessità di uno stato civile e democratico e per proteggere i diritti dei terzi, o per ragioni di sicurezza pubblica, di difesa nazionale, di sanità o di moralità pubblica nel rispetto del principio di proporzionalità e della ragione d'essere dei loro diritti. Le autorità giurisdizionale vigilano sulla protezione dei diritti e delle libertà e sulle loro violazioni.*

Le ragioni di interesse di questa disposizione sono molteplici. Innanzitutto è una norma, che, come si vede, permette di comparare i diritti fondamentali. Meccanismo di comparazione/compressione, fondato sul bilanciamento o nei casi più gravi, sul principio di prevalenza/recessione sconosciuto all'esperienza italiana che, tutte le volte che si deve confrontare con la comparazione fra diritti fondamentali, non può che ancorarsi alla generica formula della ragionevolezza basata sul 'solo' articolo 3 Cost. Ossia è una disposizione che può

divenire cruciale per un'apertura fondata su di un approccio adeguazionista

In secondo luogo si tratta di una norma che prevede, anche qui in forma inedita per l'esperienza italiana, una disciplina in caso di emergenza. E quanto sia significativa ed utile una norma siffatta, non solo ai fini del nostro discorso, ma più in generale, lo dimostra il nostro oggi pandemico-emergenziale. Sul punto non mette conto aggiungere altro.

In terzo luogo è interessante anche la storia di questa disposizione. La sua formulazione finale è il risultato di un dibattito sviluppatosi in seno alla cd. 'Commissione del consenso' organo politico interno alla Costituente¹² che venne istituita nel tentativo di riavviare i lavori di redazione della Costituzione, dopo che gli stessi si erano bruscamente interrotti, per la decisione dei deputati della sinistra, che li avevano abbandonati a seguito dell'assassinio dell'esponente politico di sinistra Mohamed Brahmī Draissi¹³ del quale era sospettato essere mandante il partito confessionale di Ennahda.

Ed è ancora degno di nota che l'articolo 49, opportunamente emendato sul punto, ha sostituito

œuvre de l'article 49 de la nouvelle Constitution tunisienne, in Atti del Convegno 27-28 novembre 2014, *Democracy Reporting International* (2015), 411 ss.

¹² Atti del Convegno di Gammarth di DRI del 2014 cit.

¹³ Mohamed Brahmī Draissi era un politico deputato all'Assemblea costituente eletto nelle fila del partito del Fronte Popolare, di ispirazione di sinistra nasserista. Venne assassinato a Tunisi il 25 luglio del 2013, nei pressi della sua abitazione, nel quartiere dell'Ariana. Un gruppo jihadista, con reti anche in Francia, rivendicò l'attentato, che, insieme a quello di poco precedente di Chokri Belaid, anche lui deputato alla costituente, in un partito di centrosinistra, avvenuto sempre a Tunisi il 6 febbraio del 2013, creò molte proteste sia in Tunisia che all'estero.

nella sua versione finale con le parole ‘Stato civile e democratico’ il precedente sostantivo che compariva, ossia ‘società’ quale genitivo possessivo declinato rispetto alla necessità. Non a caso, dopo un lungo ed articolato dibattito, si optò per un concetto meno ambiguo, giuridicamente circoscritto e non, come quello originario, rinviante ad un ‘altrove’ vago, incerto e compromissorio. Concetto che peraltro si fonda su di una base appunto giuridica e non sociologica, ulteriormente qualificato dagli aggettivi ‘civile’ e ‘democratico’. Aggettivo, quello di ‘civile’ in particolare, predicato per uno Stato che laico non è, che sta lì appunto a testimoniare che esso, e le leggi che emana, traggono la loro legittimazione dal consenso popolare democraticamente espresso, e non da fonti religiose e tanto meno divine. E non è un caso che la discussione di questa disposizione abbia rappresentato un momento di scontro fra le due forze maggioritarie presenti in costituente, quella religiosa e quella laica modernista.

La stessa riaffermazione del concetto di civiltà, non potendo esprimersi in esplicita laicità, in uno stato che laico non è, occupa comunque lo spazio di solito riservato a quest’ultima ed è presente anche nel preambolo della Costituzione tunisina che recita «i fondamenti di un regime repubblicano democratico e partecipativo nel quadro di uno stato civile dove la sovranità del popolo si esercita anche nel rispetto dell’alternanza politica al potere, e con libere *elezioni*». E lo stesso principio è riaffermato nell’articolo 2 della Costituzione a lume del quale «la Tunisia è uno stato civile, fon-

dato sulla cittadinanza, la volontà del popolo e la primazia del diritto».

L’importanza dell’art. 49, che verosimilmente rappresenterà il punto di partenza per ogni apertura in Tunisia della capacità elettorale in capo agli stranieri, risiede dunque nella previsione in base alla quale tutte le limitazioni apportate, per legge, ai diritti fondamentali, possono essere concepite esclusivamente nel quadro dei concetti da esso ribaditi. L’esplicito messaggio cui quella disposizione rimanda è che uno Stato democratico per definizione rispetta il pluralismo, non impone una visione unidirezionale della società, e si adopera per proteggere diritti e libertà di tutti i cittadini, su di una base egualitaria e senza né discriminazioni né arbitri. L’articolo 49 ha anche portata riepilogativa ed onnicomprensiva di tutti i diritti fondamentali previsti in Costituzione, cioè questa disposizione ingloba tutti i titoli della Costituzione compreso. E, d’altronde, e reciprocamente, questa disposizione dovrà essere letta e reinterpretata alla luce degli altri articoli della Costituzione, in ossequio peraltro a quanto prescrive la stessa Costituzione all’art.146, a lume del quale «le disposizioni della Costituzione devono essere interpretate, le une per mezzo delle altre, in armonia fra loro e come un tutto indissolubile».

Prevedibilmente sarà questa la norma sulla quale individuare il punto di equilibrio tra tutte le diverse esigenze che sono implicate nella scelta di estendere il diritto di elettorato agli stranieri che troverà, ragionevolmente, dei limiti solo in quelli fissati da

questa disposizione, anche inscrivendosi in un'ottica adeguazionista. Per intraprendere questo cammino la giurisprudenza e la dottrina giuridica tunisina dovranno, inevitabilmente, superando antiche rigidità, prendere atto che alcuni diritti, ancorché fondamentali, sono soggetti a restrizioni dovute alla necessità stessa del vivere insieme e dalla necessità di determinare gli spazi di libertà di ciascun individuo interagendo con l'interesse della comunità nazionale ed internazionale, contesto quest'ultimo – almeno culturalmente – caratterizzato da una continua espansione di garanzie e tutele.

In questo senso dovrebbe aiutare proprio il doppio significato di cui ci pare portatore questo articolo 49: da una parte, infatti, esso permette una certa flessibilità nell'applicazione/protezione dei diritti, e dall'altro mira a limitare il rischio di una deriva ed impedisce che eventuali restrizioni legali svuotino di significato e privino di essenza questi diritti. In questo quadro complesso verosimilmente, si giocherà nel prossimo futuro, la possibile apertura del diritto di voto agli stranieri nell'ordinamento tunisino.

Conclusioni

In conclusione, restano tre considerazioni. La prima riguarda la Costituzione italiana che necessita, evidentemente, di un adattamento sotto il profilo della compatibilità/bilanciamento dei diritti fondamentali. Verosimilmente è giunto il momento, costituente, di introdurre una modifica sul punto, precisando parametri simili a quelli contenuti nell'articolo 49 della Costituzione di Tunisia, o volendo anche nell'articolo 16 della Costituzione francese¹⁴, che, concentrandosi piuttosto sulla procedura che non sui parametri, parimenti rappresenta un'utile norma costituzionale emergenziale che parimenti manca da noi e della quale si avverte, (rectius: si è avvertita, in quest'ultimo biennio) la mancanza¹⁵.

La seconda considerazione riguarda la situazione tunisina. L'appello allo Stato come esclusiva fonte di diritto, – e che in certi momenti, a leggere i lavori preparatori, è sembrato essere quasi 'disperato' – è stato evocato dai giuristi progressisti e laici che hanno partecipato al processo costituente tunisino. Or

¹⁴ Articolo 16 della Costituzione francese 'Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel. Il en informe la Nation par un message. Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L'Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels'.

¹⁵ Beninteso, con tutti i rischi, di avere una norma emergenziale atipica in Costituzione.

bene mentre negli ordinamenti europei, anche grazie ad interventi filosofico giuridici di giuristi di notevole spessore, come Paolo Grossi¹⁶ e Francesco De Sanctis¹⁷, da questo lato del mediterraneo, si preconizza e si incentiva, come fonte di libertà e/o comunque di apertura dell'ordinamento giuridico, il ricorso a fonti 'sociali' del diritto, a scapito di quelle statuali, in Tunisia, ossia sull'altra riva del mare nostrum, in modo diacronicamente e simmetricamente opposto il ricorso alle fonti statuali viene utilizzato a scopo difensivo, quale ombrello protettivo da indebite interferenze religiose nella vita pubblica¹⁸.

La terza, alla luce delle prime due, più che una

considerazione è una presa d'atto. In questo iato, nello spazio filosofico-giuridico che riguarda le fonti del diritto, che abbiamo sinteticamente tratteggiato due righe sopra, ci pare si possa dire, si staglia netta una differenza fra i due sistemi giuridici e tra le due differenti filosofie che li supportano, spazio differenziale molto più ampio di quanto non li separino i due approcci di cui si parlava all'inizio, quello adeguazionista e quello integrazioneista. Dunque qualunque politica migratoria, in essa compreso il diritto di voto, se volesse ripartire, anche solo in via bilaterale fra i due paesi, non potrebbe farlo, se non tenendo conto di queste differenze.

¹⁶ Per tutti P. GROSSI, *La prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2007, 11 ss.

¹⁷ Cfr. F. DE SANCTIS, *La nozione di comunità* in *Dall'assolutismo alla democrazia*, Torino 1993, 183 ss.

¹⁸ Con buona pace delle 'ambizioni marxiste' evocate alla nota 1.

Roberto Giovane di Girasole

L'attività di osservazione internazionale dei processi

Ringrazio l'Università Federico II, il Dipartimento di Giurisprudenza e la prof.ssa Francesca Galgano per avermi invitato a questo Convegno che affronta un tema di straordinaria importanza ed attualità. Il rispetto dei diritti umani costituisce un 'minimum' inderogabile per lo stato di diritto e la democrazia. Nel bacino del Mediterraneo si affacciano Stati appartenenti a tre continenti, Europa, Asia ed Africa ed in esso, drammaticamente, confluiscono i flussi migratori verso L'Europa, in gran parte originati da violazioni dei diritti fondamentali.

I diritti umani sono trasversali perché al loro rispetto deve essere orientata tutta la produzione legislativa, nei più svariati settori. Nell'attuale mondo globalizzato ciò che accade in un Paese terzo, anche extra europeo, non può non avere un impatto qui da noi in Italia, soprattutto con riferimento ai diritti umani. Rispetto al tema delle migrazioni, affron-

tato in alcune delle relazioni di oggi, non possiamo non richiamare l'applicabilità delle sentenze della Corte europea di diritti dell'uomo anche ai cittadini di Paesi terzi rispetto alla Convenzione, che si trovino comunque all'interno del territorio di uno stato membro. Esempio a questo proposito, con riferimento al nostro Paese, la vicenda della sentenza El Didri, C-61/11, dalla Corte di Giustizia UE del Lussemburgo.

Su di un piano più generale dobbiamo sottolineare che, molto spesso, al moltiplicarsi di convenzioni ed accordi in tema di diritti fondamentali, non fa seguito un corrispondente aumento dell'effettività della protezione dei diritti. Questo dell'effettività delle tutele e dell'efficacia dei rimedi a livello di Giurisdizioni e convenzioni internazionali costituisce oggi un problema centrale, in un mondo sempre più interconnesso. Con riferimento

Avvocato del Foro di Napoli; Componente della Commissione rapporti internazionali e paesi del Mediterraneo del Consiglio Nazionale Forense (CNF); Componente del Comitato di diritto penale degli Ordini Forensi Europei (CCBE).

al Mediterraneo è evidente che ciò che accade in Turchia, Libia oppure Egitto, nel campo delle violazioni dei diritti fondamentali, non può non avere ripercussioni nel nostro Paese.

Le gravi violazioni dei principi dello stato di diritto, dell'indipendenza della giurisdizione e del giusto processo che si registrano ad esempio in Turchia, stato membro della Cedu, non possono lasciarci indifferenti. La Turchia fa parte del Consiglio d'Europa, è candidata ad entrare nella UE, eppure viola questi principi.

L'Avvocatura italiana, negli ultimi anni, consapevole della necessità di accendere i riflettori su quanto accade nei Paesi dove si registrano le più gravi violazioni dei diritti fondamentali, con minacce, intimidazioni, arresti e condanne ingiuste a carico degli avvocati, che dei diritti sono i naturali difensori, ha moltiplicato i propri sforzi.

In questo quadro si svolge anche l'attività di osservazione dei processi all'estero a carico di avvocati ingiustamente arrestati e processati solo per aver diligentemente svolto il proprio mandato difensivo, spesso finendo per essere accusati di concorso nei reati di cui sono chiamati a rispondere i propri assistiti, che è oggetto della mia relazione.

Sia pure nel limitato tempo a mia disposizione, tenterò di spiegare qual è la base legale che rende possibile l'espletamento di queste missioni di osservazione processuale in Paesi terzi e quali sono i requisiti minimi cui deve essere improntata l'attività dell'Osservatore ai processi.

L'attività di osservazione processuale da parte

di un cittadino straniero trova fondamento nelle seguenti disposizioni di diritto internazionale:

- Articolo 9, comma 3, lett. b) della Dichiarazione ONU del 1998 sui diritti e le responsabilità degli individui, gruppi ed attori sociali di promuovere e proteggere i diritti umani universalmente riconosciuti e le libertà fondamentali: *Ogni persona individualmente o in associazione con altri ha il diritto (b) di partecipare a udienze, procedimenti e processi pubblici in modo da formarsi un parere sulla loro conformità al diritto nazionale ed agli obblighi e impegni internazionali applicabili;*
- Articolo 10 della Dichiarazione Universale dei diritti umani: *Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.*
- Articolo 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici : *1. Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile. Il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo*

esiga l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario, ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli.

- *Articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali: 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.*
- *Articolo 13 lett. b) della Carta Araba dei diritti umani: Il processo è pubblico salvo nei casi*

eccezionali richiesti nell'interesse della giustizia in una società rispettosa delle libertà e dei diritti dell'uomo.

Nel corso di una delle udienze di un processo in Turchia al quale ho assistito negli ultimi anni come osservatore, per conto del Consiglio Nazionale Forense, per la prima volta vi è stato un riferimento diretto da parte di una Corte al principio della pubblicità dei processi con riferimento alla possibilità di assistervi da parte di avvocati di Paesi stranieri. Si tratta del processo cosiddetto KCK, in corso di svolgimento presso il Tribunale Caglayan di Istanbul, nel quale sono imputati 46 avvocati, difensori del leader curdo Ocalan, molti dei quali dopo l'arresto nel novembre del 2011 hanno scontato anni di custodia cautelare in carcere, accusati di essere collegati con la Unione delle Comunità del Kurdistan (KCK), considerata dal governo turco come organizzazione terroristica legata al PKK.

Subito prima dell'inizio dell'udienza del 6 luglio 2017 il Tribunale si è rivolto agli osservatori internazionali presenti, sottolineando che la Costituzione turca non prevede la presenza di avvocati stranieri, e che tuttavia ci era concesso di restare in aula solo perché l'udienza è pubblica.

Il processo KCK, che risale al 2011 e ancora non è definito.

L'altro elemento sul quale desidero attirare la vostra attenzione è quello relativo alla preparazione delle missioni di osservazione processuale.

Al fine di evitare di creare nocumento a se stessi e, soprattutto, agli avvocati imputati nei processi oggetto della osservazione e dei loro familiari, le missioni vanno preparate per tempo e con grande scrupolo. È bene muoversi solamente dopo avere avuto dei contatti con gli avvocati del Paese oggetto della missione, i quali potranno fornire tutte le informazioni necessarie ad integrare il quadro conoscitivo di base della situazione relativa alle violazioni dei diritti umani e dei singoli processi.

In estrema sintesi, non avendo il tempo in questa sede per sviluppare l'argomento, prima dell'inizio dell'udienza sarà necessario:

- l'inquadramento generale della situazione socio-politica;
- lo studio del quadro legale di riferimento;
- lo studio del caso.

Inoltre particolare attenzione dovrà essere posta alla composizione della delegazione.

Sarà bene avere un mandato scritto a compiere l'osservazione processuale a firma del rappresentante legale della Istituzione o associazione forense di cui si fa parte.

Occorre anche compiere una valutazione del rischio e la condivisione delle regole di cautela con tutti i componenti della delegazione di osservatori, anche con riferimento alla gestione della comunicazione all'esterno.

Durante lo svolgimento della missione è essenziale la verifica delle informazioni raccolte.

Una volta terminata la missione occorre procedere alla stesura del rapporto e gestire le comunica-

zioni con la stampa. I report delle missioni spesso sono l'unica fonte di informazione su determinate situazioni oppure determinati processi.

Gli osservatori, quindi, svolgono una funzione importante, che non è solo quella portare solidarietà ai colleghi sotto processo ma anche di tenere viva l'attenzione della comunità internazionale su alcune questioni specifiche in contesti di gravi violazioni dei diritti fondamentali.

In Turchia secondo l'ultimo report di Arrested Lawyers Initiative, un'associazione di avvocati turchi in esilio, più di 1.600 avvocati sono stati arrestati e di questi 450 avvocati sono stati condannati a 2.786 anni di reclusione complessivi.

Consapevole della gravità della situazione in molti stati del mondo il CNF, nel 2016, ha fondato, insieme al Consiglio Nazionale Forense Francese, all'Ordine degli Avvocati di Parigi e al Consiglio Generale dell'Avvocatura Spagnola, l'Osservatorio Internazionale degli Avvocati in Pericolo (OIAD), con sede a Parigi. Successivamente ha proclamato il 2020 'Anno dell'avvocato in pericolo nel mondo', mobilitando l'Avvocatura italiana.

Attualmente ne fanno parte più di quaranta ordini di avvocati, di cui 12 italiani, francesi, spagnoli, belgi, svizzeri tedeschi e anche di Paesi extraeuropei.

L'attività di monitoraggio dell'Osservatorio, oltre che attraverso l'organizzazione di missioni di osservazione internazionale, si esplica anche attraverso la redazione di richieste e petizioni ai Governi, per chiedere il rispetto dei diritti umani in relazione ai singoli casi. Sostiene i colleghi che, costretti

all'esilio, attivano le procedure di asilo. Fornisce anche assistenza al fine di aiutarli a trovare un primo inserimento e a garantire le cure mediche.

I documenti redatti dall'Oiad richiamano i 'Principi dell'Avana sul ruolo degli avvocati', che sono stati adottati dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei condannati, tenuto all'Avana, Cuba dal 27 agosto al 7 settembre 1990.

Questi principi stabiliscono in capo ai Governi nazionali degli obblighi precisi di garanzia per l'attività degli avvocati, prevedendo all'articolo 16 che i governi garantiscono che gli avvocati:

- a) siano in grado di svolgere tutte le loro funzioni professionali senza intimidazioni, ostacoli, molestie o interferenze improprie;
- b) siano in grado di viaggiare e di consultare liberamente i propri clienti sia all'interno del proprio paese che all'estero;
- c) non soffrano, né siano minacciati di essere perseguiti penalmente o con sanzioni amministrative, economiche o di altro tipo per qualsiasi azione intrapresa in conformità con i doveri professionali, gli standard di comportamento ed etici.

I Principi dell'Avana stabiliscono all'articolo 17 uno specifico obbligo di protezione per gli Stati: *laddove la sicurezza degli avvocati sia minacciata in conseguenza dell'espletamento delle loro funzioni, essi devono essere adeguatamente salvaguardati dalle autorità.*

Il tema delle violazioni alla indipendenza della Giurisdizione è oggi al centro dell'attenzione di

tutti coloro che si battono per difendere lo stato di diritto ed il giusto processo.

Per questo si è sempre battuta l'avvocata Ebru Timtik, morta in carcere nell'agosto dello scorso anno, dopo 238 giorni di sciopero della fame, per il rigetto di tutte le istanze di scarcerazione per le sue gravissime condizioni di salute.

La collega Ebru Timtik nel marzo 2019 era stata condannata, insieme ad altri 18 avvocati dell'associazione CHD (avvocati progressisti), tutti condannati a pene variabili da un minimo di 3 anni fino a 19 anni di reclusione, per presunti reati di terrorismo. La pena comminata era terribile: 13 anni e sei mesi di reclusione. Aveva iniziato lo sciopero della fame nel gennaio 2020, per richiedere l'indipendenza della giurisdizione, il rispetto dei diritti fondamentali e delle regole del giusto processo insieme, dal successivo mese di febbraio, al collega coimputato Aytac Unsal (condannato a 10 anni e 6 mesi di reclusione). Il 5 aprile 2020, giornata dell'avvocato in Turchia, avevano entrambi deciso di proseguire lo sciopero della fame fino alla morte.

Il loro processo è stato caratterizzato da gravissime violazioni delle più elementari regole processuali e del diritto di difesa, come accertato anche da una missione internazionale di 15 avvocati, provenienti da sette paesi europei, cui ho partecipato per conto del CNF, che si è recata anche presso il carcere di Sliviri (Istanbul) nell'ottobre del 2019, dove era detenuta Ebru Timtik. Si è fatto ricorso ai cosiddetti 'testimoni segreti', la cui identità è sconosciuta, impedendo un reale contraddittorio. Ai

difensori non è stato consentito di svolgere correttamente il loro mandato difensivo.

Il CCBE (Ordini Forensi d'Europa) ogni anno attribuisce il premio 'Human Rights award' agli avvocati che si sono contraddistinti nella difesa dei diritti umani. Nel 2019 il premio è stato conferito a quattro avvocati iraniani, la premiazione è avvenuta a Bruxelles, alla presenza di Shirin Ebadi, una avvocatata iraniana, esule dall'Iran, che è stata la prima donna musulmana a vincere, nel 2003, il Nobel per la Pace, proprio per la difesa dei diritti umani in quel Paese. Seguiamo tutti con apprensione la vicenda della collega Nasrin Sotoudeh, anch'essa in sciopero della fame per molto tempo, condannata a 33 anni di reclusione e 138 frustate. Personaggio di spicco nella lotta in favore dei diritti umani in Iran la Sotoudeh è conosciuta principalmente per aver difeso diverse donne arrestate per non avere indossato il velo in pubblico, per protestare contro l'obbligo del velo dopo la rivo-

luzione del 1979. Per il suo impegno nei confronti della difesa dei diritti umani, Sotoudeh ha ricevuto il Premio Sakharov per la libertà di pensiero dal Parlamento europeo nel 2012. Nel 2020 il premio del CCBE è stato attribuito a quattro avvocati egiziani, tra i quali l'avv. Ibrahim Metwally, detenuto nel carcere di Tora. Fu arrestato 10 settembre 2017, all'aeroporto del Cairo, mentre si stava recando a Ginevra per essere ascoltato dal Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulle sparizioni forzate, con l'accusa di finanziare e dirigere una organizzazione clandestina creata per diffondere informazioni al fine di attentare alla sicurezza nazionale. Ebru Timtik, Nasrin Sotoudeh, Ibrahim Matwally, figure di donne ed uomini, avvocate ed avvocati, che combattono per difendere i principi fondamentali e la libertà di noi tutti, fino a pagare con la vita nel caso di Ebru, e con una lunga, ingiusta e, purtroppo, tuttora persistente detenzione, nei casi di Nasrin ed Ibrahim.

Samah Saleh

*Encountering Israeli colonial power:
the experience of arrest for Palestinian women political prisoners*

Introduction

In this paper I am going to trace the politics of arrest for Palestinian women in Israeli colonial prisons, places that constitute a space of direct encounter with Israeli soldiers. I seek to understand the ways in which Palestinian women captive in Israeli prisons have managed the exposure of their secret roles in military and political in the time of arrest. During this exposure, Palestinian women transform their space of negotiation to enact agency and resistance to reflect their sumud and steadfastness not to cooperate with the Israeli military soldiers. I attempt to explore how the conflict between Israeli soldiers and Palestinian women define power relations in this space and time. On one hand, Israeli forces employ a variety of torture techniques, including physical, psychological and verbal intimidation. Palestinian women, on the

other hand, try to resist coercion at the hands of Israeli soldiers showing their political subject.

More than 18,000 Palestinian women have been in Israeli prisons since 1967. Today, there are, on average, 39 women in prison (Al-Dameer 2020), but the number fluctuates according to the political situation and the success of prisoner exchanges; when clashes and conflicts with Israel intensify, the number of women in prison increases. Women are imprisoned for their involvement in political or military activity against the Israeli occupation. This paper is based on interviews that were collected between 2012-till now as part of my interest in studying the experience of Palestinian women former prisoners. The interviews provide a close examination of their narratives and experiences before, during, and after prison. I have used a methodology that allows me to raise voices that have been silenced and highlight experiences that

have never been deeply discussed. In my interaction with participants, I gave them the opportunity to reflect on their personal experiences and share them in their own way.

The Politics of Arrest

The experience of arrest is a process wherein detainees are consumed by dread, uncertainty and fear for their lives and the fate of their loved ones. The process is also terrifying for the suspect's entire family. When the police raid the house, all of the arrestee's family members must evacuate with their IDs and go through a security check. They leave the house, exposing themselves to the public. They have to answer all the questions they are asked and follow the strict disciplinary procedures they are subjected to by Israeli officers. Once outside, men and women are separated. The arrest of a family member, especially individuals involved in secret resistance groups, is often shocking for the family and those in the surrounding community, who never knew that this person was involved in politics or military activity. In other cases, if the person is known to be an activist, their arrest might be expected. In such cases, when there is an Israeli invasion in any area of the Palestinian territory, the activist and their family begin to prepare for their arrest, particularly if another member of their

group has already been arrested and might have given them up in interrogation. When a woman is arrested, it is usually particularly unexpected and disturbing. When the soldiers single out the 'wanted' woman, without any explanation, the family is left shocked and suspicious about her likely charges. In this moment, the woman's secret space of negotiation is exposed.

A Visit Unexpected and Expected

According to my participants, the process of the arrest can take a few hours; it involves complex interactions of power and resistance. At the same time, it is an emotionally charged moment for the woman who is being taken from her family to an unknown space. Usually, it takes place in the early hours of the morning when people are sleeping. If there are suspicions about the wanted person without concrete evidence, they do not go for a long interrogation, but are sent to administrative detention. B'Tselem¹, the Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, defines this as detention without charge or trial. It is authorized by administrative order rather than by judicial decree. Such prisoners fear that they will spend a long time in prison, and worry that something or someone will prove the accusations against them.

¹ http://www.btselem.org/topic/administrative_detention.

Majd was studying for her final exam early one morning when she heard the noise of Israeli soldiers in the street. She saw them through her window and called one of her relatives to warn him and ask if he knew what was going on. It never occurred to her that she would be arrested. As soon as she finished the call, she saw the Israeli soldiers around her house. She woke up her parents and told them to be prepared for an invasion of their home. Majd's older brother had been imprisoned a few weeks before this. She said: «*They were near Jamal Abd Alnaser school, near our home...A few minutes later they left to bring someone to lead them to our house. I don't know what happened after*». In the process of the arrest, the Israeli forces bring a human shield with them to lead them to the house. Usually this person is a neighbour or relative of the family. First the person starts calling to the family to open the door, and then knocks so that the soldiers can go inside. If this takes a long time, and no one responds, the soldiers start shooting in order to scare those inside and their neighbours.

After the Israeli soldiers invade and evacuate the house, some times without giving any of indication of who they are looking for, they begin searching the house and creating chaos. Harassment and violence accompany these invasions. The family are full of fear, often not knowing why they have soldiers inside their home. Retab, who was surprised to be arrested and was never even informed of the crime for which she was imprisoned, described her arrest: «First of all, it is the most scary thing ever...

We are a very peaceful family. They came at 4 o'clock in the morning, a lot of soldiers. They started shouting at us to evacuate the house...I held my sick dad's hand. He had a stroke before so he couldn't move quickly; they started shouting at us again and again to get out of the house. I can't explain our feelings. It is very hard and I feel the same fear again, even talking about it. It is something painful inside you. It is oppression, injustice. You don't know what they want from you and where they will take you».

The experience of the arrest was the most difficult stage of imprisonment for my research participants. The evacuation of the family in early hours in the morning or late at night while they were often in their pyjamas is another instance in which the occupation exposes the private to the public. Similarly when the Israeli soldiers search the house after forcing its residents outside, the family's privacy disintegrates. At the same time, the woman being arrested is suddenly exposed to her family. «I expected something else, but I got arrested. I expected to do something I would be proud of. I never thought about death, maybe martyrdom, but no, not being in prison...I just wanted to do something, whatever would happen. But being imprisoned never entered my mind...When I used to hear about women in prison, I used to think about them a lot and feel sorry for them, and was more sorry when I heard about their family's struggle to go and visit them... When they came to my home, they made a mistake. They went to another woman who has a similar name and

arrested her. When they realised the mistake they made, they came to me».

Manal was pregnant and a mother of four at the time of her arrest. She was accused of smuggling weapons between cities and of owning and hiding weapons for fighters. Manal never thought that she would be arrested for her roles in such things; she expected to be killed while smuggling weapons. Manal used her pregnancy as cover to go to hospitals and travel between cities. Her medical condition meant that she was never held in checkpoints or subject to questioning. Using her pregnancy was also a good strategy to hide her activism from her husband and family. Because she told them that she was attending appointments related to the pregnancy, they never suspected she might be involved in military groups. They were aware she was cooking for fighters, and sending them food, but not that she was taking roles that would put her life in danger. She enjoyed her freedom and her movement outside of the house was never restricted. Manal's story illustrates how some women make use of their expected roles as women to conceal their political or military work. Manal thought that her pregnancy and motherhood removed any threat of being arrested. When the soldiers did come to her home, she knew it was for her because the neighbor with a similar name had been arrested a few days before and then released when they realized this woman was not the person they wanted. This had concerned Manal, but she had not expected her arrest to happen so quickly.

Ikhlas, a mother of two sons, was in shock following the detention of one of her sons, just few months before her own arrest. Ikhlas was keen on taking revenge for his incarceration, in whatever way she could. She had decided to become a suicide bomber, but she never expected to be arrested or imprisoned. She thought she would die taking her revenge. This experience was common among the women I interviewed who were undertaking preparation to become suicide bombers. Ikhlas told her sister that she had communicated with one of the military groups. Her sister was angry with her because, in her fixation on avenging her son in prison, she never thought about what would happen to her other son. Her sister warned her that she could be arrested. On the same night of her argument with her sister, Ikhlas was arrested. «It was 2:30 in the morning. I was sleeping in my young son's room. When I saw the soldiers I knew it was for me. But my parents never expected this, never expected that I could be involved in such things... They thought that my life was just about work and home... On the previous day even I had cleaned the house really well, and done a lot of chores, and thought that the on following day I would be a martyr. But I was arrested».

Ikhlas, like many of my participants, focused intensely on her daily activities before, because she thought she would carry out the bombing the next days. Performing their household activities, for example, taking care of their children or cooking for their families, is part of Palestini-

an women's everyday practice, and can also be a tactic of negotiation to hide their involvement in acts of resistance.

Most of the women I interviewed told me that they concentrated on their cleaning and cooking in the days before their arrest. Wanting to explore why this was such a common theme, I asked Hayam why household chores became so important at this time. She said: «It can be a feeling», but did not elaborate. From my understanding of this answers from the participants to describe their house activates to be feelings, that those women were prepared. This statement suggests that women may have anxieties about being arrested when they are involved in secretive work. As well as being a tactic of negotiation, focusing on their everyday roles as women is perhaps also a way to repress their fear of the consequences of their actions. Even Manal, who never thought about being arrested, realised her fear after her neighbour was taken. On the same day of Manal's arrest, she cooked her children their favourite meal, cleaned the house and visited her mother. Through such activities, women insist on their feminine roles, in a sense denying to her family, and also the Israeli occupation, that they could be part of any group, or that they were trained to become freedom fighters.

Some women were clear during their interviews that they expected to be arrested and had been waiting for this moment. Sabreen was part of a military group with the Islamic Jihad who were planning to become suicide bombers inside

Israel. Some of the group's members were arrested, including the other female. Sabreen said: «The girl they arrested was my best friend. She used to come to my house to sleep over. My family knew her well. They used to ask me about her when she stopped coming, but I decided not to tell them that she was arrested. I hid it from them. Just my oldest sister knew that my friend was arrested... The day of my arrest, my sister saw the solders downstairs and she said to me, 'They are coming to arrest you'...I said to her, 'Why me?' She told me to get ready. They brought a guy from the same political movement to show them my home, and to knock on the door. My oldest sister opened it, but they told her they wanted me not her».

Sabreen was aware she would be imprisoned after the arrest of her friend. She hid this from her family, so they would not worry about her, or try to do anything. Her oldest sister knew through the media about her friend's arrest for planning to become a suicide bomber. This made her sister suspicious about Sabreen, as they were very close friends. They spent a lot of time together, sleeping over at each other's houses and going to university together. So when the soldiers came into their neighbourhood, her sister was aware that they were there to arrest Sabreen. She told her to prepare so that when they came she would be in conservative clothes and fully covered with her veil. Her sister tried to talk to the soldiers to give Sabreen more time, but she failed because the soldiers recognized that she wasn't Sabreen.

When Women's Bodies Become Weapons

Most of the research participants never thought about the possibility of going to prison; it would be too agonizing to cope with. Unexpected or expected, it is a difficult experience for women, and one that transforms their space of negotiation. The moment her house is invaded and she is arrested, her space of negotiation is critically altered. She may feel terror, but her fear must be concealed. Women, and their families, feel they must perform strength and resistance, showing their *sumud* to the Israeli soldiers. The family members try to make a show of support for their daughter, hiding their fear. This direct encounter between the Israeli forces and the Palestinian family reflects the power each side tries to show the other; it is an exercise of power. The Palestinians show their *sumud* and steadfastness. The Israeli occupation is all too familiar with Palestinian culture and the position of women in their conservative communities. As such, they are aware of how sensitive the community is around issues connected to women's honour and protection. The Israeli authorities capitalize on such issues to threaten women and their families.

Illustrating this tactic, Ikhlas remembered a conversation between one of the officers who arrested her and her father: «When they took me, the officer told my dad, 'Your daughter is planning to kill herself... You should have taken more care of her and observed her mobility more. She would have been dead by now without you noticing'... My dad said, 'It is impossible for my daughter to think of

committing such a thing. She is fainthearted and scared of everything».

In this exchange, it is clear that the Israeli officer tries to blame the father for not taking care of his daughter. According to him, the father is oblivious to his daughter's activities and the places she frequents; the father has fallen short of controlling his daughter in a conservative community where women are typically under men's authority. At the same time, the father's denial of his daughter's involvement in the breach of law is mixed with shock and the desire to protect his child. The father insists that his daughter is fearful, shy and meek, denying his inability to control her. To protect his daughter from imprisonment, the father stresses his daughter's innocence, and that, contrary to the officer's claims, he is taking good care for her. This denial reflects *sumud*, and also gives his daughter, who is listening to the conversation, the strength she needs. Furthermore, it reminds her not to cooperate with the soldiers.

When a woman is arrested, her family deeply fears her body being violated and exposed. This fear will stay with the family during the entire period of the woman's imprisonment. Palestinians are aware that under Israeli law, when there is an arrest, Israeli forces should include female soldiers to deal with women. Knowing that no strange man will touch their daughter gives some comfort to the family. However, Palestinians know that the Israeli occupation does not always respect international laws, and might still pose a threat to their

daughters. Majd's father was a lawyer and his legal knowledge gave him power in his dealings with the Israeli soldiers and officers. During Majd's arrest, he had two confrontations with them trying to protect her. Majd described the first one: «My dad was talking to them most of the time. He insisted they bring female soldiers to search me. He said, 'She is a woman and you should bring a female soldier to search her'... They asked him to shut up. I started repeating my dad's words... The officer came and stripped my coat off and threw it on the floor. I decided to turn my trouser pockets out so he wouldn't touch me».

In this confrontation, Majd's father found it hard to see her being searched in front of him by a man. He tried to challenge the officer with his knowledge of the law. However, by removing Majd's coat, the officer threatened to expose her body, showing her father that he had more power than the law. Majd's decision to turn out her pockets was meant to protect herself from the soldier touching her and to calm her father's fear. This situation brings to mind Butler's (2004) argument about violence. She writes: «Violence is...a way in which the primary human vulnerability to other humans is exposed in its most terrifying way, a way in which we are given over, without control, to the will of another, the way in which life itself can be expunged by the wilful action of another. To extent that we commit violence, we are acting upon another, putting others at risk, causing damaged to others».

The form of violence the Israeli soldiers use makes Palestinian feel vulnerable, and exposed. Palestinians respond to this violence in a violent way as Majd father was shouting and getting angry with the soldiers. In Majd's experience, it is clear that the Israeli soldier tried to make her father to feel vulnerable, which made Majd react and respond the soldiers. Majd's repetition of her father's words was also a way of showing her political subjecthood and her knowledge. She was trying to show her strength and acting to protect her father and her family. She did not want to put her father at risk. Other women react to the soldiers and become violent, which can cause them problems after their arrest, and put them and their families at risk of physical violence.

Majd's father's second confrontation occurred when they told him they were going to arrest her: «They told my dad that they were going to arrest me, but my dad refused, in the beginning, to accept the idea. He said, 'It's a girl and I can't leave her to go alone.' He said that he was lawyer and he knew the law of arresting a woman. He said they should bring a female soldier or take him or my mother to be with me, if there were no female soldiers. They then agreed to bring my mother with me. My dad refused. He said he would sue them if they took me without a female soldier».

Majd's father was trying to protect his daughter from being taken away by the male soldiers without a female figure present. He believed a female soldier, even if she was an agent of the occupation,

would still provide some protection for his daughter. He was particularly worried about her being left alone with a group of male soldiers because one of them had already stripped her coat away in front of him. When he used his knowledge of the law to challenge the Israeli officer and threatened them to sue them, they agreed to allow her mother to accompany Majd until they came to the military point, where there were female soldiers. Majd was handcuffed and blindfolded and thrown inside the prisoner car, along with her mother, who was also blindfolded.

The Hidden Resistance in the Last Goodbye

Saying goodbye is the hardest moment for female arrestees. It is a mixture of emotions, memories, fear, and resistance. Women try to create excuses to spend more time with their family, such as asking to change clothes, put shoes on, or use the toilet. They hug each family member. «Space is no more concrete than time, nor is it easier to represent. The subject is no more clearly positioned in space than in time; indeed, the immediacy of the ‘hereness’ of corporeal existence is exactly parallel to the ‘nowness’ of the subject’s experience» (Grosz, 1995, 85). This argument clearly reflects how time becomes more important for women than space. They want to spend more time with their family, they try to focus their attention on using the time. Time becomes the challenge for women. They try

to show their *sumud* and strength during the arrest, and they also use the time to resist and delay the soldiers.

During their arrest, women use different tactics to frustrate the Israeli soldiers. When she heard the knock on the door, Rula realized that she would be arrested, as most of her comrades had already been detained. Describing how she felt when she realized she would be imprisoned, she said: «I was trying to steal the moment». Wanting to spend more time with her family, she created delays to ‘steal’ some time before she was taken. This statement reflects her awareness that she was going to be absent from her life. Women think about prison as disconnected from their lives (Davis, 2003). As they become absent from their own homes, the memories of the house raid and arrest and their family’s experience become strongly present. They worry about their family and how they handled the arrest. Rula decided to give the Israeli officers a hard time. She was aware of her rights, and she decided to use them. She delayed leaving the house, asking to change from her pyjamas, dressing as slowly as possible, and then asking to go to the toilet. This tactic of being slow is a form of resisting Israeli power.

Kholoud tried to tell the officer that they couldn’t arrest her at that time, and that they should come back another day, as she was on her period. Of course, the officer did not listen to her, but this enabled her to demand some basic rights. She insisted on using the toilet, changing her clothes and bringing extra clothes with her. Like Rula, other

women respond slowly to the soldiers. They obey the soldier's orders, but also demand to do things like hugging their children and family members. Kholoud said: «When they were putting the handcuffs on me and my husband, I asked them to wait. He was standing near me. I hugged him and gave him a kiss in front of them. I did not see him for two months. He had been in prison before. He told me to take care of myself and to think just about myself. I told him not to worry and then they took me to the jeep».

Her husband's support, and his insistence that she should think about herself and not worry, meant a lot to Kholoud. She had the strength to tell her children to take care of each other, especially her older daughter. «I said to Asma to put me in her mind, and to remember how I did things and take my role».

Saying goodbye is an important moment for women prisoners; they have to show their strength, encourage their families and not show any weakness or emotion. Manal described how she dealt with her arrest: «I was so strong... I did not want to show them or my children and my husband my weakness. I told my husband and children not to worry or be afraid for me, and that I would be back for them... My youngest child, the sick one, was crying... I told him to shut up and promised him that I would come back quickly».

Hiding her emotions from the Israeli occupation was a tactic of resistance, but she also wanted to give her family strength and to make them feel

confident that she would survive prison. She spoke harshly to her son who started crying because she didn't want him to collapse in front of the Israeli soldiers. She wanted him to keep his sumud, but she also tried to comfort him with the idea that she would soon be back to support him, even though she was aware she would spend a long time in prison. At the moment of encounter with the Israeli occupation, the shape of the space of negotiation starts to change. It becomes based on showing strength and political subjecthood. As we have seen, this takes various forms, from being slow to demanding basic rights. In this space of negotiation, women have to constantly hide their fears. They are aware of the difficult situation they are in and the ambiguous future they face in prison. They are worried about their bodies and the family they leave behind, but they manage these feelings by showing strength and resistance in every action.

Sabreen knew all the stages of imprisonment, so she understood the process she would be subject to. Most of her concerns were for her family. She said: «I felt sorry for my family. When they put me in front of my mother blindfolded, my heart was bleeding. Poor mom, how she would handle my arrest... Then I started to think about the next step and what would happen». Sabreen resisted succumbing to the pain and anxiety about her family by concentrating on the future and what she was going to face. She convinced herself that her mother would be in good hands and that she had to think about her imprisonment and how she would pass

the interrogation. Sabreen's experience reflects Butler's (2006) description of the precarious life of the dispossessed. She argues, 'When we lose certain people, or when we are dispossessed from a place, or a community, we may simply feel that we are undergoing something temporary, that mourning will be over and some restoration of prior order will be achieved' (2006: 22). Women feel guilt, and worry about their family, but then they realize that this is something temporary and they will be released. After her arrest, Sabreen, for example, recalled: «My mother use to repeat to me that, at the end, prisoners will be released and will go back to their families, but with martyrs it is harder. They are buried and they will never come back». Sabreen thought that her mother would understand, and would be happy that Sabreen would be alive when the ordeal was over. This thought gave her the strength to resist and to keep her sumud during her arrest.

Some women believed that the experience of arrest is much harder on the prisoners than their family, and that no one can truly understand how hard this experience is without going through it. Retab said: «I know my family had a horrible time during my arrest, but for me, the moment they arrested me from home, no one understands such feelings. Even my mom and family, they will never understand how I felt». Retab's comment reflects the fear that all of the women experienced during their arrest. Women are concerned about their bodies and sexual violence, and the unknown journey they are undertaking. Women keep thinking about their

unknown future, fearful of being sexually assaulted during the journey to prison. They remember all the stories they have heard, news they have read or movies they have watched about women being sexually abused during their imprisonment, either in Israeli prisons or elsewhere.

The Journey to Prison: The Threat to Women's Bodies

When transported to prison, the arrested woman is painfully handcuffed with plastic ties, blindfolded and taken away in a military jeep at the feet of the arresting soldiers. She is often kicked as well as verbally abused during the journey to the detention center (PSC, 2012: 1).

When taken to prison, women are transported in a military jeep, which the prisoners call 'the postage'. Hayam described the vehicle when I interviewed her. «It's a mobile prison isolation cell. It's made with thick metals and surrounded by wire mesh. It's hard for a person to see anything. The seats are made out of hard metals. It's hard to sit, it's hard to move, because you are handcuff and your legs are tied. It's really hard when the driver makes a sudden movement and you fall down. It's hard to get up, it's such a closed space».

Like the postage that is used to send letters and packages to their destinations, this 'postage' is used to send Palestinian women to their ambiguous future. They don't know where they are going; all they can hear is the soldiers shouting.

During the journey in the 'postage', the women worry that they won't reach a space of safety or fear that they will be sexually abused and dishonour their family's reputation. As Hayam noted, women are unable to move comfortably while they are inside. Retab said: «It's like a bus. You go inside, it's like a very small box. It's just the size of a chair. You sit on it. You can't move. You can't even rest your legs». When women lose the ability to move, they start realizing how this will restrict them from defending themselves from violence. The soldiers usually have dogs. For Palestinians, dogs are not popular animals; they invoke terror and disgust. Women are also fearful of being unable to defend themselves against sexual abuse. «I was thinking of one thing – if they attacked my honour. This is what I was thinking all the way. In the past, many things used to happen to woman prisoners, and people used to say there is sexual abuse, and we women... I don't know what to say. But, I mean, if they hit me, shoot me, I don't care. The most important thing is my reputation and honour... We are Arab, and Muslim and you know... to kill me or my son is easier than to touch my honour... This was the major fear all the way in this postage car».

For Ikhlas, the journey in the postage from her home to the military point seemed to take a long time. She didn't know where she was going and it was late at night when she left her home. These factors made her think she was being taken to a hidden place to be sexually abused. Ikhlas, who lived in a very conservative community, preferred to be

killed, or even for her children to be killed, than to be raped. In Palestinian culture, if an individual is killed by the Israeli occupation, they will be honoured, but to be sexually violated brings dishonour. Ikhlas' comments reflect the importance placed on women's bodies and their protection.

Other participants who did not know what to expect on the journey to prison also described their fear of sexual abuse in the postage, as they were surrounded by soldiers, without any physical power to defend themselves. Retab said: «The most scary thing for me was for them to touch me». In my review of the literature about Palestinian women's experience in Israeli prisons, I have been unable to find statistics or documentation of women being sexually abused. In the late 60s, Aisha and Rasmeh Odeh spoke about their experience in this regard. It is clear, however, that women still face sexual harassment and the threat of sexual abuse.

Women who had military training had received an induction about the prison experience and were thus aware of what would happen and where they would be taken once removed from their family home. Sabreen, for example, was concerned about her family, but never thought about sexual abuse. She said: «I heard from people that it is impossible for this thing to happen, and nothing related to sexual abuse ever came to my mind». The women, like Sabreen, who felt that sexual abuse was unlikely were more able to remain calm in this encounter with the occupation. They felt more in control and confident that nothing would happen to them.

After a few hours of driving in the darkened postage, prisoners are disoriented. They don't know if there are any other Palestinian prisoners in the postage with them and they don't know where they are when they reach their destination. The military points they are taken to usually contain a detention centre. The prisoners' time in the detention centre is a transition stage and marks the start of the formal interrogation. Israeli officials make sure they arrested the correct person, and carry out various administrative processes before transferring prisoners to the actual prisons and interrogation centres. The officers take fingerprints and photographs, do medical checks and collect basic information.

According to the participants' description of this stage, it is isolating, uncertain, and lonely. They face physical violence and they still don't know where they are. Each woman is assigned to a small, isolated cell, lacking the facilities to meet basic human needs. The rooms are filthy and contain only a dirty mattress and blanket. When a woman needs to use the toilet, she must ask the guards to take her. Her hands remain in restraints and the guard waits behind the toilet. Majd recalls the humiliation of this situation: «After a long walk, we reached a disgusting toilet. It wasn't clean at all. I couldn't sit but I really needed to go... I wet my clothes. I felt sorry for myself. I told the female guard. She brought me soap. I cleaned my clothes, and put them on again, wet». All of my participants had experiences similar to Majd's, which made them realize how difficult life in prison would be.

In this space, women look for sources of tranquility and safety, which will give them the strength they need to resist in this space of deprivation. Some of them find this through reading the Quran. Some choose to be silent, trying to think about good moments with their family, children or friends and others try to find a window to the outside, to get any information they can about the space and where they are. Some of my participants realized that they were close to Palestinian cities when they heard morning prayers coming in from the outside. Sabreen was arrested during Eid. Before her arrest, she had watched the prayers from her home, or had gone to the mosque to pray. In the detention centre, she felt comforted when she was able to hear the prayer from outside. She said: «I heard the prayer for Eid from Hawara. I just thought, "It is God." Well, I planned to watch the prayer and pray but I couldn't. But I could hear it». As she expressed many times during the interview, she felt this was a call to her to be strong, to keep her sumud and survive this experience.

When leaving the detention centre, women are put in the postage car again, knowing that their destination is the prison interrogation centre. Here women go through another admission process in which their fingerprints and pictures are taken again. They are then strip searched and placed in a dark, isolated cell, without any communication with the outside world. These cells, which contain a toilet and a bed, usually do not have any windows. During this time, women go through interroga-

tion, and face different kinds of torture and violence from the Israeli interrogators. At this stage, women enact their political subjectivity at all times, showing their resistance and *sumud* by refusing to confess or to cooperate with the Israelis. There are some women who confess to protect other people in their group, or when they realize that they might die under the torture they face. Palestinians do not consider this cooperation, but self-defence. The interrogation is considered the first direct encounter between the prisoner and the Israeli authorities, so it is a direct battle in which the individual must negotiate tactics of resistance and steadfastness.

The Shock of Body Exposure

«It was the first day in prison... It was Ramleh prison. It's a civil administration where some political Palestinian prisoners are allocated, in addition to Israeli criminal women. We entered the prison and they asked us to strip off for a body search. We all refused... Thank God, we all refused. We didn't know their laws, but we know the limits of our religion, and we knew it is a sin to show our private body. We all refused. They left us in the room till the end of the day... And they were insisting on the strip search... We had never heard of such a thing... Former prisoners never told us. We never knew about it in the training. It wasn't easy at all... To be honest you feel one thing- they just want to humiliate you and to break you... But I felt I am a stronger person and I could do it in my way (Sabreen)».

The first moment of humiliation comes when women are strip-searched and forced to change into prison clothing, sometimes in the presence of male security officials (Deancà 2012). Sabreen, like many Palestinian women, was surprised by the strip search. As she notes above, it was something the women had never heard about. Goffman (1961) argues that the strip-search 'creates a milieu of personal failure in which one's fall from grace is continuously pressed home' (63). Many participants were deeply impacted by the search. Retab said: «Your body is your honour... I felt really ashamed». For Retab, it was hard to show her body to a stranger. She was emotional when she described how the experience made her feel. She said it was as if someone stole something from her. In forcing them to do something they do not want to do, the prison authorities demonstrate their control over the women, showing that their power extends even to their private bodies. Describing a different context, Voglis (2002) argues: "The body and the psyche no longer belong to the inmate; they become objects of the custodians" (130). Foucault (1976) draws attention to two modalities of these techniques of power: the first is concerned with 'the subjugation of bodies' and the second with 'the control of a population'. Foucault called this power relation 'surplus power', which can be identified as 'the power to punish without using the personal power of the sovereign' (1976: 140). However, women are able to resist and refuse to cooperate.

Many of the former prisoners chose not to talk

about this particular part of their experience in prison and were surprised when I asked them if they had experienced it and how it felt. Some of them said they did not have to remove all of their clothes or that they used some tactic to cover their bodies during the search. According to Al Dameer reports, Palestinian women political prisoners have made complaints to numerous human rights organizations about the Israelis systematic practice of body searching, which they describe as «a process by which all, or almost all of their clothing is forcibly removed by Israeli soldiers, sometimes including their undergarments» (Addameer, 2011: 10). According to my participants, these searches were routine when a women was transferred to a court hearing, and could sometimes take place in the middle of the night as a disciplinary measure.

Majd asserted that what I had heard from women who described being strip-searched was not completely true. She was surprised that I knew about it, and tried to convince me that women do not go naked. She said: «Listen, it is not like the other women have maybe told you. They can exaggerate sometimes... Sorry, but it is not to strip and to be totally naked. For me, I was never totally naked. I used to keep my trousers on and take off my shirt, and then my bra. After the search finished for these, and I put them back on, I'd give her my trousers and my underwear».

Majd wanted me to know that women can use tactics to protect their bodies to avoid being completely exposed in front the Israeli prison author-

ities. Even though no one had taught them how, most participants used the method Majd describes for removing their clothes, which allowed them to feel they kept their honour protected. I argue that because Palestinians are accustomed to the constant exposure of their private space, as discussed in the previous chapter, once in prison, the women were adept at finding ways to maintain some aspect of their privacy. This again illustrates De Certeau's argument that the private learns how to open itself to the flow of people from the public. The women's manoeuvring of the strip-search illustrates their skill at dealing with this exposure.

Palestinian women often refuse to obey the order, causing the prison authorities to threaten them by bringing male or female soldiers to strip them. Sabreen wasn't alone when she arrived at the prison. She was with a group of Palestinian women, who were all as shocked as Sabreen at the order to strip. They took power from each other, and refused. The prison authorities responded by locking them in a small cell as punishment for not cooperating. The narratives of Sabreen, Majd and other participants reflect how Palestinian women are raised to cover their bodies from strangers, even if they are female. The idea that exposing one's body, and especially to a stranger, is a sin for Muslim women is part of religious education, and is also ingrained in the conservative Palestinian culture. The feeling of shame associated with the act of stripping and the fear that, if acknowledged, it could lead to the dishonour of their family, compel women to refuse to talk about it.

Retab was alone when she arrived at the prison. She had tears in her eyes as she told me about her first day in the prison. «When I arrived at Ramleh prison, they asked me to strip off my clothes. I refused, but they brought five female soldiers... To be honest, female soldiers can be worse than males. They stared at me in a strange way. They are shameless... It is my honour... I always feel shy even with my mom and sister. I don't change in front of them... It is really very, very hard».

Retab's story shows how sensitive it is for Palestinian women to be unclothed in front of any one, even if it is their own mothers. In the body searches, women were usually asked to squat while naked. This act is disturbing and makes women feel dishonoured. As Retab describes, the sexualized gaze of the female soldiers is a further source of disturbance. Davis (2003) argues that 'sexual abuse is surreptitiously incorporated' into the strip search, which she describes as 'one of the most habitual aspects of women's imprisonment' (81). Women political prisoners' bodies are transformed into sexualized and racialized objects; stripped by the colonial state, they are turned into tools of oppression (Abdo 2002). Palestinian women are aware of the power relations involved in this act. As Sabreen says above, they feel that the prison authorities use this technique to 'break' them, to make them feel they can't hide anything. This sentiment encourages women to resist and refuse to obey the orders, which can be described a form of steadfastness in the confrontation with Israeli colonial power.

Conclusion

All in all, this article discuss the experience of arrest for Palestinian women in Israeli colonial prisons- places that constitute a space of direct encounter with Israeli soldiers. I examine how women adapt to the exposure of their secret political and military activities, and the subsequent transformation of their space of negotiation. After their arrest, they must enact agency and steadfastness by refusing to cooperate with the Israeli interrogators. To cope with their exposure, they maintain an active political subjectivity. These direct encounters with the Israeli colonial power showcase the agency of Palestinian women as political subjects, able to speak, strike and, through these testimonies, write back to the power of the occupation forces.

Bibliography

- ABDO N., *Captive Revolution: Palestinian Women's Anti-Colonial Struggle within the Israeli Prison System*, Londra 2014.
- BUTLER J., *Precarious Life*, Londra 2006.
- Palestinian Women Political Prisoners Systematic Forms of Political and Gender-Based State Violence* (2015), <http://www.addameer.org/files/Brochures/palestinian-women-political-prisoners-december-2010.pdf>

Antonio Foderaro

*Il matrimonio: fisiologia di un istituto giuridico
nel contesto globalizzato*

Premessa

Il fenomeno migratorio nasce con l'uomo. L'uomo ha avuto sempre l'istinto a migrare alla ricerca di zone dove cacciagione e alimenti commestibili potessero essere disponibili, e in genere trovare zone più idonee alla sopravvivenza. Lo sviluppo della civiltà ha aggiunto alle motivazioni di tipo economico altre motivazioni. Il consolidamento di grandi aggregati politici ha spinto all'espansione e alla conquista di nuovi territori per lo sfruttamento di nuove risorse naturali e lo sfruttamento schiavista delle popolazioni assoggettate. Le conquiste politico-militari dell'antichità e del Medioevo hanno provocato ingenti spostamenti di popolazione. Le grandi esplorazioni geografiche dell'età moderna aprono nuove prospettive sia politiche che economiche. Si sviluppano i grandi imperi coloniali e viene favorito e stimolato il ripopolamento delle terre di conquista. Lo sfruttamento agricolo dei nuovi, sterminati territori danno luogo anche a forme di migrazione forzata:

pensiamo al trasferimento forzato di schiavi africani verso il Nuovo Mondo. L'espansione coloniale ha provocato inoltre un particolare flusso migratorio dalla madrepatria alle colonie.

I flussi migratori sono ascrivibili essenzialmente a tre fattori: ragioni umanitarie (profughi, sfollati e richiedenti asilo), motivi economici e ricongiungimento familiare; mentre marginale è la presenza di stranieri addebitabile a motivi di studio, formazione professionale o turismo. Lo spostamento in massa di persone da determinate aree geografiche verso altre, per finalità di insediamento a medio o lungo termine, può risiedere, a rigore, in uno o nella combinazione di questi fattori, ma è un dato che la decisione di migrare è comunque «mediata dal contesto familiare». Fino alla drastica chiusura delle frontiere dei paesi industrializzati, coincidente con la crisi petrolifera dei primi anni Settanta dello scorso secolo, i migranti erano per lo più lavoratori giovani e celibi, di sesso maschile, i quali lasciavano donne, anziani e bambini nella

terra di origine, con il dichiarato intento di farvi al più presto ritorno¹.

Perché oggi le persone migrano verso l'Europa e tra i paesi dell'Unione Europea?

I fattori di spinta sono i motivi che muovono le persone a lasciare il proprio paese. I fattori di attrazione sono invece i motivi per cui le persone si spostano verso un determinato paese. Ci sono tre principali fattori di spinta e di attrazione: fattori sociopolitici, fattori demografici ed economici e fattori ambientali².

Il massiccio e ormai strutturale fenomeno migratorio che investe l'Europa occidentale da diversi decenni ora ha determinato importanti modificazioni nel tessuto socioculturale all'interno dei singoli contesti nazionali di arrivo. Lo straniero che si sposta, si insedia nell'ordinamento ospitante con il proprio bagaglio di lingua, cultura, tradizioni, e con lo status

giuridico che ha acquisito nel proprio Paese d'origine. L'insediamento della persona in un contesto giuridico diverso potrebbe quindi venire a determinare la coesistenza di elementi di diversità culturale riassunta nella nozione di multiculturalità³. Sulla base di tale considerazione, si giustifica l'idea per la quale lo straniero, tendenzialmente, è considerato portatore di diversità. La 'strategia di gestione' della multiculturalità, riassumibile nel concetto di multiculturalismo⁴, può seguire approcci diversi. Poiché ogni cultura è un insieme di valori completo ed autosufficiente, più propriamente autoreferenziale, e influenza anche le linee portanti di un ordinamento, si pone la questione di stabilire se il multiculturalismo vada inteso come il mantenimento o la «strenua difesa di differenze» tra le diverse culture considerate permanenti e quali siano le conseguenze di una tale politica, o se invece si presti a una diversa lettura⁵.

¹ L. SAPORITO, *Il diritto al ricongiungimento familiare, i matrimoni poligamici e le narrazioni sul multiculturalismo*, in *Annali del CERSIG: centro di ricerca sulle scienze giuridiche* 2 (2018) 69 ss.

² *Perché le persone migrano? Esplorare le cause dei flussi migratori*, <https://st.ilsole24ore.com/art/SoleOnline4/Speciali/2006/documenti_lunedì/21agosto%202006/SENT_16978_25_07_2006.pdf?cmd%3Dart>.

³ Intesa come mera coesistenza di più culture. Per contro, l'aggettivo 'multiculturale' «descrive le caratteristiche sociali e i problemi di *governance* di qualsiasi società in cui convivono comunità culturali differenti che tentano di costruire una vita comune conservando, allo stesso tempo, qualcosa della loro identità 'originaria'». Così S. HALL, *Il soggetto e la differenza. Per un'archeologia degli studi culturali e postcoloniali*, Roma 2006, 280.

⁴ Il multiculturalismo è «la filosofia o la dottrina particolare che sostiene le strategie multiculturali: (...) non è una dottrina esclusiva, non caratterizza un'unica strategia politica e non rappresenta uno stato di cose ben definito». Cfr. S. HALL, *Il soggetto e la differenza*, Milano 2016. In argomento si vedano anche M. MARLETTA, N. PARISI (a cura di), *Multiculturalismo e Unione europea*, Torino 2008; C. DAQUANNO, *Multiculturalismo e compatibilità (riflessi normativi e giurisprudenziali in Europa)*, in *Europa e diritto privato* (2003) 171 ss.

⁵ V. PETRALIA, *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *I quaderni europei. Scienze giuridiche* 49 (2013) 3.

Riflettere sui flussi migratori e vedere come nelle nostre città viviamo sempre più in contesti multietnici ci portano a considerare il tema dei matrimoni misti che non sono sporadici episodi ma sono sempre più frequenti.

L'interesse del nostro studio per i matrimoni misti nasce dalla necessità di guardare alla conseguenza di un fenomeno che non coinvolge solo la vita dei soggetti implicati: essi sono oggetto di attenzione da parte di varie discipline e dai relativi differenti approcci interpretativi, dalla sociologia all'antropologia, dalla letteratura alla linguistica, dalla psicologia alla statistica fino al diritto e alla teologia. Quindi ci troviamo davanti ad un oggetto di studio profondamente interdisciplinare.

Il matrimonio: considerazioni sociali e giuridiche

Profondi cambiamenti hanno investito l'istituzione matrimoniale negli ultimi decenni. Il matrimonio costituisce l'atto ufficiale che rende visibile e socialmente riconosciuta la coppia. Le forme rituali che lo accompagnano, presenti sia nelle forme religiose che civili, anche se in forme diverse, in tutte le culture umane, ne rappresenta l'importanza, poiché attraverso questo passaggio nasce una nuova entità, la famiglia, la quale costituisce l'embrione di un progetto generativo più ampio che porta alla nascita dei figli.

Ad oggi possiamo pensare alla relazione coniugale come caratterizzata da una ritualità debole⁶. Dall'inizio dell'epoca moderna il matrimonio non si fonda più sull'alleanza tra le famiglie di origine dei coniugi, le quali storicamente hanno avuto una forte influenza sulla fattibilità del matrimonio dei figli e sulla scelta del partner da sposare. Attualmente il matrimonio assume sempre di più il significato di un percorso personale, che vede al centro la coppia e la sua relazione. L'importanza del contesto familiare di origine, della fedeltà nei confronti della famiglia, non ha la rilevanza che in passato aveva. Ciò che conta veramente per la stabilità e la durata del coniugio è attribuita al legame sentimentale ed affettivo di coppia; ciò che è al centro della vita coniugale ciò che è sempre più importante è il permanere dell'attrattiva sessuale, di una comunanza di interessi e di un coinvolgimento affettivo.

Il coniugio nell'immaginario dei nubendi si presenta come una realtà ricca di aspettative che diventano insostenibili e rendono l'unione matrimoniale più fragile che in passato. Riteniamo che sia il 'sovraccarico' delle attese attribuite alla coppia che la rende più debole e più soggetta a delusione da parte di chi la fonda.

Un altro aspetto che sembra confermare questa conclusione è il fatto del diffondersi delle convivenze, dato in aumento in molti paesi europei, può

⁶ Cfr E. SCABINI, V. CIGOLI, *Il familiare. Legami, simboli e transizioni*, Milano 2000.

essere interpretato come un tentativo di fondare la coppia più sugli aspetti affettivi (appunto intimità, reciprocità, comunanza di obiettivi) che su quelli etico-morali, rappresentati dal matrimonio (stabilità e durata nel tempo).

Altro elemento che incide sul matrimonio è il fenomeno dei flussi migratori che oggi più che ieri porta alla celebrazione dei matrimoni misti. Il matrimonio e le strategie matrimoniali seguite dagli stranieri nella scelta dei partner, così come i motivi che portano poi alla dissoluzione di un matrimonio, sono questioni ampiamente analizzate negli studi migratori soprattutto nei loro aspetti demografici e sociologici. In merito alle strategie matrimoniali, una particolare importanza è stata assegnata alla scelta dei partner in relazione all'appartenenza o meno alla propria comunità nazionale. In relazione a ciò, viene fatta una distinzione fondamentale tra matrimoni endogamici, cioè matrimoni contratti da due partner appartenenti alla stessa comunità nazionale, ed esogamici, in cui il matrimonio è contratto da due partner appartenenti a comunità differenti, denominati anche matrimoni misti.

Stricto sensu, il termine matrimonio misto è solitamente usato per i matrimoni dove un coniuge è nato nel paese di residenza e l'altro è nato all'estero, indipendentemente dalla loro cittadinanza. In questo rapporto però con il termine matrimonio misto ci si riferisce ai matrimoni tra residenti in Italia che hanno la cittadinanza italiana e cittadini stranieri. Esistono anche i matrimoni tra cittadini residenti in Italia entrambi non italiani che vengono qui de-

finiti matrimoni tra stranieri. Da questo punto di vista i matrimoni tra stranieri che hanno la stessa cittadinanza sono endogamici. Infine, la casistica contempla anche i matrimoni tra stranieri con cittadinanze diverse, cioè matrimoni di stranieri ma di tipo esogamico. In questo rapporto useremo il termine matrimonio misto per i casi in cui un componente è italiano, e matrimoni tra stranieri per i casi in cui tutti i componenti sono stranieri. All'interno di questi, definiamo biculturali i matrimoni tra stranieri di tipo esogamico, cioè i matrimoni in cui i coniugi sono di cittadinanza diversa e nessuno dei due è italiano.

Una delle più significative innovazioni della società italiana dal secondo dopoguerra ad oggi è rappresentata dall'ingresso e dalla stabilizzazione di una significativa quota di popolazione straniera che ha reso l'Italia uno dei più importanti paesi europei di immigrazione e una società multiculturale.

I matrimoni misti

Viviamo in un momento storico dove i confini territoriali sono sempre più sfumati e le società appaiono ormai multietniche e multiculturali, caratterizzate da una varietà di convivenze religiose, di coesistenze di più fedi, Chiese, confessioni e diverse ideologie. Tutto questo è frutto di una grande mobilità umana dovuta a scambi commerciali, fenomeni turistici, opportunità lavorative e di studio, ma soprattutto ad un aumento considerevole di flussi migratori – in particolare verso l'Occidente –

di individui in cerca libertà, sicurezza e prospettive future che determinano un profondo cambiamento del tessuto sociale originario.

In un periodo di decremento dei matrimoni, fra le molte forme familiari della migrazione è in fase di crescita la ‘famiglia mista’, il matrimonio misto è un’unione bi-culturale. Il termine matrimonio misto perché maggiormente esemplificativo della mescolanza che si produce con questo tipo di unione, un nuovo sistema di relazioni nella coppia e al di fuori della coppia, in quanto si confrontano due culture e contemporaneamente si produce una nuova cultura. Il fenomeno dei matrimoni misti riguarda in larga misura coppie in cui la sposa o lo sposo provengono da un paese a forte pressione migratoria.

I matrimoni misti rappresentano, oggi più che in passato, l’aspetto più visibile del pluralismo culturale, sociale e religioso che caratterizza la nostra epoca contemporanea, complessa e sempre più tecnologicamente interdipendente. In un mondo divenuto ormai globale è più facile l’interazione tra le diverse culture e i profondi mutamenti sociali e culturali in atto non potevano che ripercuotersi in modo particolare sul concetto di matrimonio; poiché, cambiano le visioni e le aspettative con cui gli individui accedono a tale istituzione. Il matrimonio, nelle sue diverse tipologie, ha sempre goduto, presso tutte le culture e in tutti i popoli, grande stima e in particolare dal punto di vista della Chiesa cattolica, rappresenta la cellula primaria della società e soprattutto attraverso essa che

si formano e si trasmettono i valori – anche quelli religiosi – con cui si costruisce la cultura e si unifica la comunità. Il matrimonio, quindi, rappresenta una particolarissima comunità umana dove le persone sono chiamate a costruire una unità a due, fisicamente, spiritualmente, affettivamente e psicologicamente. Ed è proprio grazie alle nuove opportunità d’incontro, che negli ultimi vent’anni si è verificato un aumento significativo dei cosiddetti matrimoni misti, un fenomeno che implica una molteplicità di problematiche diverse: politiche, giuridiche, sociali, culturali, morali, economiche; ma soprattutto tali unioni investono, oggi più che mai, la sfera religiosa, toccando aspetti teologici, dottrinali e giuridici.

La preziosità e l’imprescindibilità dell’istituzione matrimoniale per la vita della persona umana e la sua socializzazione è imprescindibile. La persona umana, infatti, non può realizzare sé stessa a prescindere dalla relazione. Ora, la prima e fondamentale relazione, che costituisce la prima forma di società, è quella tra l’uomo e la donna uniti dal patto coniugale. Questa relazione è allo stesso tempo naturale, perché fondata sulla reciprocità dei sessi, culturale, perché è istituita dal libero consenso delle persone e giuridica, in quanto normata dalla società civile.

L’integrazione, che questo istituto svolge, prima di essere tra i popoli – in quanto l’amore su cui si basa la relazione coniugale trascende le razze, le culture, le religioni – ha, a mio avviso, una rilevanza antropologica e personalistica. Tocca cioè l’ontologia della persona. Il matrimonio, infatti, opera l’integrazione fra i sessi

e l'integrazione fra le generazioni. Nell'esperienza familiare che ha il suo inizio dal matrimonio, la persona sperimenta tre fondamentali dimensioni della sua identità, la dimensione filiale, la dimensione nuziale, la dimensione genitoriale. Si nasce figli, si diventa sposi, ci si compie nella generatività.

Le coppie miste e la loro 'istituzionalizzazione' nei matrimoni misti rappresentano un indicatore importante per l'evoluzione 'dal basso' dei processi di coesione sociale, sul piano delle relazioni informali tra autoctoni e nuovi cittadini. Queste unioni sono forse la più profonda esperienza di 'multiculturalismo nel quotidiano' e rappresentano una grande risorsa per la società presente e futura; un vero e proprio laboratorio interculturale di convivenza che tuttavia richiede un forte lavoro di mediazione – e talvolta di vera e propria negoziazione – all'interno della coppia, a causa di differenze culturali e religiose che nella quotidianità possono trasformarsi in criticità.

I matrimoni misti sono comunque un significativo momento di contatto e avvicinamento tra i popoli; una costante, questa, che attraversa i secoli e che rappresenta uno dei tratti più importanti della società interculturale, oggi come in passato. Questa risorsa merita quindi una particolare attenzione da

parte di tutti i soggetti che a vario titolo si occupano del fenomeno migratorio.

Alla luce di queste precisazioni, si può affermare che il matrimonio misto è l'incontro di due persone di culture differenti, viventi all'interno di una società che è essa stessa interculturale; è il luogo dove le culture si incontrano, si confrontano e si trasformano⁷. I membri dei gruppi convivendo nello stesso habitat, si contaminano, contribuendo a contenere le differenze, producendo così nuove mescolanze, nuove aperture mentali nella nostra società.

Consideriamo fattori specifici, determinati e accresciuti dagli stessi flussi migratori, la maggiore interrelazione fra gli individui di nazionalità diverse, il progressivo venir meno dell'influenza della famiglia nella scelta matrimoniale e il decremento del pregiudizio razziale. Così la presenza di matrimoni misti produce un effetto moltiplicatore in quanto più sono e più vengono considerati 'normali'⁸. I matrimoni misti sono un fenomeno sociale che ci aiuta a leggere la nostra società, a misurare il grado di radicamento dello straniero nel nostro Paese e rende visibile la trasformazione che sta investendo la famiglia. Sono segno della concretizzazione della frattura già presente fra un individuo e la società di appartenenza. Così come la decisione di migrare

⁷ Cfr. M. AMBROSINI, F. BUBBIARELLI, *Ai confini della cittadinanza. Processi migratori e percorsi di integrazione in Toscana*, Milano 2009; S. ALLIEVI, *Il ruolo della religione nelle famiglie miste*, in M. TOGNETTI BORDOGNA (a cura di), *Legami familiari e immigrazione: i matrimoni misti*, Torino 1996.

⁸ P. BLAU, *Il paradosso del multiculturalismo*, in *Rassegna italiana di sociologia* 1 (1995), ripreso da F. BERTI, *Esclusione e integrazione. Uno studio su due comunità di immigrati*, Milano 2000, 52.

contiene in sé un allentamento dei legami fra migrante e società di origine, la decisione di contrarre un matrimonio biculturale è un segno manifesto della non condivisione di valori tradizionali, per abbracciarne nuovi, spesso inediti. La celebrazione del matrimonio, indipendentemente dal rito con cui vengono celebrati, ancor più dell'unione di fatto, rappresenta una chiara manifestazione della non condivisione di valori, di regole, di stili di vita tradizionali.

In Italia la connessione tra immigrazione e matrimoni misti è particolarmente evidente al punto che la coppia mista s'identifica nella coppia autotono/a-straniera/o. Tra i tanti indicatori della unione coniugale mista, tra cui la religione, l'etnia o la razza, è quindi riconosciuta l'appartenenza nazionale, come la miglior variabile sulla quale basarsi per rilevare la distanza e in qualche modo la 'diversità' tra i coniugi⁹.

Il legame esistente tra matrimoni misti e immigrazione non deve dare per scontato e automatico l'assioma tra matrimonio misto e integrazione del coniuge straniero. È necessario, infatti, tenere conto della varietà delle possibili scelte di inserimento determinate, il più delle volte, dal diverso significato riconosciuto al termine integrazione. L'integrazione non dipende solo dalla volontà del migrante ma anche da altri fattori da lui indipendenti, quali lo statuto giuridico riservato ai coniugi di origine

straniera, la loro condizione di soggiorno, di lavoro e le possibilità di acquisizione della cittadinanza nel paese di immigrazione.

Conclusioni

Alla luce di quanto fin qui detto non possiamo non considerare che il fenomeno dei matrimoni misti ha sensibilmente cambiato il concetto del matrimonio nella considerazione della concezione ebreo-cristiana di cui la cultura europea è permeata. Ma grandi sono i problemi connessi a questa tipologia di unione. Uno dei problemi tipici dei matrimoni misti riguarda l'aspetto della genitorialità, per motivi religiosi e anche per le differenze di approccio che i coniugi hanno verso i figli. Per esempio, se un partner proviene da una cultura basata sull'autonomia individuale, mentre l'altro proviene da una cultura basata sull'interdipendenza dei due generi, la coppia dovrà negoziare su questioni come il tempo libero individuale e prendersi cura degli anziani genitori. Per quanto riguarda la religione, i partner dovranno decidere quale credo religioso trasmettere ai loro figli o se devono aspettare che crescano e scelgano in autonomia a quale credo aderire.

Il fenomeno delle coppie miste non è solo una questione definitoria o un modo per tracciare confini, ma piuttosto analisi di un fatto sociale che consente di leggere le dinamiche matrimoniali della

⁹ Cfr. M. AMBROSINI, F. BUBBIARELLI, *Ai confini della cittadinanza* cit.

società sempre più internazionalizzata. Si è di fronte a una realtà indice e fattore di cambiamento, strettamente connessa alle dinamiche migratorie, che consente di leggere e approfondire il pluralismo crescente della nostra società, la percezione sociale di società altre, ma anche le diversità oggettive fra Stati. La famiglia mista si pone come ponte fra contesti culturali differenti, relazioni fra gruppi, sistemi sociali e giuridici, attivando in essi forti processi di cambiamento. Questi ultimi sono riconducibili alla sfida che la coppia mista lancia, a volte anche inconsapevolmente, al gruppo, alla società e alla famiglia di origine, ma anche al fatto che queste unioni non infrequentemente fanno dialogare e interagire contesti geoculturali differenti, seguendo una transnazionalità dai caratteri incerti, poiché la presa di distanza dalla famiglia di origine può non consentire rientri reali o invii di risorse economiche alla famiglia di origine del partner straniero e la transnazionalità è quindi agita solo sul piano simbolico.

Qualsiasi problema sorga, le coppie miste possono risolvere i problemi interculturali discutendo apertamente le differenze e facendo uno sforzo per imparare dalle rispettive culture. In ogni caso, i

coniugi devono imparare ad ignorare qualsiasi etichetta sociale persistente verso le coppie miste.

Comunque, non possiamo non affermare che questa tipologia di unioni sono denotate da una grandissima fragilità. In molti casi c'è una conoscenza molto superficiale delle reciproche culture di provenienza. I membri di alcune coppie conoscono poco o nulla della religione e degli ordinamenti giuridici del Paese del partner, aspetti che hanno un fortissimo impatto sulla loro vita quotidiana.

Le difficoltà, endogene ed esogene al nucleo familiare, le coppie miste, le famiglie meticce, nello sperimentare quotidianamente il gioco degli incontri, scontri, contaminazioni culturali del vivere 'assieme nella diversità', modellano – parallelamente – inediti orizzonti culturali, ove l'ibridazione delle culture d'origine – schiuse, vissute, ridefinite – formano una nuova composizione, una trama inedita.

È nelle strategie attuate per la valorizzazione delle differenze culturali fra i partners – considerate un patrimonio da cui attingere – che questi 'luoghi di osservazione privilegiata della realtà' mostrano le loro 'potenzialità'. Modelli da cui attingere per una società 'plurale' che voglia essere tale.

Giovanni Zarra

*Ripudio islamico e ordine pubblico: riflessioni in margine
a due recenti sentenze della Corte di Cassazione*

**Il problema del riconoscimento del
ripudio nell'ordinamento italiano:
inquadramento generale**

«Particolare forma di scioglimento del matrimonio islamico è il ripudio (ṭalaq) pronunciato dal marito nei confronti della moglie attraverso formule sacramentali che contengono espressamente il termine ṭalaq o equivalenti, ma che esprimano in modo inequivocabile l'intenzione di porre fine all'autorità maritale sulla sposa. Secondo il diritto islamico il ripudio può essere revocabile (raj'a) e irrevocabile (bid'a). Prima dello scadere del periodo di tre mesi (o di tre cicli mestruali) di ritiro legale che la donna è tenuta ad osservare prima di potersi risposare, il marito ha la facoltà di ritrattare il ripudio pronunciato e riprendere la vita in comune.

Trascorsi i tre mesi, senza la ritrattazione o senza la pronuncia di un nuovo ripudio revocabile, il matrimonio è sciolto. Il ṭalaq può essere anche ripetuto nelle stesse formule del primo, ma non più di tre volte. Infatti, come si è visto, il triplice ripudio è definitivo. [...] Lo scioglimento del matrimonio è immediato anche in seguito alla pronuncia per tre volte di seguito della formula di ripudio. L'istituto del triplice ripudio consecutivo rappresenta un'innovazione di diritto consuetudinario che le moderne legislazioni tendono però a rigettare. Il ripudio, infatti, pur essendo lecito è fortemente disapprovato nel Corano. La sua regolamentazione attraverso la possibilità della ritrattazione tende a limitare il carattere di impulsività che potrebbe connotare un esercizio non ponderato di tale diritto, minacciando la saldezza del vincolo matrimoniale»¹.

¹ M. D'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto della famiglia e delle persone* (2004) p. 203. I versetti rilevanti del Corano recitano come segue: «Il ripudio v'è concesso due volte: poi dovete o ritener-

Il ripudio, in termini generali, quindi, si identifica come un atto unilaterale con cui il marito intende liberarsi dal vincolo nuziale². Infatti, i maggiori poteri conferiti al marito all'interno del rapporto matrimoniale gli consentono di sciogliersene rinunciando ai diritti che aveva in precedenza acquisito. Tradizionalmente, il ripudio non si accompagna a provvedimenti riguardanti la prole né a decisioni concernenti il trattamento economico della donna ripudiata. Esistono, tuttavia, nell'ambito dei diversi Stati il cui diritto è ispirato alla Shari'a, diverse forme di ripudio: mentre in alcuni Paesi (ad es. in Marocco) si va verso una giurisdizionalizzazione del procedimento (la quale si unisce anche al tentativo di assicurare il rispetto del principio del giusto processo)³, negli Stati più conservatori l'atto resta stragiudiziale ed unilaterale. Problema ulteriore, poi, è costituito dal

ripudio pronunciato da tribunali religiosi non statali, i quali – secondo l'ordinamento di molti Paesi musulmani – sono comunque lato sensu da considerarsi quali esercenti un pubblico potere, mentre, stando all'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, andrebbero visti alla stregua di tribunali privati che possono soltanto pronunciare un ripudio stragiudiziale al quale, secondo i giudici di Lussemburgo⁴, non si applica il regolamento (UE) n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. regolamento Roma III)⁵. Sul punto avremo modo di tornare nel seguito di questo scritto.

Abbiamo già visto in altra sede⁶ che non vi è dubbio che il ripudio sia assolutamente contrario a numerosi principi fondamentali dell'ordinamento

la con gentilezza presso di voi, o rimandarla con dolcezza; e non vi è lecito riprendervi nulla di quel che avete loro dato, a meno che ambedue non temano di non poter osservare le leggi di Dio» (Corano II, 229). «Dunque se uno ripudia per la terza volta la moglie essa non potrà più lecitamente tornare da lui se non sposa prima un altro marito; il quale se a sua volta la divorzia, non sarà peccato se i due coniugi si ricongiungano, se pensano di poter osservare le leggi di Dio» (Corano II, 230).

² «Il verbo *talaqa* indica, infatti, l'atto di liberarsi, di essere liberato: in italiano, la traduzione costantemente riferita al significato della parola araba da parte degli islamologi è – e rimane – ripudio». L. ASCANIO, *Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2012) p. 575.

³ C. CREA, *L'evoluzione del diritto di famiglia in Marocco e la prospettiva italiana ed europea*, in *Rassegna di diritto civile* 37 (2016) 254 ss.; L. ASCANIO, *Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2012) 577 ss.

⁴ Sul punto, conformemente all'opinione espressa dall'Avvocato generale Saugmandsgaard nel medesimo caso, avevamo espresso una diversa opinione in G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli 2019, 145 ss.

⁵ Decisione del 20 dicembre 2017, Soha Sahyouni v. Raja Mamisch, causa C-372/16, par. 51.

⁶ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno cit.* 141 ss.

italiano⁷, i quali vanno a riempire la clausola generale dell'ordine pubblico. Oltre a non identificarsi in nessuna delle cause di scioglimento del matrimonio previste dagli artt. 1 e 3 della legge n. 898 del 1970, infatti, il ripudio contrasta con i principi di parità ed uguaglianza tra uomo e donna (come singoli e come coniugi) sanciti dagli articoli 2, 3 e 29 Cost. (così come con il principio di non discriminazione sulla base del sesso di cui all'art. 14 CEDU). Inoltre, ove non vi siano provvedimenti riguardanti la protezione della prole minore il ripudio contrasta con l'art. 30, comma 2, Cost., in base al quale è dovere dei genitori quello di mantenere, istruire ed educare i figli. Infine, quando non siano regolati i rapporti economici tra l'uomo e la donna, l'atto di ripudio viola il principio della solidarietà familiare di cui all'art. 29 Cost. (a cui vanno aggiunte le disposizioni civilistiche in tema di mantenimento ed alimenti)⁸. Infine, spesso, il ripudio, anche se pronunciato in sede processuale, non prevede un contraddittorio alla pari tra gli sposi, il che determina una violazione del principio del giusto processo (art. 111 Cost, art. 6 CEDU e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Alla luce di tutto quanto sopra, quindi, sicuramente non è validamente pronunciabile un atto di ripudio (pur se avente mera efficacia tra privati) nell'ambito del

diritto italiano: tale atto, infatti, sarà certamente contrario all'ordine pubblico interno.

In linea di principio non possiamo non rilevare che i menzionati principi con cui irrimediabilmente il ripudio contrasta possano annoverarsi anche tra quelli che compongono il nocciolo duro dell'ordine pubblico internazionale, ossia quei principi che non sono derogabili neppure in presenza della necessità di riconoscere un provvedimento straniero o applicare il diritto di un altro stato (esigenze, queste, dettate dall'apertura che caratterizza i moderni sistemi di diritto internazionale privato e processuale)⁹. Non dovrebbe, quindi, ottenere riconoscimento in Italia un ripudio validamente pronunciato all'estero giudizialmente o stragiudizialmente.

Nonostante questa astratta contrarietà, tuttavia, la questione è più complessa e non può risentire di semplificazioni che potrebbero indirettamente finire col pregiudicare i diritti delle parti nel caso concreto. Basti pensare al caso in cui una donna, ripudiata all'estero, si trovi nella situazione in cui non possa risposarsi in Italia perché il precedente vincolo matrimoniale è ritenuto ancora esistente. In altri termini, «[d]al momento che il limite dell'ordine pubblico ha la funzione di impedire la produzione in Italia – da parte di norme o sentenze straniere – di 'effetti' contrari ai nostri principi

⁷ P. VIRGADAMO, *Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi*, in *Diritto della famiglia e delle persone* (2017) 355-356.

⁸ Cfr. App. Torino, 9 marzo 2006, in *Diritto della famiglia e delle persone* (2007) 156.

⁹ J. BASEDOW, *The Law of Open Societies*, L'Aja 2015, *passim*.

fondamentali, il suo intervento dovrebbe essere valutato caso per caso e ammesso solo in via eccezionale. La tendenza giurisprudenziale a farlo scattare sistematicamente, ogni qual volta si discuta di ripudio, ne tradisce la ratio: non è piuttosto contrario ai nostri principi tenere legata ad un matrimonio una donna che, avendo acconsentito al ripudio o addirittura avendone chiesto il riconoscimento in Italia (magari per potersi risposare), ritenga ormai irrimediabile la rottura della vita coniugale?»¹⁰.

Viene dunque in gioco, ancora una volta, il tema del rapporto tra ordine pubblico e ragionevolezza, ossia della necessità – largamente riconosciuta – di riportare il funzionamento dell'ordine pubblico internazionale alle peculiarità del caso concreto, adeguatamente bilanciando, tenendo conto della peculiarità della controversia, i principi che nel caso di specie potrebbero essere lesi dall'applicazione del

diritto straniero (o dal riconoscimento di un provvedimento straniero) o, al contrario, potrebbero far propendere per tale applicazione (o riconoscimento).

Sorprende che il problema sia stato, in passato, rare volte discusso in giurisprudenza attraverso il filtro della ragionevolezza, essendo spesso prevalsa la linea dell'assoluta incompatibilità – a prescindere dalle circostanze del caso concreto – degli effetti del ripudio con il nostro ordinamento¹¹.

Quest'orientamento è chiaramente espresso dalla sentenza della Cassazione n. 3881 del 5 dicembre 1969, nella quale si era dichiarato che l'ordine pubblico era immancabilmente violato da provvedimenti stranieri basati su una manifestazione discrezionale di volontà del marito, in violazione del principio di eguaglianza tra coniugi. Merita tuttavia una certa attenzione un'isolata¹² (ma, a nostro giudizio, lodevole) pronuncia della Corte d'Appello di Cagliari¹³ con la quale il tri-

¹⁰ C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2008) 66. *Contra* si veda P. VIRGADAMO, *Ripudio* cit. 356.

¹¹ Si veda la disamina di F. PESCE, *La Corte di cassazione ritorna sul tema del riconoscimento del ripudio islamico*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2021) 552-573.

¹² *Contra* v. App. Roma, 12 dicembre 2016, in *Diritto della famiglia e delle persone* (2017) 347 ss., riguardante un caso di ripudio tra due cittadini giordani (che avevano poi acquisito anche la cittadinanza italiana) seguente ad un matrimonio sciaramita celebrato in Palestina. La richiesta di ripudio era stata accolta dal tribunale palestinese senza il coinvolgimento della moglie nel procedimento (questa è una differenza di non poco conto rispetto al citato provvedimento della Corte d'Appello di Cagliari) e la relativa sentenza era stata inizialmente trascritta nei registri dello stato civile italiano. Si veda anche App. Venezia, 9 aprile 2015 in *Nuova giurisprudenza civile commentata* (2015) 1029 ss., in cui si afferma che non è sufficiente accontentarsi del fatto che il principio del contraddittorio sia stato rispettato secondo quelli che sono i dettami della *lex causae*, ma bisogna accertarsi del fatto che il contraddittorio sostanziale tra le parti sia stato assicurato secondo quelli che sono i canoni di cui all'art. 111 Cost., a prescindere dalla nazionalità della moglie ripudiata.

¹³ App. Cagliari, 16 maggio 2008, n. 198, <<http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2008/settembre/sent-corte-app-catala.html>>.

bunale sardo ha dichiarato efficace nell'ordinamento italiano il provvedimento di ripudio pronunciato da un tribunale egiziano tra due cittadini egiziani e ordinato la trascrizione del provvedimento egiziano nel Registro dello stato civile del Comune di Cagliari. La conformità del talaq all'ordine pubblico è stata affermata sulla base del fatto che l'atto di ripudio era stato portato a conoscenza della moglie che così aveva avuto la possibilità di portare alla cognizione dell'autorità competente e di far valere nella sede processuale le sue ragioni economiche e personali. Ciò è stato ritenuto sufficiente a rispettare il principio del contraddittorio secondo la legge egiziana, la quale ritiene sufficiente che nell'ambito del procedimento di divorzio sia data alla moglie l'opportunità di intervenire.

Quest'orientamento, che è stato seguito anche da alcune pronunce della Cour de Cassation francese¹⁴, non aveva trovato ancora riscontro nella giurisprudenza della Cassazione, al di là della sentenza n. 10378 del 2004 delle SS. UU.¹⁵, in cui è stato affermato che non possa di per sé essere ritenuta contraria all'ordine pubblico italiano una sentenza discioglimento del matrimonio resa dal giudice stra-

niero fra cittadini italiani facendo applicazione del diritto straniero, «per il solo fatto che il matrimonio sia stato sciolto con procedure e per ragioni e situazioni non identiche a quelle contemplate dalla legge italiana, costituendo in realtà profilo di ordine pubblico solo la necessità che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato solo all'esito di un rigoroso accertamento – condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenziati dolo o collusione delle parti – dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare, il quale costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dall'art. 3 della legge n. 898/70». Questo approccio introduce una prospettiva di analisi più flessibile e basata sulle peculiarità del caso concreto. Infatti, se è vero che – come la Corte e la dottrina più autorevole¹⁶ affermano – il presupposto del divorzio consiste nel disfacimento della comunione familiare, è anche vero che – ove questa condizione effettivamente ricorra nei fatti e lo scioglimento del vincolo matrimoniale rispecchi la volontà di entrambi i coniugi¹⁷ – pare opportuno dare esecuzione al provvedimento di ripudio al

¹⁴ Cour de Cassation, Première Section, 3 novembre 1983, in *Revue critique de droit international privé* (1984) 325 ss.; ma *contra* v. Cour de Cassation, Première section, 17 febbraio 2004, in *Revue critique de droit international privé* (2004) 423 ss. La Corte si è tuttavia avvalsa della teoria dell'ordine pubblico attenuato, criticata (correttamente, a giudizio di chi scrive) dalla Corte di cassazione in una delle sentenze in commento.

¹⁵ Cass, 28 maggio 2004, n. 10378, <https://st.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Speciali/2006/documenti_lunedì/21agosto%202006/SENT_16978_25_07_2006.pdf?cmd%3Dart>.

¹⁶ P. PICONE, *Divorzio straniero come motivo di divorzio italiano*, in ID., *Studi di diritto internazionale privato* (2003) 183.

¹⁷ F. R. FANTETTI, *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione e ordine pubblico*, in *Famiglia, Persone e Successioni* (2010) 613.

di là del fatto che formalmente tale atto (rectius: il procedimento che ha condotto a tale atto) sia contrario all'ordine pubblico, anche se la nazionalità della donna sia quella dello stato del foro.

In tempi recentissimi, comunque, la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi due volte sul tema del ripudio, confermando l'idea precedentemente espressa in dottrina di un approccio al tema basato sulla ragionevolezza e sull'analisi del caso concreto e rigettando l'idea di una contrarietà aprioristica degli effetti del ripudio rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento interno. All'analisi e al commento di queste sentenze è dedicato il presente breve scritto.

La sentenza 16804 del 2020

La sentenza 16804 del 7 agosto 2020 è certamente un tassello di fondamentale importanza per lo sviluppo della materia, posto che in questa decisione la Suprema Corte ha analizzato, con il supporto dei pareri resi dall'Ufficio massimario (rispetto allo stato della dottrina e della giurisprudenza sul tema in discussione) e del Ministero della giustizia (sulla legge palestinese applicabile al caso in esame), l'intera questione del ripudio in ottica diacronica e comparativa. La questione concerneva la richiesta proveniente da una donna, cittadina giordana ed italiana, che chiedeva il rifiuto del riconoscimento – ex art. 64 e ss. della legge 31 maggio 1995 n. 218 – di un provvedimento di ripudio unilaterale emesso dal Tribunale Sciaraitico di Nablus Occidentale (Palestina), in assenza della medesima

donna, in data 29 luglio 2012 (e poi confermato nel novembre dello stesso anno).

La Corte d'appello di Roma aveva, conformemente alla richiesta della donna, dichiarato che tali provvedimenti non avessero i requisiti di legge per il riconoscimento della propria efficacia, considerando che essi avrebbero violato l'art. 64, lettera b), della legge 218 del 1995 nella parte in cui essi erano basati «unicamente sulla manifestazione di volontà del marito, senza che lo stesso debba addurre motivazione (...), senza possibilità di opposizione da parte della moglie, senza alcun contraddittorio reale (non essendo la mera notizia del procedimento avuta dalla ricorrente utile in tal senso) e senza che per la moglie sia previsto analogo diritto (ripudio senza motivazione)».

Il marito ripudiante ha quindi proposto ricorso in Cassazione, affermando che nel corso del procedimento palestinese la moglie fosse stata comunque sostanzialmente coinvolta nel procedimento dinnanzi al tribunale religioso al fine di verificare l'effettivo venire meno dell'unione spirituale dei coniugi e che, di conseguenza, non poteva ritenersi che il ripudio in discussione fosse nei fatti diverso da un divorzio italiano.

In aggiunta, stando al marito, nell'attuale sistema di diritto palestinese vi è parificazione del diritto di agire e resistere in giudizio per marito e moglie, dovendosi a questo aggiungere che il divorzio è preceduto da un tentativo di conciliazione e viene pronunciato soltanto all'esito dell'accertamento del venire meno dell'unione tra i coniugi. Queste cir-

costanze avrebbero reso il ripudio in questione sostanzialmente identico ad un divorzio italiano.

La Corte di Cassazione ha innanzitutto chiarito, in termini generali, le modalità di funzionamento della clausola generale dell'ordine pubblico nel caso di specie. In particolare, nell'ambito del giudizio «ancorché non tecnicamente deliberativo, di riconoscibilità a fini attuativi» del provvedimento emesso dal tribunale sciaraitico, la Corte ha applicato non tanto l'art. 64 della legge 218 del 1995, riguardante il riconoscimento di sentenze straniere, quanto l'art. 65, il quale prevede che «i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all'esistenza dei rapporti di famiglia» hanno effetto in Italia «purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali di difesa». Secondo i giudici di piazza Cavour, quindi, la valutazione della compatibilità con l'ordine pubblico è «operazione ampia, comprensiva non solo dei principi fondamentali della Costituzione e dei principi sovranazionali ma anche delle leggi ordinarie e delle norme codicistiche, operazione ermeneutica che necessariamente procede dal caso singolo ma che approda ad un inquadramento di carattere generale, così da consentire un certo ordine nel bilanciamento dei valori in gioco». Come già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12193 dell'8 maggio 2019, la valutazione deve tener conto della

Costituzione, del diritto internazionale e dell'Unione europea e dei principi risultanti dalle leggi ordinarie che regolano gli istituti rilevanti.

La Cassazione ha oggettivamente preso atto del fatto che il ripudio è in molti codici di diritto islamico collocato nell'ambito in un procedimento giudiziario e questo ne ha snaturato le caratteristiche tradizionali, certamente avvicinandolo al divorzio conosciuto nelle civiltà europee. Ciononostante, secondo la Corte, «[g]eneralmente, l'autorità che interviene svolge spesso funzioni di omologazione, talvolta anche funzioni decisorie, ma pur sempre limitate a recepire la volontà unilaterale del marito». Non a caso, la Corte d'appello aveva statuito in favore della contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento di Nablus in quanto l'unilateralità del ripudio non è venuta meno per effetto del consenso della moglie alla richiesta avanzata dal marito (come affermato da quest'ultimo), giacché la destinataria della decisione del marito si era limitata a prenderne atto. La Corte d'appello aveva dunque prediletto un approccio basato sull'analisi degli effetti del provvedimento di ripudio in Italia, rigettando invece l'approccio – sostenuto anche dalle conclusioni dell'Avvocato generale nel menzionato caso Sahyouni¹⁸ – in cui si era affermato che anche la violazione astratta del principio di non discriminazione in base al sesso da parte della legge straniera comporta una

¹⁸ V. *supra* nota 5.

violazione dell'ordine pubblico e, dunque, pure nei casi in cui la donna materialmente accetti il ripudio, il provvedimento straniero non dovrebbe essere riconoscibile nell'Unione europea.

D'altra parte, ed in linea con un approccio che tiene conto di tutte le circostanze rilevanti e non si limiti all'esame di soltanto alcune di esse, la Corte di Cassazione ha anche condivisibilmente criticato quella tendenza, propria delle Corti francesi, di riconoscere gli effetti dei provvedimenti di ripudio in tutti quei casi in cui la fattispecie concreta presenta collegamenti poco significativi con lo stato del foro (ordine pubblico di prossimità) o si è già perfezionata nell'ordinamento di provenienza, ponendosi come mera questione preliminare nell'ordinamento del foro (ordine pubblico attenuato). Sul punto, la Corte ha avuto modo di rilevare che queste teorie «manifestano i propri limiti proprio laddove, come nel caso del talaq pronunciato all'estero, il contrasto con l'ordine pubblico sia determinato da violazioni dei principi fondamentali dell'individuo riconosciuti come valori universali, quali la tutela della parità di genere ed il principio di non discriminazione anche all'interno del matrimonio». La violazione di un principio fondamentale, quindi, può talvolta essere talmente grave da portare un livello di ripugnanza del provvedimento straniero per l'ordinamento del foro tale da non consentirne l'ingresso ad alcuna condizione.

Nel merito, la Corte ha condivisibilmente avuto modo di rilevare (a quanto pare diversamente da quanto aveva affermato la Corte di giustizia UE nel 2017 nel menzionato caso Sahyouni) che il Tribunale sciaraitico che ha pronunciato la decisione sia da considerarsi quale autorità statale competente, posto che l'art. 2 della legge palestinese n. 31 del 1959 affida a tale autorità tutte le questioni tra musulmani e in particolare ogni contratto registrato presso il tribunale sciaraitico o uno dei suoi legali autorizzati e tutto quello che ne deriva o consegue. Non ci si trovava dunque di fronte ad un atto di autonomia privata autenticato dall'autorità religiosa competente, ma di un vero e proprio provvedimento statale. Su questa base, ai fini della riconoscibilità del provvedimento ex art. 65, la Corte ha ritenuto necessario verificare se, in concreto, la violazione dei diritti processuali della donna fosse superabile alla luce del reale disfacimento della comunione matrimoniale¹⁹. Sul punto, se da un lato la violazione dei diritti processuali e del principio di uguaglianza era manifesta, dall'altro lato non vi era alcun elemento che potesse far propendere per un'effettiva volontà della moglie di sciogliere il vincolo matrimoniale. La violazione dell'ordine pubblico è apparsa dunque evidente, sia sul piano sostanziale (dell'eguaglianza tra coniugi) sia sul piano processuale (dell'impossibilità materiale per la donna di prendere parte al procedimento).

¹⁹ Sent. 16804/2020 p. 25.

La sentenza 17170 del 2020

La sentenza n. 17170 del 2020 ha, invece esaminato un ricorso concernente una decisione della Corte d'appello di Bari che aveva ordinato all'ufficiale dello Stato civile di Bari la cancellazione della trascrizione dai relativi registri di una sentenza di divorzio pronunciata dalla I Sezione della Corte Suprema di Teheran il 24 novembre 2014. La Corte d'Appello aveva affermato che «non v'è dubbio alcuno che la sentenza iraniana trascritta contrasti con i principi fondamentali del nostro ordinamento, considerato che in Iran il marito ha la possibilità di divorziare senza che la moglie possa paralizzare la volontà del consorte» e che «dalla sentenza iraniana de qua emerge in tutta la sua evidenza la violazione dei principi di parità coniugale e tra i sessi, atteso che la decisione adottata in quella sede (divorzio del genere rojee) è sussumibile nella disposizione dell'art. 1133 locale c.c.», la quale disposizione abilita il marito a divorziare dalla moglie quante volte lo vorrà. Di conseguenza, la normativa italiana «sancisce una fattispecie di divorzio che per il suo carattere unilaterale ed arbitrario non si discosta dall'istituto del ripudio», in contrasto astratto con l'ordine pubblico internazionale.

Secondo il ricorrente, la Corte aveva tuttavia lasciato di considerare gli effetti concreti del provvedimento iraniano, cosa che sarebbe stata richiesta dal concetto di ordine pubblico di cui all'art. 64, comma 1, lettera g, della legge 218 del 1995, limitandosi invece ad accertare l'astratta contrarietà del diritto iraniano con l'ordine pubblico internazionale.

La Cassazione, in linea con il ragionamento della precedente sentenza (seppur senza menzionarla, vista la sostanziale contemporaneità dei due provvedimenti), ha quindi ritenuto il ricorso meritevole di accoglimento. La critica mossa dai giudici di piazza Cavour alla Corte d'appello di Bari è, sul punto, molto forte (e peraltro altrettanto condivisibile). Da un lato, si afferma che la decisione oggetto di ricorso ha ignorato l'evoluzione dell'ordinamento internazionalprivatistico, spinto da una progressiva apertura verso valori giuridici stranieri e sovranazionali e, dall'altro lato, che la valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico non può dipendere dalla consonanza tra istituti stranieri ed istituti nazionali, ma da come essi siano concretamente incarnati nell'ordinamento interno per mezzo della disciplina ordinaria e dell'opera chiarificatrice della giurisprudenza. Nelle parole della Cassazione, riguardo deve essere prestato esclusivamente «agli effetti che le disposizioni del provvedimento straniero possono produrre nell'ordinamento interno», escludendosi «ogni possibilità di sottoporlo ad un sindacato di tipo contenutistico o di merito, né di correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano».

Non si tratta, dunque, di una comparazione tra modelli giuridici, ma di una reale valutazione dei principi rilevanti e della migliore attuazione degli stessi alla luce delle circostanze del caso concreto.

La sentenza è stata dunque cassata con rinvio e la violazione dell'ordine pubblico esclusa nella misura in cui essa si configurava soltanto astrattamente.

Considerazioni conclusive

Quali indicazioni trarre dalla giurisprudenza analizzata? A ben vedere si tratta di conferme rispetto a quanto già teorizzato dalla migliore dottrina, favorevole ad un'implementazione dell'apertura degli ordinamenti interni rispetto alla circolazione degli *status* personali²⁰. Ciò in quanto una mera differenza tra discipline non è più considerata sufficiente a giustificare il diniego del riconoscimento di un provvedimento straniero o la mancata applicazione del diritto straniero. Al contrario, si richiede una violazione dei principi cardine dell'ordinamento, quelli che sono considerati «sacrosanti al punto da richiederne l'applicazione in tutti i casi e senza eccezioni»²¹.

Il rilievo delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani, peraltro, ha aumentato significativamente il novero dei casi in cui le rigidità degli ordinamenti interni sono attenuate dalla necessità di tutelare, in concreto, altre esigenze come potrebbe es-

sere, nel caso di specie, la volontà della donna di ricominciare una vita successivamente all'avvenuto ripudio²². Questa circostanza ha portato all'affermazione della funzione positiva dei principi che compongono l'ordine pubblico, i quali possono molto spesso fungere da motore per il riconoscimento di provvedimenti stranieri laddove in concreto il mancato riconoscimento degli stessi possa comportare una più grave lesione dei diritti fondamentali delle persone coinvolte²³.

Le sentenze in questione meritano anche apprezzamento per il rigetto delle teorie di stampo francese dell'ordine pubblico attenuato e di prossimità, le quali, partendo dall'assunto dell'eccessiva rigidità dell'ordine pubblico, finiscono sostanzialmente per replicare tale difetto, precludendo il funzionamento del detto limite in tutti i casi in cui, nonostante la tenue connessione del caso con il foro, la violazione dei diritti fondamentali sia tale da rendere il provvedimento straniero totalmente inammissibile per lo stato del giudice²⁴.

²⁰ F. SALERNO, *The identity ad continuity of personal status in contemporary private international law*, in *RCADI* (2019) *passim*.

²¹ J.D.M. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York 1978, 532.

²² P. FRANZINA, *L'incidenza dei diritti umani sul diritto internazionale privato: il caso della protezione degli adulti vulnerabili*, in *Federalismi.it* (2013) 1-22. S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, *passim*.

²³ P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli 2018, 237 ss.

²⁴ In tal senso si veda F. SALERNO, *The identity* cit. 132 e 182.

Zina Essid

Migration clandestine dans le bassin méditerranéen

Le déplacement irrégulier des individus d'un pays à un autre pour s'y établir temporairement ou définitivement est appelé communément une migration clandestine. Personne ne l'aurait deviné à l'ère de la modernité et de la mondialisation, et c'est pourtant le cas. A un moment de notre histoire où on s'y attendait le moins, une position légale sécuritaire adoptée par les Etats afin de se protéger, émerge au détriment du principe de la libre circulation¹. L'illégalité du déplacement est constatée de par la transgression du règlement relatif au franchissement des frontières et

de séjour dans un pays donné². Il en va de même pour les passagers porteurs des titres de circulation irréguliers. Ce phénomène est de plus en plus pointé du doigt dans le monde y compris dans le bassin de la Méditerranée où des événements dramatiques³ se déroulent dans les itinéraires migratoires de la rive Sud de la mer vers l'Europe⁴.

Les causes profondes de la migration sont diverses, mais il n'est pas difficile d'en établir la liste dans la mesure où le flux de la migration irrégulière touche en particulier les classes sociales les plus démunies⁵.

Maitre de conférences à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Université Tunis El Manar.

¹ Article 13 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

² F. HORCHANI et S. BOSTANJI, «*Avant-propos*», in *L'étranger dans tous ses états* (2005) 3.

³ S. BEN ACHOUR, *Le cadre juridique des migrations irrégulières en droit tunisien*, in *Annales des sciences juridiques* (2008) 105 et suiv.

⁴ *Etude sur la migration et l'asile dans les pays du Maghreb. Commentaire méthodologique. Rapport du réseau Euro-méditerranéen des droits de l'homme*, juillet 2010 ; V. *Droit international de la migration*, n°3, *Migration et protection des droits de l'homme*. Organisation internationale pour les migrations, 2005.

⁵ M. MABROUK, *El harikoun, pour une approche sociologique du milieu social des immigrés clandestins et de leur imaginaire*, in *Revue de sciences sociales* 125 (2003) 15-49; H. KASSAR, *Changements sociaux et émigration clandestine en Tunisie*, XV Congrès de l'UIESP, Tours 2005.

Les raisons économiques et sociales justifient amplement la migration des ressortissants de la rive Sud de la Méditerranée vers l'Europe. Le facteur politique n'en est pas toujours la cause directe sauf dans les moments de crise et d'insécurité en Afrique subsaharienne qui forcent les gens à fuir et à emprunter les itinéraires migratoires de la Méditerranée⁶.

Les flux migratoires clandestins entre les pays du Maghreb dont la Tunisie et les pays européens ne cessent d'augmenter. En Tunisie, le phénomène avait commencé à poser problème à partir des années 1990⁷. Les flux migratoires ont augmenté soudainement suite à la politique européenne de fermeture des frontières et de l'exigence de visa de circulation. Après la révolution de 2011, probablement à cause de la crise économique ayant déclenché la révolution et au vu du relâchement du contrôle

des frontières par les autorités sécuritaires en place, le nombre des migrants irréguliers a atteint un seuil très élevé et sans précédent⁸. Les drames humanitaires se sont succédés, bien évidemment, à cause des départs massifs de migrants clandestins.

Le mouvement de la migration clandestine dans le bassin méditerranéen progresse dans les zones de la Méditerranée centrale et occidentale, du côté de l'Italie, Malte et de l'Espagne. L'Italie a toujours été la destination la plus visée par le flux migratoire en expansion pratiquement dans toute la zone. Ceci dit, la plupart des tunisiens y accèdent en premier pour se diriger ultérieurement vers la France hexagonale⁹.

Pendant la crise sanitaire causée par la covid-19, des mesures provisoires de confinement et de fermeture des frontières ont été ordonnées sur les deux rives de la Méditerranée¹⁰. Les restrictions à la libre

⁶ Les ressortissants de l'Afrique subsaharienne arrivent généralement en Tunisie pour transiter. Ils fuient les conflits interethniques et les guerres civiles en plus des crises économiques. Ce n'est point le cas pour les maghrébins ressortissants de l'Afrique du nord qui sont plutôt animés par un rêve de vie décente. V.H. BOUBAKRI et S. MAZZELLA, *La Tunisie entre transit et immigration: politiques migratoires et conditions d'accueil des migrants africains à Tunis*, in *Autrepart, revue de sciences sociales au Sud*, Presses de Sciences Po 36 (2005) 150.

⁷ Dans les années 60 et 70 l'immigration des travailleurs maghrébins et subsahariens en Europe était organisée à travers des conventions bilatérales entre les pays pourvoyeurs de travailleurs et les pays européens ayant besoin de main-d'œuvre. Voir. A. EL MEKKI, *La détermination du statut de réfugié et du statut de migrant: Un glissement sémantique*, in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Nébila Mezghani-Chaabouni*, 2, Tunisi 2019, 2.

⁸ S. BEN ACHOUR et M. BEN JEMIA, *Révolution tunisienne et migration clandestine vers Europe: Réactions européennes et tunisiennes*, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse* 65 (2011); R. KHALIFA, *L'émigration irrégulière en Tunisie après le 14 janvier 2011. Le problème des disparus: pouvoirs publics et société civile*, in *Hommes et Migration* 1303 (2013) 182-188.

⁹ A. LABIB, *L'immigration maghrébine en Italie: du transit à l'installation*, in *Hommes et Migrations* 1194 (1996), *L'Italie en quête d'une politique de l'immigration* 26-32.

¹⁰ En Tunisie, plusieurs décrets présidentiels ont été promulgués pour instaurer le couvre-feu sur tout le territoire de la République et limiter la circulation des personnes et les rassemblements hors horaires du couvre-feu. V. décret présidentiel n° 24 du

circulation des personnes qui ont été prescrites à cause de la pandémie ont contribué, tout de même, à baisser relativement le flux de la migration momentanément. Pour autant, quelques traversées ont eu lieu malgré les conditions générales exceptionnellement difficiles. En fait, le flux de la migration clandestine, a fluctué au fil des années en fonction des événements survenus, mais ne s'est jamais complètement arrêté depuis plus de trente ans.

D'emblée, il faut souligner que l'expansion du flux migratoire concerne la Tunisie qui se trouve impliquée dans ce phénomène à double titre. C'est un pays de départ car les jeunes gens, hommes et femmes s'y résolvent pour regagner l'Europe à la recherche de travail et d'une vie décente. A cela s'ajoute, le fait que la Tunisie soit devenue récemment ce qu'on appelle un territoire de transit¹¹. Les candidats à la migration clandestine, d'origine subsaharienne et nord-africaine s'y retrouvent pour se regrouper et organiser le départ vers le pays de destination¹².

La Lybie était devenue également un territoire de transit¹³ vers les postes avancés de l'Europe, précisément Malte et l'Italie. Pourtant, la Lybie qui

a toujours attiré un grand nombre de travailleurs étrangers, entretenait du temps de l'ancien régime des rapports basés sur la coopération avec l'Europe notamment avec les pays directement impliqués dans la migration. A l'époque, la coopération interétatique relevait d'un choix stratégique qui parvenait à contenir la migration clandestine et à freiner les flux migratoires. Or, depuis le soulèvement populaire contre l'ancien régime politique, la situation était devenue beaucoup plus compliquée, pour cause d'instabilité politique interne et d'insécurité. Evidemment, les événements qui se sont déroulés ultérieurement ont eu un impact immédiat sur les migrations non désirées en Europe. D'ailleurs, il était prévisible que les migrants, saisissent les périodes de crises politiques pour affluer de tous les bords de l'Afrique subsaharienne et du Maghreb dans l'unique espoir de passer à l'autre côté de la mer Méditerranée.

L'aventure est aussi bien dangereuse que douloureuse, mais les migrants irréguliers courent tous les risques. Malheureusement, ils risquent leurs vies, s'exposent à la violence et subissent un traitement

18 mars 2020. (J.O.R.T. n°23 du 20 mars 2020, p. 750) et le décret présidentiel n° 28 du 22 mars 2020. (J.O.R.T. n°24 du 22 mars 2020, p. 762).

¹¹ H. BOUBAKRI et S. MAZZELLA, «*La Tunisie*» cit. 150.

¹² M. MABROUK, *Migration clandestine en Tunisie : Organisations et filières*, in *Revue tunisienne de sciences sociales* 140 169-202; S. BEN ACHOUR, *Le cadre juridique* cit. 2 et suiv.

¹³ H. BOUBAKRI, «*Migrations de transit entre la Tunisie, la Libye et l'Afrique subsaharienne: Étude à partir du cas du grand Tunis*», Rapport pour le Conseil de l'Europe, Conférence régionale, *Les migrants dans les pays de transit: partage des responsabilités en matière de gestion et de protection*, Strasbourg 2004, 3 et 4.

inhumain et dégradant¹⁴. Ceux d'entre eux qui parviennent à leur destination rencontrent des difficultés d'ordre social, économique et culturel. Il est vrai que ces problèmes, y compris celui de l'intégration, ne sont pas exclusifs à la migration clandestine, mais ils le sont avec acuité quand c'est le cas.

Pourtant, tout un arsenal juridique est mis en place pour protéger les migrants réguliers ou irréguliers. Parmi les migrants clandestins, les réfugiés et les demandeurs d'asile bénéficient d'un statut juridique particulier et d'une protection relativement meilleure¹⁵. Les conventions des Nations Unies, des traités et des accords interétatiques sont conclus pour cette fin. Les lois émanant des Etats, interviennent pour consacrer les droits de l'homme bénéficiant à toute personne qu'il s'agisse de ressortissants de l'Etat ou d'étrangers¹⁶. Bien plus, les organisations internationales et la société civile se mobilisent pour aider, assister et soutenir les migrants clandestins. S'agissant d'un drame vécu par l'humanité, les acteurs de la société civile déplorent systématiquement les atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine et revendiquent l'amélioration du traitement qui leur est réservé par les autorités frontalières.

C'est à partir de ce constat qu'il serait intéressant de s'interroger sur l'efficacité du droit régissant la migration clandestine des ressortissants de la rive Sud de la Méditerranée vers l'Europe?

La réponse est loin d'être simple malgré l'existence d'une panoplie de textes internationaux et internes susceptibles de s'appliquer. Ce n'est pas le dispositif juridique qui manque, c'est de son efficacité dont il s'agit. Vu sous plusieurs angles, il apparaît insuffisant.

Apriori, le bilan actuel est négatif, mais malgré les incertitudes d'un système normatif à la dérive (I) des mesures et des adaptations restent possibles, l'approche de la migration clandestine est certainement perfectible (II).

Migration clandestine: Un système normatif à la dérive

Ces réflexions sur la migration clandestine sont loin de permettre d'énumérer et d'analyser toutes les difficultés de manière exhaustive. Les textes applicables attirent particulièrement l'attention dans la mesure où le dispositif juridique en place est non seulement insuffisant (A), mais aussi inefficace (B).

¹⁴ S. BEN ACHOUR, *Le droit tunisien face à la traite des personnes et au trafic des migrants*, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse* 47 (2011); F. BEN CHIKH et H. CHEKIR, *La migration irrégulière dans le contexte juridique tunisien*, in *CARIM, Notes d'analyse et de synthèse* 64 (2008).

¹⁵ A. EL MEKKI, *La détermination du statut* cit. 29, 97 et suiv.

¹⁶ En Tunisie le statut de l'étranger est défini par la loi n°7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie. J.O.R.T 8-12 mars 1968, p. 251.

A. Les insuffisances du dispositif juridique

Il est à remarquer que la migration clandestine est régie par des textes qui sont dispersés (1) et très souvent méconnus (2).

La dispersion des textes

Généralement abordée dans le cadre de lois spéciales à portée sécuritaire, la migration clandestine n'est évoquée que pour incriminer des actes prohibés qui lui sont attachés. Le constat est à généraliser pratiquement dans tous les Etats de la rive Sud de la Méditerranée.

En Tunisie la loi organique du 3 février 2004¹⁷ relative aux passeports et aux documents de voyage modifiant et complétant l'ancienne loi n°40 du 14 mai 1975, est le seul texte aujourd'hui qui appréhende frontalement la question de la migration clandestine. Les objectifs principaux dépeints par cette loi¹⁸ étant de condamner les entrées et sorties clandestines du territoire tunisien par voie aérienne, maritime et terrestre et de lutter contre les pratiques

immorales des passeurs. Toutefois, la loi du 3 février 2004 se démarque par un régime répressif particulièrement sévère et un champ d'application excessivement étendu. L'adoption de cette loi s'inscrivait dans le cadre des engagements internationaux de l'Etat tunisien, en l'occurrence, le protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 approuvé et publié en Tunisie¹⁹. Dans sa démarche le législateur tunisien a suivi l'élan sécuritaire et policier dudit protocole en sacrifiant complètement les droits fondamentaux des migrants irréguliers. Ainsi, les droits à l'aide, à l'assistance et au soutien se sont métamorphosés en actes prohibés et incriminés. Le législateur, contre toute attente instaure à l'article 45 de cette loi un devoir de signalement à l'égard des personnes, entre autres, celles qui sont tenues par le secret professionnel tel que les avocats et les médecins. La doctrine²⁰ qualifie ces dispositions de scandaleuses, car elles ouvrent les portes grandes ouvertes à la criminalité spécialement à la traite et à la

¹⁷ Loi organique n°6 du 3 février 2004, modifiant et complétant la loi n°40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage. J.O.R.T. n° 11 du 6 février 2004, p. 252.

¹⁸ Pour saisir les objectifs de la réforme, voir le projet de loi organique visant à compléter et à modifier la loi n° 40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage. J.O.R.T., Débats à la Chambre des députés, 27 janvier 2004, p. 786.

¹⁹ Le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée a été approuvé par la loi n°2003-6 du 21 janvier 2003 (J.O.R.T. n°7 du 24 janvier 2003, p. 195), ratifié par le décret n°777 (J.O.R.T. n°28 du 8 avril 2003, p. 871) et publié par le décret n°1400 du 22 juin 2004 (J.O.R.T. n° 52 du 29 juin 2004, p. 1699).

²⁰ S. BEN ACHOUR et M. BEN JEMIA, *Plaidoyer pour une réforme des lois relatives aux migrants, aux étrangers et à la nationalité*, Coordination suivie par H. BOUBAKRI, Sousse, Tunisie, 2014, 8 et suiv.

violence à l'égard des migrants incapables d'accéder à la justice ou à la prise en charge médicale.

D'autres textes épars abordent la migration clandestine telle que la loi n°7 du 8 mars 1968 relative aux étrangers réprimant aux termes de l'article 25 l'aide octroyée aux migrants irréguliers. Pareillement pour l'article 76 du code disciplinaire et pénal maritime qui condamne toute personne ayant favorisé l'embarquement ou le débarquement de passagers clandestins, l'ayant dissimulé ou lui ayant fourni des vivres à l'insu du capitaine. De même pour l'article 146 du code de l'aéronautique civile qui condamne le commandant de bord ayant procédé à l'embarquement ou le débarquement des passagers en contradiction à la réglementation en vigueur. La répression s'insinue aussi dans le code du travail. Les articles 258 al.2, 265, 266 et 267 de ce code condamnent et sanctionnent l'emploi de la main-d'œuvre étrangère irrégulière. Les employeurs sont punis d'une amende par jour et par travailleur²¹, tandis que les migrants sont susceptibles de faire l'objet d'une mesure de refoulement du territoire par décision du directeur chargé de la sûreté nationale²². Le constat de la dispersion des textes internes se conjugue ainsi avec la prédominance de la portée répressive. Les peines infligées sont pourtant légères et peu dissuasives.

Quant aux textes de source internationale, on constate de prime abord que l'adoption par l'assemblée générale des Nations Unies du pacte mondial pour les migrations sûres, ordonnées et régulières le 19 décembre 2018 intitulé pacte de Marrakech n'a pas été accueilli par les Etats impliqués dans la migration comme on s'y attendait²³. Du Nord au Sud, des réticences, des dissidences et des oppositions sont émises par plusieurs Etats. L'aspect non contraignant²⁴ du texte et le respect du principe de la souveraineté des Etats à définir leurs politiques migratoires qu'il annonce n'ont pas suffi à les encourager à y adhérer. Le processus a été déclenché depuis le pacte sur les réfugiés et les migrants lancé à New York lors de la conférence des Nations Unies en septembre 2016. Relevant d'une approche globale des migrations dans toutes ses dimensions, ses objectifs sont fixés autour de l'organisation des migrations dans le monde, de la coopération internationale, de la solidarité et du respect des droits de l'homme. Ce pacte reste aujourd'hui encore loin d'avoir un impact réel sur le statut du migrant, encore moins sur le migrant irrégulier en mer Méditerranée.

Hormis le pacte mondial pour les migrations, toutes les conventions relatives aux droits de l'Homme sont naturellement applicables en toute

²¹ Article 265 code de travail.

²² Article 267 code de travail.

²³ F. CREPAU, *Le pacte mondial sur la migration : une invitation à une mobilisation structurée en faveur des droits des migrants. Allocution prononcée à la fondation Varenne, le 12 décembre 2018*, in *La Revue des droits de l'homme* 15 (2019).

²⁴ M. TARDIS, *Le pacte de Marrakech. Vers une gouvernance mondiale des migrations?* in *Note de l'Ifri* (2019).

situation et profitent à tout être humain, sans discrimination aucune. Certains de ces textes évoquent la migration expressément, ou en y faisant allusion. Se référer par conséquent aux conventions internationales pour dénoncer les traitements dégradants ou les expulsions collectives et toute autre atteinte aux droits de l'Homme²⁵ est tout à fait fondé. A ce titre, on peut citer quelques-unes d'entre elles, telle que la convention des Nations Unies contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, le pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, la charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981, la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 et la charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000²⁶.

Il faut dire aussi, que dans les rapports étroits entre des Etats concernés par la migration irrégulière; des accords bilatéraux, des traités interétatiques, des échanges de lettres et parfois des procès-verbaux sont très souvent conclus. La plupart de ces accords et documents sont carrément of-

ficiels²⁷. Mais cette voie est apparemment privilégiée par le gouvernement tunisien aux accords communautaires²⁸. Le choix est stratégique pour des fins de coordination, de coopération sécuritaire, et aussi pour réduire les tensions entre les Etats d'origine des immigrés, les pays de transit et les pays de destination. Néanmoins, il paraît que le renforcement des droits des migrants clandestins n'en est pas l'objet principal. Fruits de conciliation et d'arrangements politiques, les droits de l'homme paraissent très secondaires par rapport aux préoccupations sécuritaires. Voilà comment se présente le dispositif juridique censé faire prévaloir les droits fondamentaux des migrants clandestins, insuffisant de par sa dispersion et sa méconnaissance.

La méconnaissance de la loi

Lorsque l'accès à l'information est compliqué, il ne faut pas s'étonner de l'ignorance de la loi. C'est le cas des textes aussi bien internationaux qu'internes qui sont restés méconnus par les différents acteurs de la migration clandestine.

²⁵ B. ESPLUCHE, *L'Italie viole les normes internationales en toute impunité*, in *Migrations Droits de l'homme*, www.echanges-partenariats.org, *Le droit d'asile continue à être ouvertement bafoué à Lampedusa*, www.migreurop.org/article784.html

²⁶ Plusieurs conventions sont élaborées par l'Organisation Internationale du Travail portant sur la protection des migrants, sur les migrations dans les conditions abusives et la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs s'appliquent à la migration clandestine.

²⁷ Il n'est pas étonnant de trouver des accords bilatéraux publiés dans un Etat sans qu'ils ne le soient dans l'autre, voir S. BEN ACHOUR et M. BEN JEMIA, *Plaidoyer pour une réforme* cit. 10, note 33.

²⁸ R. BEN KHALIFA, *L'émigration irrégulière* cit. 182, note 3.

D'abord, les migrants eux-mêmes, ignorent leurs droits. N'ayant aucune connaissance des lois, issus en général de milieux défavorisés et ne maîtrisant la plupart du temps aucune langue étrangère, ils se trouvent confrontés à des procédures rigoureuses et une réglementation stricte. Par conséquent, il est impossible aux migrants irréguliers de contester les mesures prises à leur insu, encore moins, de faire prévaloir leurs droits protégés par les lois internes et internationales. Parfois, la méconnaissance du droit entraîne des conséquences graves. Les migrants irréguliers seuls et démunis sont souvent victimes de violence, d'exploitation et de traitement inhumain et dégradant. Dans ces cas d'extrême urgence, il est indéniable de voir qu'aucune mesure appropriée n'est mise en place pour alléger les souffrances des victimes. La méconnaissance de la loi et la difficulté à obtenir une aide judiciaire ne fait qu'aggraver leur situation fragilisée davantage par l'absence de soutien et d'assistance. En même temps les auteurs des agressions et les trafiquants ne sont ni punis ni poursuivis, malgré l'existence d'un système normatif supposé lutter contre. De leurs côtés, les associations et la société civile n'hésitent pas à agir, soit pour montrer leur solidarité ou pour soutenir et assister les victimes. Les actions entamées par les différentes organisations restent, tout de même, temporaires et limitées. L'insuffisance d'une action conjuguée entre l'Etat et les associations qui sont sur le terrain se fait sentir encore une fois.

Ensuite, les autorités sécuritaires agissant sur le terrain s'appuient sur des décisions émanant de l'admini-

nistration ou des gouvernements. Chargées d'exécuter les ordres, leur mission se limite à arrêter les tentatives de migration et d'organiser l'expulsion des migrants. L'assouplissement du règlement en vigueur n'est jamais envisageable quelle que soit la situation qui se présente. C'est pourquoi, les autorités s'adaptent mal aux situations plus ou moins délicates même quand il s'agit de personnes en détresse, de migrants mineurs, de femmes et d'enfants. La méconnaissance des conventions internationales et des droits de l'Homme touche aussi les autorités en service sur le terrain. Malheureusement en mer ou à terre, le respect des droits de l'homme n'est pas privilégié.

Enfin, il est à noter que les migrants ayant délibérément enfreint la loi, sont traités par les autorités sécuritaires en conséquence. L'attitude adoptée est certainement excessive, s'agissant d'un simple déplacement d'individus non conforme à la loi en vigueur. Les autorités sont normalement appelées à veiller au respect des droits humanitaires indépendamment du contexte factuel, qu'il soit régulier ou non. Mais, il paraît clair que le cadre irrégulier dans lequel se trouvent les migrants est favorable à toutes les dérives. Les atteintes aux droits des migrants sont très significatives de l'inefficacité du dispositif juridique.

B. L'inefficacité du dispositif juridique

L'inefficacité de la loi à protéger les migrants irréguliers, se révèle spécialement à travers deux exemples. Le premier édifie l'échec du choix légis-

latif de la répression de la migration clandestine (1) le second témoigne de la régression des droits de l'Homme (2).

L'échec de la répression

Dès le début, le législateur tunisien s'est orienté vers la répression de la migration clandestine. En vertu de l'article 35 de la loi du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, la répression était envisagée en cas d'infraction commise par tout tunisien ayant quitté ou étant entré sur le territoire tunisien sans être muni d'un document de voyage officiel. La punition variait selon les cas entre 15 jours à 6 mois d'emprisonnement et d'une amende de 30 à 120 dinars. Ce choix législatif n'est donc pas nouveau, il a été reconduit par la loi organique du 3 février 2004 complétant et modifiant l'ancienne loi de 1975. A travers le texte de 2004, on peut observer que le législateur avait, d'une part maintenu la répression de la mobilité irrégulière à l'égard du migrant, d'autre part, il a opté pour l'aggravation des sanctions infligées aux passeurs et l'élargissement du domaine des actes incriminés. Ces deux aspects, c'est-à-dire la sévérité de la sanction et l'extension du champ

d'application de la loi, n'ont pas vraiment servi dans la lutte contre la migration clandestine. Ces mesures se sont avérées inappropriées et injustifiées. En bref, les dispositions récentes sont complètement inefficaces.

Les peines infligées aux passeurs et trafiquants sont particulièrement lourdes. Le passage à un degré supérieur de sanction est tout à fait plausible, pour combattre les pratiques inhumaines de ceux qui profitent «de la douleur des gens de leurs rêves et de leurs illusions»²⁹. Aux termes des articles 38 à 43 ces peines pourraient atteindre jusqu'à 12 ans de prison et 40.000 dinars d'amende. La surveillance administrative ou l'interdiction de séjour peuvent être prononcées accessoirement par le tribunal, en application de l'article 49 de la même loi. On peut reprocher par contre, à ces dispositions pénales l'ambiguïté des termes employés au point de créer la confusion entre la persécution des trafiquants et celle des migrants. Les tribunaux, ont d'ailleurs commis cette erreur pendant un moment, avant de corriger l'interprétation du texte et d'abandonner finalement l'application de la loi 2004 à l'égard des migrants clandestins³⁰.

Le législateur avait également décidé d'élargir

²⁹ Voir le rapport de la commission de la chambre des députés chargée de présenter le projet de loi organique visant à compléter et à modifier la loi n° 40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage. J.O.R.T., Débats à la Chambre des députés, 27 janvier 2004, p. 786.

³⁰ TPI. Sfax, n° 2179, 12 novembre 2006 (inédate), V. Cass. Crim. n° 7944, 16 février 2007 (inédate), rapportés par M. BOUZOUITINA, *La migration clandestine entre la prévention et la répression*, in *R.J.L.* 10 (2007) 201 (en arabe); voir aussi, M.EL HAMMAMI, *Les migrations clandestines*, in *R.J.L.* 10 (2004) 257 (en arabe); S. BEN ACHOUR, *Le cadre juridique* cit. 122.

le champ d'application de la loi 2004. Par voie de conséquence, la répression s'étend désormais à toute activité ayant pour objet d'organiser, de faciliter, d'entremettre, d'aider, de renseigner par un quelconque moyen même bénévole l'entrée ou la sortie d'une personne du territoire tunisien. La tentative est aussi punissable selon cette loi. L'hébergement des personnes entrant dans le territoire tunisien ou le quittant clandestinement est tout autant punissable. Le fait de cacher ou d'œuvrer pour assurer la fuite ou d'empêcher la découverte des candidats à la migration clandestine est punissable³¹. Ainsi, on assiste à une incrimination quasi généralisée de tous les actes ayant un rapport avec les migrants irréguliers y inclus l'aide, l'assistance et le soutien ne serait-ce que bénévolement. Critiquable, inhumain et exagéré, ce choix législatif est à revoir pour incompatibilité avec les droits de l'Homme largement consa-

crés par les textes internes et internationaux ratifiés par la Tunisie. La doctrine³² a maintes fois adressé de virulentes critiques à ces dispositions qui n'ont pas été modifiées jusqu'à ce jour. En attendant leur réajustement, la jurisprudence³³ est appelée à tenir compte de la nécessaire humanisation du droit. L'aide fournie par les ONG, les associations, la société civile, les médecins et les avocats ne peut en aucun cas tomber sous le coup de la loi du 3 février 2004.

Etrangement, la sévérité de la législation pénale n'a pas contribué à réduire le flux de la migration toujours en expansion. Pourtant, la jurisprudence ne s'est pas montrée indulgente envers les passeurs et les tribunaux ont appliqué fermement la loi. Les décisions rendues à l'encontre des organisateurs de traversées clandestines en témoignent³⁴. Le constat est sans appel, la répression est une solution à repenser de fond

³¹ Les sanctions prévues aux infractions prévues aux articles 38 -39-40-41 et 42 de la loi sont aggravées si elles sont commises par ceux qui sont chargé de contrôler et de garder les frontières ou par tout autre agent chargé de mission abusant de sa qualité ou de l'autorité dont il est investi. La peine est encore aggravée et peut atteindre les 20 ans d'emprisonnement si la mort s'en est suivie.

³² S. BEN ACHOUR et M. BEN JEMIA, *Plaidoyer pour une réforme* cit. 4 et suiv.; R. BEN KHALIFA, *L'émigration irrégulière* cit. 186.

³³ A titre d'exemple, on peut citer la décision rendue par la chambre criminelle de Sousse n°8005 du 28 novembre 2013. Dans cette affaire, le tribunal avait prononcé des peines allant de 10 à 15 ans, en plus d'amendes d'un montant élevé V. Arrêt rendu par la cour d'appel de Monastir n°238/2 du 10 juillet 2008 (inédit). Dans cet arrêt la cour a sanctionné des migrants arrêtés suite au naufrage de leur embarcation en pls de personnes indirectement impliquées dans la traversée. L'affaire a été citée par S.BEN ACHOUR, Art. précit., note n°42 et rapportée aussi par H. BOUBAKRI avec la collaboration de N. LAGHA et R. LABIDI, «*Compréhension des migrations irrégulières et des flux mixtes en Afrique du nord, Regard à partir de la Tunisie*», Rapport UNHCR, Tunis office, mars 2010, p. 80.

³⁴ V. Jugement rendu par la chambre criminelle de Sousse n°8005 du 28 novembre 2013 (inédit), voir aussi, M. BOUZOUITINA, *La migration clandestine* cit. 201.

en comble pour cause d'inefficacité. Il aurait été plus judicieux de penser à renforcer l'anticipation de l'activité des passeurs agissant individuellement ou en groupe organisé. Mais, la défaillance du dispositif juridique ne se limite pas aux textes internes, elle est encore plus profonde, au point d'atteindre les droits de l'Homme.

La régression des droits de l'Homme

En général, la fragilisation des droits de l'Homme est perceptible dans les situations difficiles et dangereuses tel que la migration clandestine, en mer Méditerranée. Deux exemples ayant trait au droit à la vie et à la dignité humaine sont assez révélateurs de la régression des droits de l'Homme.

Les migrants irréguliers embarquent dans ce qu'on appelle «Les bateaux fantômes» ou «Les épaves invisibles» qui doivent leurs noms à leur disparition en mer Méditerranée. Les naufrages de ces embarcations surchargées sont très fréquents au cours des traversées vers l'Europe, en faisant des centaines de noyés et de disparus. Les familles ayant perdu un être cher, ignorent des fois son sort, s'il est encore vivant ou non. Selon le rapport de l'Organisation Internationale pour les Migrations OIM, le nombre de décès de migrants clandestins en mer Méditerranée, aurait franchi les 20.000 décès dans la période allant de 2014

à 2020. Les corps des migrants noyés, repêchés par les pêcheurs ou par les gardes côtes, ou encore rejetés par la mer sur le littoral des deux rives, sont une vraie tragédie humaine.

En cas de naufrage, les Etats sont supposés venir au secours des migrants en danger imminent. Le droit à la vie étant fondamental, il prévaut sur toute autre loi ou règlement. Or, les autorités policières ne le conçoivent pas toujours ainsi. On se rappelle encore du naufrage qui a eu lieu en 2013 près de Lampedusa où plus de 200 migrants n'ont pas été sauvés à temps, se sont noyés en une seule nuit. Le comité des droits de l'Homme des Nations Unies avait à l'époque dans une décision rendue publique condamné l'Etat italien pour le retard inadmissible et inexplicable dans l'envoi du navire de sauvetage³⁵. Cette condamnation dénote, à la fois, de la précarité du droit à la vie et de la nécessaire réaction de la communauté internationale à tout manquement au respect des droits fondamentaux de la personne humaine. Il faut dire aussi que les autorités italiennes n'ont pas toujours manqué à leur devoir, d'autant plus que le sauvetage des migrants ne relève pas exclusivement de la responsabilité du pays de destination. Tous les Etats y sont impliqués, tant qu'il y a des vies à sauver et des personnes en détresse, la supériorité du droit à la vie doit primer sur tout autre intérêt en jeu.

Le traitement des migrants atteste aussi des diffi-

³⁵ *Naufrage en Méditerranée: l'Italie accusée d'avoir trop tardé à secourir les naufragés*, INFOMIGRANTS, 28 janvier 2021. <https://www.infomigrants.net/fr/post/29940/naufrage-en-mediterranee--litalie-accusee-davoir-trop-tarde-a-secourir-les-naufrages>.

cultés provoquées par la migration clandestine. Nonobstant les conventions internationales réprimant le traitement dégradant et inhumain, il est regrettable d'observer que les migrants clandestins sont traités de manière indigne. Du côté de la rive Nord de la Méditerranée, on déplore un traitement dégradant à l'égard des migrants. Les associations et les acteurs de la société civile accusent les forces de l'ordre, non sans preuve, d'avoir recours à des actes d'intimidation, d'humiliations et de violence à l'égard des migrants³⁶. Il paraît qu'ils bénéficient, en plus, d'une impunité favorisant l'arbitraire policier, et ce malgré la gravité des infractions commises. Les conditions des centres de rétention des migrants clandestins, en attendant leurs expulsions sont également à revoir³⁷. Retenus et maltraités, les migrants clandestins sont forcés d'attendre une période indéterminée avant d'être expulsés vers les pays de départ. D'habitude, l'expulsion des migrants irréguliers vers ces pays relève d'arrangements politiques convenus au préalable par des traités interétatiques³⁸. Mais les pays du Sud dont la Tunisie, ne sont pas en réalité préparés pour le faire³⁹. Pour cela, on ne peut pas dire que l'inexécution des engagements,

ou leurs exécutions partielles dans des conditions incertaines pour les migrants, aurait eu été surprenants. Désormais, la crise humanitaire est réelle au point de se demander, à bon droit, si des solutions restent possibles? La réponse est sûrement par l'affirmative.

Migration clandestine: Une approche perfectible

Pour surmonter les difficultés de la migration clandestine dans le bassin de la Méditerranée, deux voies sont à emprunter parallèlement. La première dicte une véritable humanisation du droit (A), la seconde n'est autre que la consolidation de la coopération internationale (B).

A. L'humanisation du droit

Quelle que soit la force et la juridicité du *negotium*, on ne peut se contenter, tout simplement, d'annoncer des idées idéalistes. Des actions réelles et perceptibles, devraient revigorer la prééminence des droits de l'Homme (1) et les renforcer (2).

³⁶ F-V. PALEOLOGO, *Italie: Les nouvelles formes de privation des libertés des immigrés clandestins*, Association pour les études juridiques sur l'immigration, Bruxelles, 25 et 26 juin 2003, migreurop, www.migreurop.org; B. ESPLUCHE, *L'Italie viole les normes internationales en toute impunité*, *Migrations, droits de l'homme*, www.echanges-partenariats.org.

³⁷ A. BEN MARZOUK *Immigration: conditions de détention scandaleuses à Lampedusa*, *L'économiste*, 27 septembre 2005, www.leconomiste.com.

³⁸ L'Italie avait conclu plusieurs accords de réadmission avec la Tunisie le 6 août 1998, avec l'Algérie en février 2000 et avec le Maroc en juillet 1998.

³⁹ Les rapatriements collectifs sont généralement interdits aux conventions établies entre les Etats afin d'éviter toute exploitation médiatique. Mais, les Etats de destination ne s'y conforment pas tout le temps.

La prééminence accordée aux droits de l'Homme

Les droits de l'Homme sont à préserver par une vraie prééminence non seulement sur les législations étatiques mais aussi aux règlements en vigueur applicables aux contextes circonstanciés qui se présentent. Il y va de l'essence même des droits de l'Homme. Désormais, certains droits fondamentaux rattachés à la personne humaine sont particulièrement atteints dans le contexte de la migration clandestine. A ce propos, il faut rappeler que le droit à la vie, le droit à un traitement humain, le droit à la défense et le droit à la santé ne doivent en aucun cas rentrer en concurrence avec les lois et les règlements internes des Etats. La supériorité théorique et effective des droits de l'Homme doit être réellement considérée par tous les moyens légaux et possibles. Le pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières n'a pas manqué d'affirmer l'engagement des Etats à accorder aux droits de l'Homme la place prioritaire méritée. A cette fin, le pacte emploie aux articles 11 à 15 les termes «primauté» et «priorité» pour mettre en exergue la dimension humaine au centre des préoccupations dans le cadre de la gestion de la migration⁴⁰. Il demeure nécessaire que les Etats y adhèrent et respectent leurs engagements. Coté effectivité, on ne

peut s'empêcher de penser aux sanctions des manquements aux obligations.

Dans ce sillage, la communauté internationale à travers les instances et les organisations internationales est appelée à ne plus se contenter des formes classiques de pression pour faire prévaloir la primauté des droits de l'Homme. Le respect du principe de la souveraineté des Etats ne doit pas servir de prétexte pour laisser persister des atteintes scandaleuses à ces droits fondamentaux. Qu'il s'agisse de pays du Sud ou du Nord, les lois internes ainsi que les règlements en vigueur préjudiciables à la fois psychologiquement et physiquement aux migrants clandestins ne devraient plus passer sous silence. Dès que la déviation par rapport aux droits fondamentaux de la personne humaine se fait remarquer la réaction de la communauté internationale devrait être immédiate. Recommander aux Etats membres d'adopter des textes axés sur les droits de l'Homme n'est plus suffisant. Des mécanismes pratiques et efficaces sont à mettre en œuvre pour veiller à l'humanisation du droit applicable et à la surveillance de sa mise en œuvre.

C'est par rapport au droit tunisien qu'on mesure l'intérêt à revoir et à améliorer la législation interne. En faisant prévaloir les droits fondamentaux à la personne

⁴⁰ Par exemple, au niveau de l'objectif 11 intitulé : «Gérer les frontières de manière intégrée, sûre, et coordonnée, les Etats s'engagent... à mettre en œuvre des politiques de gestion des frontières qui respectent... la primauté du droit, les obligations découlant du droit international et les droits fondamentaux de tous les migrants, quel que soit leur statut migratoire, et qui soient non discriminatoires et tiennent compte de la problématique femmes-hommes et des besoins particuliers des enfants» (paragraphe 27).

humaine, on pourrait assurer l'aide et l'assistance nécessaires aux migrants clandestins. Il a été démontré que l'élargissement du domaine de la répression, en application de la loi n°6 du 3 février 2004, sacrifiait totalement la dimension humaine⁴¹. L'instauration du devoir de signalement pénalement sanctionné, même à l'égard des personnes tenues par le secret professionnel n'est que désolante. A partir de là, l'appel à assainir ce texte par la suppression des dispositions en contradiction avec le droit international et les des droits de l'Homme est amplement justifié.

Dans les circonstances extrêmes et à défaut de supériorité, les droits de l'Homme seraient vidés de tout sens. Cette remarque est valable pour tous les droits tels que le droit à la vie humaine, le droit à la santé, le droit à un traitement humain non dégradant, le droit à la sécurité et à l'égalité. En dévier engendre, tout particulièrement, des dégâts irrécupérables lorsqu'il s'agit d'atteinte au droit à la vie ou à la santé, ou encore au droit des migrants à l'accès aux services de base, notamment lorsque les migrants sont des enfants. A ce stade, il n'est plus question de concurrence entre les textes applicables, mais d'une priorité absolue qui doit être observée par les intervenants impliqués dans la migration clandestine. Corrélativement, les droits de l'Homme sont à renforcer dans le domaine sensible de la migration irrégulière.

Le renforcement des droits de l'Homme

Le cadre limité de ces réflexions sur la migration clandestine ne permet évidemment pas d'aborder le sujet dans toutes ses dimensions. Pour autant, des mesures proposées par la doctrine⁴² sont à rappeler relativement au droit à un traitement non dégradant, à la question des personnes disparues en mer et au travail des migrants irréguliers.

Au comportement attentatoire au droit à un traitement humain et non dégradant, deux sortes d'attitudes sont à adopter. La première, en amont, consiste à former et à contrôler les agents de police ou de l'administration chargés de gérer les frontières et les affaires de la migration irrégulière. La deuxième opère en aval, impliquant les instances internationales qui sont appelées à sanctionner fermement pour dissuader tout comportement dégradant ou discriminatoire. Cette dernière observation n'épargne pas les Etats qui procèdent à la détention, à l'enfermement et à l'expulsion des migrants clandestins dans des conditions non conformes aux droits de l'Homme.

Au sujet des disparus en mer suite aux naufrages des embarcations surchargées et inadaptées, le constat de l'indifférence des Etats à l'égard des familles est navrant. À la recherche d'un être cher, ces familles entament une épreuve longue et douloureuse. Une véritable tragédie humaine à laquelle la communauté internationale demeure in-

⁴¹ Art 45 de la loi n°6 du 3 février 2004.

⁴² S.BEN ACHOUR et M.BEN JEMIA, *Plaidoyer pour une réforme* cit. 8.

sensible. Toutefois, pour y remédier il aurait suffi que l'on s'intéresse à leur cause. Le déploiement de structures spécialisées capables de les aider et de les apaiser est à la portée des Etats indifféremment du Sud ou du Nord. Le reste relève de choix politiques à s'impliquer dans cette voie ou non.

Une dernière observation s'impose relativement aux migrants qui travaillent, malgré leur statut irrégulier. Ces derniers sont sollicités pour différentes activités agricoles ou industrielle peu attrayantes pour la main d'œuvre européenne. Les revenus assez bas qu'ils perçoivent encouragent les employeurs à les recruter et à les maintenir. C'est pourquoi, les organisations internationales⁴³ dénoncent une politique migratoire qui heurte de front la réalité économique. Les travailleurs qui comptent pour l'économie européenne, devraient bénéficier des droits humanitaires nonobstant la clandestinité. Ceci n'est réalisable, bien entendu, qu'à la condition de la coopération internationale.

B. La consolidation de la coopération internationale

La migration clandestine ne doit plus constituer une source de tensions entre les Etats qui y sont impliqués. La collaboration continue ainsi que l'entraide mutuelle permettraient de mieux gérer ce

phénomène humain. La démarche à suivre pourrait se concevoir, à travers deux chemins croisés. Celui, d'adopter une politique de migration organisée dans les pays du Nord (1), l'autre consisterait à appuyer l'investissement ciblé dans les pays du Sud (2).

Pour une migration organisée dans les pays du Nord

L'organisation de la mobilité des personnes dans le monde y compris dans le bassin méditerranéen ne peut plus continuer à relever uniquement d'une politique tracée par les pays de destination. La coopération internationale s'impose pour mieux gérer la migration et établir un minimum d'équilibre entre les intérêts antagonistes des pays de la rive Sud et de la rive Nord. Le choix politique de fixer une vision unilatérale relativement aux déplacements des personnes est complètement dépassée; autant l'admettre dans le bassin méditerranéen et rompre définitivement avec les anciennes pratiques. Faut-il rappeler que les pays européens étaient à l'origine du déclenchement du processus ayant abouti à l'adoption du pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières axé sur l'idée de la coopération internationale. Les réserves formulées à l'égard de la gouvernance globale de la migration, les oppositions des pays européens et le refus de signer le pacte ne sont-ils pas surprenants?

A commencer par la politique des restrictions aux déplacements des personnes qui n'a pas don-

⁴³ A. PECOUD, *De la «gestion» au contrôle des migration ? Discours et pratiques de l'organisation internationale pour les migrations*, in *Critique internationale* 76 (2017) 81-99.

né les résultats espérés par les pays européens, jusqu'aux difficultés vécues par les travailleurs irréguliers, la gestion unilatérale était vouée à l'échec dès le départ. D'autres alternatives se présentent, pourtant, à ces deux questions épineuses.

D'une part, l'assouplissement de restrictions aux déplacements doit être envisagé par les pays européens dans le cadre de la gestion de la migration. Le développement des voies de la migration légale vers l'Europe pour les demandeurs d'asile ou les migrants espérant trouver un travail dans des conditions décentes est indispensable pour freiner les flux de la migration clandestine. L'Union Européenne, en est consciente, la conclusion de l'accord de facilitation des visas parallèlement à l'accord de partenariat de mobilité signé le 3 mars 2014 le prouve. Il est vrai que ces accords visent, principalement, la lutte contre la migration irrégulière, la réadmission des migrants et la gestion des frontières, mais ils révèlent également les pressions étatiques sur les négociations de ces accords avec les pays du Sud. Focalisés sur l'expulsion, la réadmission et les mesures sécuritaires pour contrôler les frontières, les accords bilatéraux évoquent timidement les conditions de

la mobilité régulière. En même temps, les pays de départ, ayant un intérêt certain à la migration et aspirant au développement économique négocient l'assouplissement des conditions de la mobilité des personnes. Eu égard à la réalité de la migration dans le bassin de la méditerranée, la voie de la fermeture des frontières est, de moins en moins, convaincante. Justifiée par les gouvernements européens par les risques sécuritaires liés au terrorisme et les craintes des conséquences d'ordre culturel ou religieux ou encore identitaire, la politique migratoire ne correspond en rien à l'esprit de la coopération internationale. Il est clair que les enjeux électoraux, ainsi que les besoins économiques en main d'œuvre, affectent principalement les orientations des pays européens d'ouvrir ou de fermer les frontières de l'Europe. Les droits de l'Homme, le droit à la mobilité, le développement des pays du Sud, objectifs défendus pourtant par le discours officiel des organisations internationales européennes, n'affectent que trop peu, les décisions politiques⁴⁴.

D'autre part, la question de la régularisation de la situation des travailleurs migrants⁴⁵ refait surface en fonction des intérêts économiques en jeu.

⁴⁴ Un accord tuniso-français de gestion concertée des migrations et au développement solidaire a été conclu le 28 avril 2008 ratifié par la loi n°51 du 21 juillet 2008 (J.O.R.T. n°60 du 25 juillet 2008, p. 2252). Une déclaration conjointe pour le partenariat de mobilité a été signée le 3 mars 2014 par la Tunisie dans le cadre d'un partenariat avec la communauté européenne. Ces deux textes sont axés sur les préoccupations sécuritaires et le développement de la coopération internationale dans le domaine de la réadmission des migrants clandestins.

⁴⁵ E. DECAUX, «Droits des travailleurs migrants et droit international des droits de l'homme», in *Migration et Société* 117-118 (2008) 185-198.

Pour les ressortissants des pays du Sud, le travail en Europe est une opportunité économique. De l'autre côté du bassin méditerranéen, on ne peut nier que le travail des migrants joue un rôle considérable sur le marché européen. Cependant, ce rôle a été, de tout temps, marginalisé sans raison valable. On mène, en général, une politique migratoire à sens unique, unilatérale et peu soucieuse de la dignité des travailleurs, encore moins, des droits humains⁴⁶. Pour autant, disposer économiquement de la main d'œuvre irrégulière, requiert en contrepartie, la reconnaissance des droits légitimes des travailleurs. Les Etats européens s'y engagent, par moment, si besoin en main d'œuvre il y'a; ce qui n'est point suffisant pour généraliser la protection à tous les migrants réguliers ou non. Quand bien même, aborder la question de la migration sous l'angle des droits humains n'est point suffisant, il faudrait aussi, activer le développement et appuyer l'investissement dans les pays du Sud.

L'appui à l'investissement dans les pays du Sud

La migration est une réalité qu'on ne peut ignorer. Elle continuera à s'accroître tant que ses causes profondes ne sont pas éradiquées à la base, ou au moins, atténuées. Ceci est valable dans le bassin méditerranéen, comme ailleurs. Afin de maîtriser le phénomène humain de la migration, on n'a d'autre

choix que de renforcer la coopération internationale dans tous les domaines, spécialement, celui de l'économie à travers l'investissement dans les pays du Sud à court et à long terme.

A court terme, il est nécessaire de soutenir les pays de la rive Sud de la Méditerranée par tous les moyens juridiques, politiques et financiers. L'appui financier, permet de minimiser efficacement les effets néfastes des crises économiques successives, notamment, suite aux bouleversements politiques ou de la crise sanitaire liée à la Covid 19, ces deux dernières années étaient particulièrement difficiles. A vrai dire, la Tunisie qui connaît une transition démocratique pacifique et exemplaire dans la région, en a bénéficié depuis dix ans. Certes, les difficultés politiques vécues ralentissent la réalisation des objectifs revendiqués lors de la révolution de 2011. Mais le pays, avec toutes ses composantes, aspire toujours à la démocratie et au développement économique. Il ne fait aucun doute que la réussite de la démocratie naissante est susceptible de maintenir les gens chez eux.

A long terme, il faudrait s'attaquer aux causes profondes de la migration c'est-à-dire à la pauvreté et au chômage. Des études fiables prédisent que les flux de la migration vont continuer de croître incessamment. La migration dans le bassin méditerranéen en ferait partie, fort probablement. Pour y faire face, il faut appuyer l'investissement et le développement

⁴⁶ M. TARDIS, «*Les partenariats entre l'union européenne et les pays africains sur les migrations. Un enjeu commun, des intérêts contradictoires*», in *Note de L'Ifri* (2018).

économique dans les pays de départ. Les jeunes ne cherchent qu'à trouver un travail décent et des conditions de vie dignes. Ce n'est pas par la répression, la détention, ou l'expulsion qu'on pourrait les arrêter, en risquant leurs vies ils continueront à tenter de passer de l'autre côté de la mer. Il va falloir repenser toute la politique migratoire et adopter des mesures appropriées à ce phénomène humain. Appuyer l'investissement dans les pays de départ serait la solution idéale.

L'investissement aux pays de départ est forcément tributaire de l'initiative des pays développés, mais pas uniquement. Le climat de l'investissement dans les pays du Sud de la Méditerranée devrait aussi le permettre et le faciliter. En l'occurrence, la Tunisie avait

entamé ce chantier depuis quelques années. L'adoption d'une panoplie de textes⁴⁷ allant dans le sens de l'amélioration du climat de l'investissement est très prometteuse⁴⁸. Il reste certainement beaucoup à faire au niveau des lois et de leurs mises en œuvre, mais on peut affirmer qu'on est sur la bonne voie.

Pour conclure, on peut dire que la solution idéale pour lutter contre la migration clandestine consiste dans le développement économique dans les pays de la rive Sud de la méditerranée. Tant qu'on n'a pas remédié à la pauvreté et au chômage, les jeunes vont continuer à rêver de partir vers l'Europe. Il est impossible de les empêcher de rêver, mais il est certainement possible de les faire rêver d'un avenir meilleur chez eux.

⁴⁷ La loi n° 47 du 29 mai 2019 relative à l'amélioration du climat de l'investissement (J.O.R.T n° 47 du 11 juin 2019, p. 1644); La loi n° 71 du 30 septembre 2016 portant loi de l'investissement (J.O.R.T n° 82 du 7 octobre 2016, p. 3083); La loi n° 20 du 17 avril 2018 relative aux startups (J.O.R.T n° 32 du 20 avril 2018, p. 1189); Le Décret-loi du chef du gouvernement n° 33 du 10 juin 2020 relatif au régime de l'auto-entrepreneur (J.O.R.T n°54 du 10 juin 2020, p. 1251); La loi n° 37 du 6 août 2020 relative au «crowdfunding» (J.O.R.T n° 81 du 18 août 2020, p. 1743).

⁴⁸ L'article 1^{er} de la loi n° 47 du 29 mai 2019 relative à l'amélioration du climat de l'investissement prévoit: «Les dispositions de la présente loi ont pour objectif de promouvoir l'investissement et d'améliorer le climat des affaires par la simplification des procédures requises pour la création d'entreprises économiques, la facilitation de leurs modes de financement et le renforcement de la gouvernance et de la transparence des sociétés».

Pierfrancesco Rossi

*Politica dei porti chiusi
e tutela internazionale dei diritti umani*

Introduzione

Il quadro normativo internazionale applicabile alla gestione dei flussi migratori via mare si presenta particolarmente frammentato. Le norme rilevanti, infatti, non costituiscono un corpus organico ma provengono da aree diverse – e spesso di non facile coordinamento – del diritto internazionale, quali ad esempio il diritto internazionale del mare, il diritto internazionale dei rifugiati e i diritti umani. L'estensione e la complessità di tale regime normativo fanno sì che questo scritto non potrebbe in alcun modo aspirare ad analizzarlo in modo esaustivo; né ciò appare necessario, considerando che il regime in questione è già stato oggetto

di ampio interesse da parte della dottrina internazionalistica¹. Il presente contributo ha dunque un ambito più ristretto e un obiettivo più modesto. Esso intende portare avanti un unico argomento, ovvero che diritto internazionale costituisce uno strumento almeno in parte inidoneo a porre un freno alle più discutibili politiche di gestione dei flussi migratori realizzate dagli Stati. Per dimostrare questo assunto, il capitolo si concentrerà sulla discussa politica – detta ‘politica dei porti chiusi’ – seguita dal governo Conte I al fine di contenere i flussi migratori provenienti dalla Libia. Com'è noto, essa è consistita nel negare sistematicamente l'accesso ai porti italiani a navi che trasportassero migranti soccorsi in mare. La gran parte dei casi di diniego

Assegnista di ricerca in diritto internazionale, LUISS Guido Carli, Roma.

Questo capitolo riproduce in parte il contenuto dell'articolo *Politica dei 'porti chiusi' e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio AIC* 6 48 ss.

¹ Si vedano, ex multis, I. PAPANICOLOPULU, *International Law and the Protection of People at Sea*, Oxford 2018; V. CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford 2019.

di sbarco ha riguardato imbarcazioni di proprietà di organizzazioni non governative (ONG) operanti nel Mediterraneo al solo scopo di soccorrere migranti a rischio di naufragio². Più raramente, come nel noto caso della nave *Diciotti*, il divieto è stato diretto anche a navi militari italiane³.

Tralasciando considerazioni di natura extra-giuridica (relative, nello specifico, all'opportunità politica o morale di una simile strategia; due prospettive dalle quali essa appare senza dubbio assai criticabile), questo contributo intende esclusivamente indagare se la chiusura dei porti di uno Stato ad imbarcazioni con a bordo persone soccorse in mare sia contraria al diritto internazionale. Si sosterrà che, in linea di principio e fatto salvo il ricorrere di particolari circostanze, la risposta a questa domanda debba essere negativa, e che ciò evidenzii alcuni limiti strutturali del diritto internazionale in materia di gestione dei flussi migratori via mare.

L'applicazione della politica dei porti chiusi nel caso della nave *Sea Watch 3*

Le ragioni per cui la politica dei porti chiusi non costituisce, in linea di principio, una violazione del diritto internazionale possono essere evidenziate attraverso l'analisi di un particolare caso di applicazione di tale politica: quello della nave *Sea Watch 3*. Si tratta di un caso paradigmatico per almeno due ragioni. In primo luogo, la nave in questione non ha rispettato il divieto di ingresso nei porti italiani, ormeggiando senza l'autorizzazione delle autorità italiane nel porto di Lampedusa. Ciò ha provocato un ampio dibattito dottrinale intorno alla questione se un simile atto di 'disobbedienza' fosse giustificabile alla luce del diritto internazionale – e dunque, di riflesso, intorno alla legittimità della stessa politica dei porti chiusi⁴. In secondo luogo, come si vedrà subito avanti, la legittimità della violazione

² *Dalla Mediterranea alla Diciotti: tutte le navi respinte da Salvini*, <<https://www.ilsole24ore.com/art/dalla-mediterranea-diciotti-tutte-navi-respinte-salvini-ACr4AtW>>.

³ Sul caso *Diciotti* sia consentito rinviare a P. Rossi, *The Role of National Courts for the International Rule of Law: Insights from the Field of Migration*, in *European Journal of Legal Studies* (2020) 195 ss.

⁴ La posizione largamente dominante in dottrina è nel senso della contrarietà al diritto internazionale della chiusura dei porti italiani. Si vedano, tra gli altri, C. PITEA, S. ZIRULIA, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale* (2020) 659 ss.; A. DEL GUERCIO, *Il caso della Sea-Watch 3 tra obblighi di diritto del mare, diritti umani e tutela dell'infanzia*, in *Diritti umani e diritto internazionale* (2019) 331 ss.; P. DE SENA, M. STARITA, *Navigare fra istanze 'stato-centriche' e 'cosmopolitiche': il caso 'Sea Watch' in una prospettiva conflittuale*, <<http://www.sidiblog.org/2019/07/14/navigare-fra-istanze-stato-centriche-e-cosmopolitiche-il-caso-sea-watch-in-una-prospettiva-conflittuale/>>; L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, <<http://www.sidiblog.org/2019/07/06/lisistrata-a-lampedusa-una-riflessione-sul-caso-sea-watch-3/>>. Si veda inoltre la lettera aperta a firma di 21 docenti di diritto internazionale, pubblicata dal Corriere della Sera: *Chi viene soccorso in mare è un 'naufrago' e ha il diritto*

della chiusura dei porti da parte della nave *Sea Watch 3* è stata discussa anche da alcune corti italiane, inclusa la Corte di Cassazione, nell'ambito di un procedimento penale promosso nei confronti della comandante della *Sea Watch 3*, Carola Rackete.

Prima di passare all'analisi giuridica di questo caso, è opportuno ripercorrerne più nel dettaglio i fatti. Il 12 giugno 2019 la nave in questione, gestita dalla ONG tedesca Sea Watch e battente bandiera olandese, ha soccorso 53 migranti in acque internazionali, a 47 miglia dalla costa libica. Contrariamente alle indicazioni ricevute dalla Guardia costiera libica di attraccare nel porto di Tripoli, la nave si è diretta verso Lampedusa chiedendo all'Italia l'indicazione di un porto di sbarco. Il giorno seguente, tuttavia, essa ha ricevuto una email del Ministero dell'Interno che le intimava di non fare ingresso nel mare territoriale italiano⁵. Il 15 giugno, poi, è entrato in vigore il c.d. decreto sicurezza-bis (d.l. 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni

urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019 n. 77), il cui art. 1 ha attribuito al Ministro dell'Interno, «nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia», il potere di «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale... per motivi di ordine e sicurezza pubblica» o nei casi di «violazioni delle leggi di immigrazione vigenti»⁶. Il primo decreto in applicazione di questa disposizione è stato adottato lo stesso giorno proprio nei confronti della *Sea Watch 3*⁷. Essendosi vista vietare l'ingresso sia nel mare territoriale sia nei porti italiani, la *Sea Watch 3* ha stazionato ai limiti delle acque italiane per oltre dieci giorni, nel corso dei quali 11 migranti sono stati condotti sulla terraferma da unità militari italiane per ragioni mediche. Il 25 giugno, una richiesta di misure provvisorie volta a far autorizzare l'ingresso in porto e lo sbarco è stata respinta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU); la Corte si è limitata

di essere sbarcato in un luogo sicuro, disponibile all'indirizzo <https://www.corriere.it/politica/19_luglio_03/chi-viene-soccorso-mare-naufrago-ha-diritto-essere-sbarcato-un-luogo-sicuro-9ac444c4-9daa-11e9-9326-3d0a58e59695.shtml>.

⁵ I fatti in questione sono descritti nell'ordinanza del GIP di Agrigento cit. 6.

⁶ Il testo del decreto è disponibile all'indirizzo <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/06/14/19G00063/sg>>. Sul tale provvedimento si vedano S. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, in *Diritto penale contemporaneo* (2019) <<https://www.penalecontemporaneo.it/>>; I. PAPANICOLOPULU, *Tutela della sicurezza o violazione del diritto del mare?* in *SIDIBlog*, 26 giugno 2019, <http://www.sidiblog.org/>; E. ZANIBONI, *Quello che le norme non dicono. Le ambiguità del decreto sicurezza-bis, la gestione dei flussi migratori e l'Europa che verrà*, in *SIDIBlog*, 26 giugno 2019 (<<http://www.sidiblog.org/>>).

⁷ La preoccupazione italiana di impedire l'ingresso nel mare territoriale deriva principalmente, con ogni probabilità, dalla volontà di evitare che i migranti possano fare richieste di asilo in Italia. La Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale prevede obblighi per gli Stati di processare domande di asilo «presentate nel territorio, compreso ... nelle acque territoriali» (art. 3).

a indicare alle autorità italiane di continuare a prestare assistenza alle persone vulnerabili a bordo⁸. Il 26 giugno, nonostante il perdurare del divieto di ingresso, la nave è entrata nel mare territoriale italiano e infine, nella notte tra il 28 e il 29 giugno, contravvenendo agli ordini impartiti da unità della Guardia di Finanza, la *Sea Watch 3* ha ormeggiato nel porto di Lampedusa, dove i migranti a bordo sono stati finalmente condotti sulla terraferma. Nel corso della manovra di attracco, la *Sea Watch 3* ha urtato una nave della Guardia di Finanza che tentava di impedirne l'avvicinamento alla banchina; l'incidente non ha causato feriti.

Dopo l'attracco, il comandante della *Sea Watch 3* Carola Rackete è stata destinataria di un provvedimento di arresto per resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.) e resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 cod. pen.). Il giudice per le indagini preliminari (GIP) di Agrigento, tuttavia, non ha convalidato l'arresto. Pur ritenendo che la condotta del capitano integrasse il reato ex art. 337 cod. pen., esso ha ritenuto tale reato scriminato perché compiuto nell'eser-

cizio del dovere di soccorso in mare imposto al comandante dal diritto internazionale⁹. Le argomentazioni del GIP sono state poi pressoché integralmente fatte proprie dalla Corte di Cassazione, la quale ha respinto un ricorso proposto dalla Procura della Repubblica di Agrigento avverso la decisione del GIP¹⁰. Va peraltro notato che, oltre che per i reati emersi nella fase cautelare, Carola Rackete risulta tuttora indagata anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 c. 1, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, c.d. T.U. immigrazione)¹¹.

La non contrarietà al diritto internazionale della chiusura dei porti italiani.

L'inesistenza nel caso *Sea Watch 3* di una situazione di estremo pericolo

Nell'analizzare questo caso, occorre considerare che, secondo una opinione non controversa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la regola di *default* nel diritto internazionale del mare è che uno Stato abbia il diritto di controllare l'accesso ai propri

⁸ *Rackete e altri c. Italia*, ricorso n. 32969/19. Si veda il comunicato stampa della Corte EDU, *The Court decides not to indicate an interim measure requiring that the applicants be authorised to disembark in Italy from the ship Sea-Watch 3*, disponibile all'indirizzo <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6443361-8477507>>.

⁹ L'ordinanza del GIP, contenente anche una dettagliata esposizione dei fatti del caso, è consultabile all'indirizzo <<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/9218-gip-agrigento-2-luglio-2019-sea-watch.pdf>>.

¹⁰ Cass., Terza sez. pen., 20 febbraio 2020, n. 6626. Il ricorso della Procura della Repubblica è disponibile all'indirizzo <<https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2019/07/Ricorso-in-Cassazione-.pdf>>.

¹¹ *La comandante della Sea Watch 3 indagata per favoreggiamento, Internazionale*, 28 giugno 2019, <<https://www.internazionale.it/bloc-notes/annalisa-camilli/2019/06/28/seawatch-3-favoreggiamento-immigrazione-clandestina>>.

porti e goda di piena libertà nel negarvi l'accesso¹². La sovranità statale sui porti, i quali rientrano nelle c.d. «acque interne», è infatti del tutto parificata a quella che lo Stato esercita sul proprio territorio¹³. Occorre ora chiedersi se, nel caso in esame, operassero delle eccezioni a questa regola generale.

Un primo aspetto da considerare è se, nel caso della nave *Sea Watch 3*, fosse applicabile la norma di diritto internazionale che consente l'ingresso nei porti di uno Stato costiero, anche in mancanza di autorizzazione di quest'ultimo, a una nave battente bandiera straniera che versi in una condizione di pericolo per la vita delle persone a bordo (c.d. distress)¹⁴. Nel fare ingresso nelle acque italiane il 26 giugno, la *Sea Watch 3* ha comunicato alle autorità costiere di trovarsi in una situazione, appunto, di distress, in ragione della difficile situazione sanitaria sulla nave.

Per stabilire se, nel caso in questione, sussistessero realmente le circostanze per invocare il distress, va innanzitutto considerato che il campo di applicazione di questa norma è particolarmente limitato, poiché essa presenta carattere eccezionale rispetto al generale principio di sovranità dello Stato costiero sui propri porti. In primo luogo, la norma sul distress viene in rilievo non in casi di generico pericolo ma solo laddove vi sia il rischio di perdita di vite umane¹⁵. In secondo luogo, lo Stato costiero conserva il diritto di negare l'ingresso in porto se la situazione di stato di necessità può essere risolta in altro modo¹⁶. Infine, l'eventuale diritto di ingresso in porto è limitato a quanto sia necessario a risolvere la situazione di pericolo e non comporta dunque necessariamente un diritto di sbarcare i passeggeri¹⁷. L'esempio tipico di una situazione rientrante nel campo di applicazione di questa norma è quello

¹² Corte internazionale di giustizia, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, sent. del 27 giugno 1986, par. 213. In dottrina si vedano, *ex multis*, K. TRÜMLER, *Article 8*, in *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, a cura di A. Proelss, München - Oxford - Baden-Baden 2017, 84 ss., 90; A.V. LOWE, *The Right of Entry into Maritime Ports in International Law*, in *San Diego Law Review* (1976-77) 597 ss.; V. DEGAN, *Internal Waters*, in *Netherlands Yearbook of International Law* 17 (1986) 3 ss.

¹³ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, 10 dicembre 1982, art. 8.

¹⁴ Si tratta di una indiscussa regola di diritto consuetudinario: Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, Cambridge 2012, 82 s.; K. TRÜMLER, *Article 8* cit. 95. Sul distress come causa di esclusione dell'illecito internazionale si veda il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001 redatto dalla Commissione del diritto internazionale, art. 24.

¹⁵ *Ibidem* 79.

¹⁶ R.A. BARNES, *Refugee Law at Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004) 47 ss.

¹⁷ D. GUILFOYLE, *Article 98*, in *United Nations* cit. 725 ss., 729: «[a] severely overloaded vessel crowded with 'boat people' may well constitute a vessel in distress; as might a vessel which becomes overcrowded as a consequence of rescuing a large number of persons. The right of entry into port for a vessel in distress, however, does not encompass a duty on the part of the port State to allow disembarkation».

di una nave che ripari in un porto straniero per sfuggire a una tempesta che rischi di affondarla o a causa di un guasto meccanico che ne abbia compromesso l'idoneità alla navigazione¹⁸.

Alla luce di questo quadro normativo, è quanto meno dubbio che le difficili condizioni medico-sanitarie a bordo della nave *Sea Watch 3* integrassero una condizione di distress. In simili casi, si è sostenuto in dottrina che uno Stato mantenga il potere di negare l'accesso in porto purché assicurati adeguate cure mediche a chi ne abbia necessità¹⁹. Si tratta in effetti di ciò che è avvenuto nel caso della *Sea Watch 3*, avendo l'Italia effettuato ispezioni sanitarie e garantito assistenza medica tanto in acque internazionali quanto nelle proprie acque territoriali²⁰. Che la situazione non fosse tale da mettere in pericolo la vita delle persone a bordo appare inoltre confermato dalla decisione con cui la

Corte di Strasburgo ha respinto la richiesta di misure cautelari volta a far autorizzare lo sbarco, non riscontrando alcun «rischio imminente di danno irreparabile» e indicando all'Italia di continuare a fornire «all necessary assistance to those persons on board Sea-Watch 3 who are in a situation of vulnerability as a result of their age or state of health»²¹.

La questione dell'applicabilità della disciplina del distress a navi che abbiano effettuato un salvataggio di migranti in mare si è posta anche con riguardo al noto caso della *Tampa*. Questa nave, una porta-container battente bandiera norvegese, partecipò nel 2001 a una operazione di soccorso in mare sotto coordinamento australiano imbarcando 433 migranti indonesiani. Avendo l'Australia vietato alla nave l'ingresso nel proprio mare territoriale, e in assenza di manifestazioni di disponibilità ad accogliere i migranti da parte degli altri Stati costieri della regio-

¹⁸ V. il commento della Commissione del diritto internazionale all'art. 24 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati del 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2 parte 2, United Nations 2001, 31 ss.

¹⁹ E. PASTAVRIDIS, *The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?*, in *EJIL: Talk!*, 27 giugno 2018, <<https://www.ejiltalk.org/the-aquarius-incident-and-the-law-of-the-sea-is-italy-in-violation-of-the-relevant-rules/>>; K. NERI, *The Missing Obligation to Disembark Persons Rescued at Sea*, in *Italian Yearbook of International Law* 28 (2018) 47 ss.

²⁰ Nello specifico, dieci individui vulnerabili, compresi minori e donne incinte, sono stati sbarcati immediatamente. Nei giorni di permanenza della *Sea Watch 3* in acque internazionali e territoriali hanno poi avuto luogo altre tre evacuazioni mediche. Tali eventi sono ricostruiti in nell'ordinanza del GIP di Agrigento cit. 5-8.

²¹ Comunicato stampa della Corte EDU, *The Court decides not to indicate an interim measure* cit. 2. I ricorrenti invocavano l'art. 2 (diritto alla vita) e l'art. 3 (divieto di tortura e altri trattamenti inumani e degradanti) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La decisione, il cui testo non è stato reso pubblico, è ovviamente senza pregiudizio del merito della controversia: v. S. ZIRULIA, F. CANCELLARO, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *Diritto penale contemporaneo* 2019, <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6760-caso-sea-watch-cosa-ha-detto-e-cosa-non-ha-detto-la-corte-di-strasburgo-nella-decisione-sulle-misur>>.

ne, la *Tampa* varcò il limite delle acque territoriali australiane invocando – come la *Sea Watch 3* – una condizione di *distress* e arrestandosi ad alcune miglia dalla costa. Ciò provocò la reazione delle autorità australiane, che presero il controllo della nave e, dopo aver fornito assistenza medica ai passeggeri, ordinarono al comandante di riportarla in acque internazionali. Poiché il comandante si rifiutò di ottemperare, i migranti furono infine trasbordati su navi militari australiane e trasferiti, previo accordo, in Stati terzi²². È controverso in dottrina se la *Tampa* si trovasse realmente in uno stato di *distress*. Secondo una prima opinione, «There is little doubt that the Tampa, certified to carry only forty persons, was unseaworthy once it had some 438 extra persons onboard. The Tampa was incontestably a vessel in distress and was entitled to enter Australian waters»²³. Secondo altri, al contrario, la condizione in cui si trovava la *Tampa* era «one of duress rather than distress»²⁴. Occorre però considerare che vi è una importante differenza tra i casi *Tampa* e *Sea Watch 3*. Nel primo caso, infatti, l'Australia non assicurò alcun tipo di assistenza alla nave in acque internazionali, e fornì finalmente assistenza medica solo *dopo* che la nave si era introdotta

nelle proprie acque territoriali. Al contrario, come visto, l'Italia ha fornito assistenza medica alla *Sea Watch 3* anche prima che essa entrasse in acque italiane. Può concludersi quindi che, benché la *Sea Watch 3* si trovasse in una situazione di indubbia difficoltà, tale situazione non integrasse gli stretti requisiti necessari all'operare della norma concernente il *distress*.

La chiusura dei porti nei confronti della *Sea Watch 3* e il principio di *non refoulement*

Un'altra questione da esaminare è se il divieto diretto alla nave *Sea Watch 3* di fare ingresso nei porti italiani fosse compatibile con il principio di *non refoulement*, che vieta di respingere individui verso territori nei quali la loro incolumità sia a rischio. Tale principio trova il proprio fondamento primario nella Convenzione sullo statuto dei rifugiati, conclusa a Ginevra il 28 luglio 1951, in base al cui art. 33 «[n]essuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate...»²⁵; ma si ritiene che – quantomeno nell'ambito della Convenzione europea dei

²² M. FORNARI, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *La comunità internazionale* (2002) 61 ss.; D.R. ROTHWELL, *The Law of the Sea and the MV Tampa Incident: Reconciling Maritime Principles with Coastal State Sovereignty*, in *Public Law Review* 13 (2002) 118 ss.; P. MATHEW, *Australian Refugee Protection in the Wake of the Tampa*, in *American Journal of International Law* 96 (2002) 661 ss.

²³ D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge 2009, 202.

²⁴ R.A. BARNES, *Refugee Law* cit. 61.

²⁵ Secondo G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford 2007³, 346, questo principio ha

diritti dell'uomo – esso abbia assunto oggi connotati più ampi, applicandosi a *qualsiasi* essere umano che rischi di essere sottoposto a tortura, trattamenti inumani o degradanti o altre gravi violazioni dei propri diritti fondamentali²⁶. La dottrina ampiamente maggioritaria ritiene che questo principio non si applichi solo a individui che già si trovino nel territorio di uno Stato²⁷ ma che esso comporti anche un divieto di respingimento alla frontiera²⁸. Simile divieto è un corollario necessario a dare tutela effettiva al divieto di refoulement, il quale implica il diritto di chiedere protezione internazionale: la possibilità di accedere al territorio di uno Stato è tutelata in

quanto presupposto perché la domanda possa essere presentata ed esaminata²⁹. Il divieto di respingimento alla frontiera ha trovato una importante applicazione nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, in cui la Corte EDU ha condannato l'Italia per i respingimenti di migranti verso le coste libiche effettuati in alto mare da unità navali italiane³⁰.

Alla luce di questo quadro normativo, è possibile chiedersi se la 'chiusura' dei porti italiani alla nave *Sea Watch 3* fosse compatibile con il principio in esame. A tale riguardo, occorre innanzitutto rilevare che il non-refoulement non comporta un diritto incondizionato di ingresso nel territorio di uno Stato³¹.

ormai acquisito natura consuetudinaria. Cfr. anche F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale* fasc. 3 (2010) 487 ss.

²⁶ F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* fasc. 3 (2012) 721 ss.

²⁷ Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, 26 gennaio 2007, <<https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513d1214>>.

²⁸ E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk e F. Nicholson, Cambridge 2003, 87 ss., 113 s.; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement* cit.

²⁹ UNHCR, *General legal considerations: search-and-rescue operations involving refugees and migrants at sea*, novembre 2017, <<https://www.refworld.org/docid/5a2e9efd4.html>>. V. *inter alia* i punti 4 («States parties are required to make independent inquiries as to the need for international protection of persons seeking asylum ... Courts ... have underlined the obligation to provide persons seeking asylum with access to fair and efficient procedures for determining their status and protection needs») e 5 («Persons rescued or intercepted at sea cannot be summarily turned back or otherwise returned to the country of departure, including in particular where to do so would deny them a fair opportunity to seek asylum»).

³⁰ Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

³¹ G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee* cit. 215. *Contra*, M. GIUFFRÉ, *Access to Asylum at Sea? Non-refoulement and a Comprehensive Approach to Extraterritorial Human Rights Obligations*, in *'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, a cura di V. Moreno-Law e E. Papastavridis, Leiden 2016, 248 ss.

Non integra infatti una violazione di questo principio il respingimento verso uno Stato dove l'individuo abbia diritto di presentare la propria domanda di asilo e tale domanda sia sottoposta a un esame equo ed efficiente, dove non sia a rischio di *refoulement* (onde evitare respingimenti c.d. 'indiretti', ovvero attraverso Stati terzi) e dove i suoi diritti umani siano rispettati³². In sintesi, sembra corretta l'opinione che il divieto di respingimento alla frontiera trovi applicazione solo nei casi in cui il *refoulement* esponga un individuo a un rischio di persecuzione o violazione dei propri diritti umani fondamentali³³.

Questi principi collocano il caso della *Sea Watch 3* in una zona grigia. Da un lato, si sarebbe avuta una manifesta violazione del non *refoulement* se, come conseguenza del divieto di ingresso nelle acque italiane, i migranti fossero stati ricondotti in Libia (come in *Hirsi Jamaa*) o in altri territori dove

la loro incolumità fosse stata a rischio³⁴. Non vi è dubbio, infatti, che la Libia non rispettasse i requisiti di un Paese sicuro³⁵: oltre alla perdurante situazione di instabilità e guerra civile, sono ben documentate le violazioni dei diritti umani fondamentali avvenute nei centri di detenzione di migranti in territorio libico³⁶. Dall'altro lato, il principio non sarebbe stato violato se i migranti fossero stati attivamente condotti dalle autorità italiane in un altro Stato che rispettasse i necessari requisiti, come accaduto, per esempio, nel caso della nave ONG *Aquarius*, accompagnata in Spagna da un'imbarcazione della Guardia Costiera³⁷.

Ma nessuno di questi due scenari corrisponde a quanto accaduto nel caso *Sea Watch 3*, essendosi l'Italia limitata ad interdirla l'accesso ai porti. La questione, dunque, è se il mero fatto di vietare l'ingresso a una nave, senza respingerla verso alcun

³² UNHCR, *General legal considerations* cit. punto 6.

³³ J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge 2005, 301.

³⁴ E. PASTAVRIDIS, *Recent Non Entrée Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of Refoulement?*, in *Diritti umani e diritto internazionale* (2018) 493 ss.

³⁵ Sul punto, *ex multis*, F. DE VITTOR, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale* (2018) 443 ss.; G. PASCALE, *Is Italy Internationally Responsible for the Gross Human Rights Violations Against Migrants in Libya?*, in *Questions of International Law* (2019) 35 ss.

³⁶ Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion: Abuses against Europe-Bound Refugees and Migrants*, 11 December 2017, disponibile all'indirizzo <<https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/7561/2017/en/>>.

³⁷ *Finisce l'odissea di Aquarius, la Spagna accoglie i migranti*, ANSA, 18 giugno 2018, <https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2018/06/17/migranti-nave-aquarius-arrivati-a-valencia_8cb3a435-6440-4dd8-bdac-961492e9221b.html>. Similmente si vedano D. GHEZELBASH, V. MORENO-LAX, N. KLEIN, B. OPESKIN, *Securitization of search and rescue at sea: the response to boat migration in the Mediterranean and offshore Australia*, in *International and Comparative Law Quarterly* 67 (2018) 37 ss., nel senso che la condotta australiana in relazione al caso *Tampa* non abbia integrato violazione del principio di non *refoulement* in quanto i migranti 'respinti' erano stati condotti in un luogo non a rischio (Nauru).

Paese in particolare, integri una violazione del non refoulement. Autorevole dottrina ha sostenuto che la risposta a questa domanda dipende dalle condizioni specifiche di ogni caso concreto: «to simply repel vessels to the high seas ... does not *necessarily* imply a violation of the principle of non-refoulement. The intervening state shall however make sure that repelling them does not put their life in danger»³⁸. In altre parole, il test da utilizzare è se il respingimento in mare abbia messo a rischio i passeggeri, ovvero se li abbia esposti al concreto rischio di essere riportati un Paese non sicuro.

Nel caso in esame, l'applicazione di questo standard richiede di stabilire se il divieto di ingresso abbia esposto i migranti trasportati dalla *Sea Watch 3* a un rientro in Libia o in altro Paese a rischio. È sostenibile che la risposta debba essere negativa. Il pericolo di un rientro in Libia, infatti, era stato scongiurato già nelle fasi iniziali della vicenda, avendo la *Sea Watch 3* (correttamente) rifiutato di seguire le indicazioni delle autorità libiche di sbarcare i migranti nel porto di Tripoli. Nella fase di stallo al largo delle coste italiane, invece, la questione controversa riguardava esclusivamente quali *Stati europei* dovessero accogliere i migranti³⁹. Va considerato, del resto, che tutte le navi destinatarie

di provvedimenti di divieto di ingresso in applicazione della politica dei 'porti chiusi' sono infine attraccate in Italia o in altri Stati dell'Unione europea. La situazione, in definitiva, parrebbe assimilabile a quella di un respingimento verso un Paese sicuro – circostanza che, come detto in precedenza, non raggiunge la soglia necessaria a integrare una violazione del principio di non refoulement.

La chiusura dei porti nei confronti della *Sea Watch 3* e l'obbligo internazionale di soccorso in mare

Da ultimo, occorre considerare una ulteriore argomentazione, sviluppata dal GIP di Agrigento e fatta propria dalla Corte di Cassazione, in base alla quale la chiusura dei porti italiani nei confronti della *Sea Watch 3* sarebbe stata incompatibile con il diritto internazionale vigente. Come già ricordato nella sezione 2, tanto il GIP quanto la Cassazione hanno ritenuto che la condotta del capitano Carola Rackete, pur integrando il reato di resistenza a pubblico ufficiale, fosse scriminata ai sensi dell'art. 51 cod. pen. perché compiuta in adempimento del dovere di soccorso in mare imposto al comandante dal diritto internazionale.

³⁸ S. TREVISANUT, *The Principle of Non-Refoulement and the De-Territorialization of Border Control at Sea*, in *Leiden Journal of International Law* (2014) 661 ss.

³⁹ *Sea Watch bloccata, Olanda: 'Non prendiamo i migranti'*. Di Battista: 'Farli sbarcare e redistribuirli in Ue', il Fatto Quotidiano, 27 giugno 2019, <<https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/06/27/sea-watch-bloccata-olanda-non-prendiamo-i-migranti-di-battista-farli-sbarcare-e-redistribuirli-in-ue/5285034/>>.

Più precisamente, secondo il GIP e la Cassazione, tale dovere di soccorso «non si esaurisce nella mera presa a bordo dei naufraghi, ma nella loro conduzione fino al ... porto sicuro»⁴⁰. Il GIP ha anche sostenuto che tale porto sicuro debba necessariamente essere quello più vicino al luogo di soccorso⁴¹. In tal modo, i giudici italiani hanno considerato il dovere internazionale di soccorso in mare come prevalente rispetto al potere, anch'esso derivante dal diritto internazionale, dello Stato costiero di regolare l'accesso ai propri porti. Si potrebbe finanche dire che la lettura delle rilevanti norme internazionali fatta propria da tali giudici abbia ricavato dalle norme sul dovere di soccorso in mare un obbligo internazionale di violare la 'chiusura' dei porti italiani, e specificamente di portare i migranti a Lampedusa; obbligo al quale Carola Rackete avrebbe ottemperato.

Il dovere di soccorso in mare su cui si impernia questa argomentazione è previsto da molteplici strumenti di diritto internazionale, ai quali tanto il GIP quanto la Cassazione hanno fatto ampiamente richiamo. Limitandosi agli aspetti più rilevanti per la presente discussione, è in particolare la Conven-

zione per la salvaguardia della vita umana in mare (c.d. Convenzione SOLAS, dall'inglese 'Safety of Life at Sea'), conclusa a Londra il 1° novembre 1974 (resa esecutiva in Italia con l. 23 maggio 1980, n. 313) a prevedere espressamente, alla Regola 33.1 del Capitolo V, che «il comandante di una nave che si trovi nella posizione di essere in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, ha l'obbligo di procedere con tutta rapidità alla loro assistenza», indipendentemente dalla nazionalità o dallo status di tali persone o dalle circostanze del loro ritrovamento⁴². Tale formulazione ricalca i testi di disposizioni contenute in altre, più risalenti, convenzioni, quale in primo luogo l'art. 11 della Convenzione per l'unificazione di alcune regole in materia di assistenza e salvataggio marittimi, conclusa a Bruxelles il 23 settembre 1910⁴³. Non vi è dubbio, dunque, che il diritto internazionale imponga un dovere di soccorso in mare che grava direttamente in capo a qualsiasi comandante. È interessante peraltro notare che, a giudizio della Cassazione, tale dovere costituisca parte del diritto internazionale consuetudinario⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem* 12; in termini analoghi Cass. 20 febbraio 2020, n. 6626 cit. 11.

⁴¹ *Ibidem* 9. Questo aspetto non è stato discusso dalla Cassazione.

⁴² La versione riveduta del Capitolo V della Convenzione, contenente la Regola 33, è entrata in vigore il 1° luglio 2002.

⁴³ «Ogni capitano è tenuto ... a prestare assistenza a qualunque persona, anche nemica, trovata in mare, in pericolo di vita». L'obbligo in questione era rinvenibile anche nella prima versione della Convenzione SOLAS, conclusa a Londra il 20 gennaio 1914, all'art. 37.

⁴⁴ Cass. 20 febbraio 2020, n. 6626 cit. 10.

Più perplessità suscita, tuttavia, l'affermazione secondo cui l'adempimento di tale dovere richiederebbe a un comandante di sbarcare al più presto i naufraghi soccorsi indipendentemente dalla volontà dello Stato costiero. In merito a tale questione, è necessario analizzare non solo la Convenzione SOLAS ma anche la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio marittimo (c.d. Convenzione SAR, dall'inglese 'Search and Rescue'), conclusa ad Amburgo il 27 aprile 1979 (resa esecutiva in Italia con l. 3 aprile 1989, n. 147), la quale obbliga gli Stati a istituire e mantenere servizi di ricerca e salvataggio nelle aree di mare (aree SAR) di propria competenza. Tale obbligo, è bene notare, non comporta che uno Stato abbia una esclusiva responsabilità di svolgere operazioni di soccorso nella propria area SAR; al contrario, tutti gli Stati hanno l'obbligo di cooperare nello svolgimento dei soccorsi. Con riguardo alla questione dell'individuazione del luogo di sbarco, entrambe le convenzioni si mantengono molto in realtà molto più caute di quanto suggerito dai giudici italiani. Esse, infatti, si limitano a pre-

vedere che gli Stati costieri (non si specifica quali) debbano individuare il luogo di sbarco di comune accordo. In tal modo, esse non pregiudicano la regola generale secondo cui uno Stato può controllare l'accesso ai propri porti⁴⁵.

In particolare, le convenzioni in esame prevedono che «The Party responsible for the search and rescue region ... shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable»⁴⁶. Come risulta chiaro da questa disposizione, lo Stato responsabile dell'area SAR in cui è avvenuta l'operazione di soccorso ha l'obbligo di assumere un ruolo guida nella ricerca di un luogo di sbarco, ma ciò non impone a tale Stato di autorizzare lo sbarco nel proprio territorio⁴⁷. Quanto alle caratteristiche

⁴⁵ V. ampiamente K. NERI, *The Missing Obligation* cit.

⁴⁶ Convenzione SAR, par. 3.1.9. In termini pressoché identici si esprime la Convenzione SOLAS, Capitolo V, Regola 33.1.1.

⁴⁷ E. PAPANASTAVRIDIS, *Rescuing Migrants at Sea and the Law of International Responsibility*, in *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration Control*, a cura di T. Gammeltoft-Hansen, Londra 2017, 161 ss.; M. FINK, K. GOMBEER, *The Aquarius Incident: Navigating the Turbulent Waters of International Law*, in *EJIL: Talk!*, 14 giugno 2018, <<https://www.ejiltalk.org/the-aquarius-incident-navigating-the-turbulent-waters-of-international-law/>>. Le *International Maritime Organization (IMO) Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, IMO doc. n. MSC 78/26/Add.2, 20 maggio 2004, disponibili all'indirizzo <[https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/MSCResolutions/MSC.167\(78\).pdf](https://www.wcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/MSCResolutions/MSC.167(78).pdf)>, punto 2.3, prevedono come regola residuale che «If disembarkation from the rescuing ship cannot be arranged swiftly elsewhere, the Government responsible for the

del luogo di sbarco, la nozione di ‘place of safety’ non è definita dalle Convenzioni. Una definizione è tuttavia rinvenibile in delle linee guida pubblicate dall’Organizzazione marittima internazionale (IMO), le quali, pur non essendo vincolanti, costituiscono un rilevante punto di riferimento ai fini dell’interpretazione degli obblighi convenzionali. Esse descrivono il ‘place of safety’ come «a location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors’ safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors’ next or final destination»⁴⁸.

Perplexità ancora maggiori suscita poi l’argomento, avanzato sempre dall’ordinanza del GIP di Agrigento, che la Convenzione SAR richiederebbe di sbarcare i naufraghi nel ‘place of safety’ più vicino al luogo in cui si è svolta l’operazione di soccorso. Questa affermazione non trova alcun supporto né nel

testo del trattato né in altri strumenti. Si è visto, al contrario, come le convenzioni SOLAS e SAR non consentano di identificare *a priori* il luogo di sbarco di una data operazione ‘search and rescue’. La Convenzione SAR prevede, è vero, un obbligo di cooperare affinché «masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships’ intended voyage»⁴⁹; ma anche il concetto di «minimum further deviation from the ships’ intended voyage» non equivale al porto più vicino e risulta, in ogni caso, difficilmente applicabile alle navi ONG, le quali solitamente non seguono una rotta predefinita⁵⁰.

In conclusione, l’idea che uno Stato costiero possa ‘subire’ uno sbarco di naufraghi senza il proprio consenso è del tutto estranea alla logica delle due convenzioni qui esaminate. Ciò, del resto, non può stupire: queste norme semplicemente rispecchiano la volontà degli Stati parti delle convenzioni di mantenere il controllo sull’accesso ai propri porti.

SAR area should accept the disembarkation of the persons rescued». A parte la terminologia inconcludente (come testimoniato dall’uso di ‘should’ in luogo di ‘shall’), le linee guida sono comunque prive di valore vincolante e costituiscono meri atti di soft law.

⁴⁸ IMO Guidelines cit. Sul concetto di ‘place of safety’ si vedano anche M. RATCOVICH, *The Concept of ‘Place of Safety’: Yet Another Self-Contained Maritime Rule or a Sustainable Solution to the Ever-Controversial Question of Where to Disembark Migrants Rescued at Sea?*, in *Australian Yearbook of International Law* (2015) 81 ss.; K. GOMBEER, *Human Rights Adrift? Enabling the Disembarkation of Migrants to a Place of Safety in the Mediterranean*, in *Irish Yearbook of International Law* (2010) 23 ss.; P. TURRINI, *Between a “Go Back!” and a Hard (to Find) Place (of Safety): on the Rules and Standards of Disembarkation of People Rescued at Sea*, in *Italian Yearbook of International Law* (2018) 28 ss.

⁴⁹ Capitolo 3, punto 3.1.9.

⁵⁰ K. NERI, *The Missing Obligation* cit. par. 2.2.

Conclusioni

Questo contributo ha sostenuto che, vietando l'ingresso nei propri porti alla nave *Sea Watch 3*, l'Italia non abbia violato il diritto internazionale. Quest'ultimo, infatti, conferisce allo Stato costiero il potere di regolare l'accesso ai propri porti: in principio, dunque, nulla impedisce di 'chiuderli'. Ciò è fatto salvo anche dalle convenzioni SAR e SOLAS, le quali, nel disciplinare le operazioni di salvataggio in mare, non individuano a priori il luogo di sbarco e ne affidano la scelta alla cooperazione tra Stati. È perciò infondato l'argomento, sviluppato dal GIP di Agrigento e dalla Corte di Cassazione, secondo cui tali convenzioni imporrebbero al comandante di sbarcare celermente i naufraghi indipendentemente dal consenso dello Stato costiero. Parimenti inapplicabili al caso di specie sono risultati altri due potenziali limiti al potere dello Stato costiero di controllare l'accesso ai propri porti, ovvero lo stato di necessità e il principio di non respingimento alla frontiera; anche se essi potrebbero trovare applicazione nel settore del soccorso in mare al ricorrere di diverse circostanze di fatto.

La vicenda qui esaminata è molto rivelatrice dello stato e dei limiti del diritto internazionale in materia

di gestione delle migrazioni. Il regime internazionale esistente dà luogo a conseguenze innegabilmente paradossali: mentre il comandante di una nave privata ha l'obbligo di procedere al soccorso di individui in pericolo in mare, nessuno Stato ha l'obbligo di accoglierli⁵¹. In tal modo risulta notevolmente indebolita la funzione di soccorso che lo stesso diritto internazionale conferisce ai comandanti. Un rifiuto degli Stati costieri ad accogliere naufraghi (rifiuto, come visto, formalmente ammissibile e non privo di precedenti nella prassi), può infatti dissuadere i comandanti di navi private dall'intervenire e ostacolare l'attività di chi intende procedere al soccorso, causando in tal modo un aumento dei decessi in mare⁵². Inoltre, le rilevanti norme internazionali non sembrano in grado di impedire l'insorgere di situazioni di stallo che si prolunghino per un tempo indefinito, nell'ipotesi in cui non vi siano Stati costieri disposti ad autorizzare uno sbarco.

Ciò dimostra, in conclusione, come il diritto internazionale costituisca, al momento, uno strumento imperfetto e lacunoso per la gestione dei flussi migratori. Prendere coscienza del suo funzionamento e dei suoi limiti è un passaggio necessario per affrontare le sfide di un problema complesso come quello migratorio.

⁵¹ Così già J. PUGASH, *The Dilemma of the Sea Refugee*, in *Harvard Journal of International Law* (1977) 577 ss.

⁵² E.D. PASTAVRIDIS, *Is There a Right to Be Rescued at Sea? A Skeptical View*, in *Questions of International Law*, <<http://www.qil-qdi.org/is-there-a-right-to-be-rescued-at-sea-a-skeptical-view/>>.

Francesca Napoli

Il diritto di asilo

Mendy¹ è nata in Camerun, nella città di Kumba che si trova nella zona occidentale del paese a minoranza anglofona, ed è lì che viveva con il marito e i loro due bambini. Nel 2018 le condizioni di sicurezza della regione sono precipitate a causa delle istanze indipendentiste portate avanti da alcuni gruppi politici che hanno causato violenti scontri con il governo.

Il loro negozio è stato bruciato dai miliziani separatisti, perché si erano rifiutati di continuare a pagare le tangenti che imponevano a tutti i commercianti. Lo stesso giorno il padre di Mendy è stato rapito ed ucciso e la loro casa bruciata. Sono stati costretti a scappare per salvarsi la vita, senza avere neanche modo di ricongiungersi con i loro figli di cui non hanno più notizie da allora.

Mendy, che all'epoca era incinta, e suo marito si

sono rifugiati nella vicina Nigeria, dove però non erano al sicuro data l'instabilità del paese e la prossimità al Camerun. Un trafficante ha proposto loro di condurli in Libia, paese di cui a stento conoscevano l'esistenza, offrendogli la prospettiva di un lavoro. Si sono fidati, ma solo una volta arrivati a destinazione hanno compreso di essere stati venduti.

I trafficanti libici li hanno rinchiusi in una cella angusta, picchiati brutalmente e sebbene lei aspettasse un bambino le hanno inflitto le violenze più atroci fino ad arrivare a spezzarle una gamba.

Grazie ad una disattenzione dei carcerieri sono riusciti a fuggire. Ben presto Mendy ha partorito il suo bambino. Non piangeva, era morto.

Per due anni sono sopravvissuti in Libia nel terrore di essere nuovamente catturati. Bombardamenti, sparatorie, rapimenti ed abusi erano all'ordine del

Avvocata, Centro Astalli, Servizio dei Gesuiti per i Rifugiati.

¹ Testimonianza tratta nel corso dell'attività di assistenza legale all'interno dello sportello del Centro Astalli per richiedenti asilo e rifugiati.

giorno. Quando hanno scoperto di aspettare un altro bambino hanno pensato che anche la morte in mare sarebbe stata più confortevole della prospettiva di crescere un figlio in quelle condizioni.

Con il poco danaro che avevano a disposizione sono riusciti a stento a pagare il viaggio su un vecchio scafo di legno, stipato fino all'inverosimile. Dopo appena qualche ora di navigazione il motore è andato in avaria e per tre giorni hanno vagato alla deriva, senza cibo né acqua. Quando una nave umanitaria è giunta a soccorrerli Mendy era ormai priva di sensi ma viva, e nel giugno del 2020 è sbarcata in Italia dove, pochi mesi dopo, ha partorito la sua bambina al sicuro.

Questa storia non è un caso isolato, secondo l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni² ad oggi in Libia sono presenti circa 600 mila persone migranti, di cui almeno 42.700 registrati come richiedenti asilo o rifugiati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati³. In tale contesto di diffusa insicurezza, i rifugiati e i migranti, specialmente se privi di documenti, sono vulnerabili alla detenzione, alla tratta, allo sfruttamento, a mo-

lestie e ad abusi, mentre l'assenza di documentazione ostacola ulteriormente la loro capacità di accesso ad eventuali rimedi giurisdizionali⁴. La mancanza di riconoscimento dei propri diritti fondamentali spinge queste persone a rischiare la vita in mare pur di raggiungere l'Europa⁵, infatti dal 2014 ad oggi sono morte nel Mediterraneo oltre 22.000 persone, di cui quasi 18.000 lungo la rotta centrale⁶, a cui si aggiungono le vittime di quei naufragi sempre più difficili da documentare, di cui si perde ogni traccia perché non vi sono testimoni che possono raccontarli.

In seguito a quasi due decenni di cooperazione sul tema della migrazione irregolare tra l'Italia e la Libia, nel 2017 è stato firmato un memorandum d'intesa sostenuto dall'Unione Europea sul «contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere».

Dal 2016 al 2020 oltre 60.000 uomini, donne e bambini sono stati intercettati in mare e riportati in Libia dalla Guardia Costiera libica, con il sostegno dell'Unione Europea, che non è mai stato condizionato all'adozione, da parte delle autorità, di misure

² International Organization for Migration (IOM), Displacement Tracking Matrix (Dtm) Libya's migrant report: round 35, January- February 2021.

³ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Operational data portal refugees situation in Libya, June 2021, <<https://data2.unhcr.org/en/situations>>.

⁴ Reach - UNHCR, Libya: Multi-Sector Needs Assessment (MSNA), Libyan Population, May 2021.

⁵ UN Human Rights Office, *Shocking cycle of violence for migrants departing Libya to seek safety in Europe*, Geneva, October 2020, <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26337>>.

⁶ International Organization for Migration (IOM), Missing Migrants Project, <<https://missingmigrants.iom.int>>.

atte a garantire il rispetto dei diritti umani. Le persone migranti sono soggette, al momento dello sbarco, a detenzione arbitraria a tempo indeterminato, a tortura o altre forme di sfruttamento o maltrattamenti e spesso anche al trasferimento in centri di detenzione non ufficiali con successiva sparizione forzata⁷.

Come evidenziato in un recente studio pubblicato IOM⁸, il rafforzamento dei controlli alle frontiere e la criminalizzazione della migrazione irregolare all'interno delle regioni mediterranee sono potenzialmente associati a un'esacerbazione delle modalità di sfruttamento del traffico di esseri umani. La crescente difficoltà di viaggiare verso l'Europa aumenta la concorrenza per il controllo delle rotte più redditizie per il traffico di esseri umani, spingendo i trafficanti ad utilizzare percorsi più pericolosi, aumentando le tariffe e impiegando a nuove forme di sfruttamento di rifugiati e migranti che ricorrono ai loro servizi. Questi fattori stanno aumentando gli incidenti di protezione e le violazioni dei diritti umani subite dalle persone in movimento.

Sebbene dunque l'Unione Europea si fondi sulla

tutela della dignità e della vita⁹ dell'individuo, questi diritti non vengono effettivamente garantiti dal momento che l'accesso all'asilo è ostacolato da una serie di politiche restrittive a causa delle procedure di esternalizzazione delle frontiere e l'irrigidimento dei confini della Fortezza Europa.

Nonostante nel corso del tempo si sia assistito ad un'evoluzione antropocentrica del diritto internazionale che ha individuato nel rispetto dell'essere umano il fulcro dell'interesse collettivo della comunità di Stati, negli ultimi anni si osserva una tendenza sempre più oscurantista del diritto di asilo, sebbene questo sia da intendersi come il «diritto ad avere diritti»¹⁰, e dunque mai come in questo periodo storico è importante valorizzare al massimo il carattere umanitario dell'istituto.

Con la fine della Seconda Guerra Mondiale è venuta cristallizzandosi nella comunità internazionale la centralità dell'essere umano, e questo è emerso dalla Carta delle Nazioni Unite e soprattutto dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea generale

⁷ Amnesty International, *Libya: 'Between life and death': Refugees and Migrants trapped in Libya's cycle of abuse*, September 2020.

⁸ International Organization for Migration (IOM), *Migration in West and North Africa and across the Mediterranean: Trends, risks, development and governance*, September 2020.

⁹ Come recita il preambolo della Carta Dei Diritti Fondamentali Dell'unione Europea «consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà», nonché l'art.1 «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata» e l'art.2 «ogni individuo ha diritto alla vita».

¹⁰ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino 2004, 410.

dell'ONU¹¹. Questo testo rappresenta un punto di svolta, in quanto è stato il primo documento internazionale che cercava di definire un codice di condotta comprensivo per i governi nazionali degli Stati appartenenti alla comunità internazionale, gettando le basi per una sorta di comunità globale, cosmopolita, che andasse al di là della sovranità, dove l'idea di avere diritti non dipendesse dall'appartenenza ad una comunità territoriale¹².

La disciplina in materia di rifugiati, dunque, non può essere letta in maniera disgiunta dalla cornice umanitaria che si veniva a costruire contestualmente alla sua elaborazione, e che ne costituisce la premessa e ne caratterizza l'evoluzione. Il diritto internazionale, attraverso la proclamazione dei diritti fondamentali dei singoli, e dei conseguenti doveri in capo agli Stati di rispettarli, si assumeva la responsabilità di elevare l'essere umano a nucleo essenziale di tutte le varie categorie di pensiero, non solo giuridiche, ma anche politiche e morali¹³. È questo l'humus da cui ha preso vita la Convenzione Relativa allo Status di Rifugiato approvata a Ginevra nel 1951, ed è attraverso questi strumenti che va decifrata ed applicata.

La disciplina convenzionale è stata faticosamente

elaborata cercando di rispettare un equilibrio tra le nascenti spinte umanitariste e quelle particolariste, derivanti dal consolidarsi del concetto di Stato nazione e dallo sviluppo delle nozioni di giurisdizione territoriale e supremazia ad esso collegate¹⁴. Il regime di protezione dei rifugiati viene a innestarsi infatti sull'assioma dell'inviolabilità della sovranità territoriale che raggiunge il suo massimo livello di espressione nel controllo delle frontiere e nella normativa che regola l'immigrazione, fortemente ancorata al concetto tradizionale della facoltà esclusiva dello Stato di decidere in merito all'ammissione ed espulsione dal suo territorio di tutti gli individui non legati da un vincolo di cittadinanza¹⁵.

La Convenzione di Ginevra è la pietra miliare del diritto dei rifugiati, e costituisce la base della disciplina che regola a livello universale lo status ad essi riconosciuto, e all'art. 1, nella sezione A(2), definisce rifugiato chiunque «nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la pro-

¹¹ Come recita il suo Preambolo: «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo».

¹² E. HADDAD, *The refugee in international society: between sovereigns*, Cambridge 2008, 74.

¹³ S. MASIELLO, *Punti di fuga: prospettive sociologiche sul diritto di asilo dei rifugiati in Italia*, Napoli 2007, 12.

¹⁴ G.S. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *The refugee in international law*, Oxford 2007, 353.

¹⁵ H. LAMBERT, *International refugee law: dominant and emerging approaches*, in *Routledge Handbook of International Law*, a cura di D. Armstrong, Londra 2009, 345 ss.

tezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori del suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi»¹⁶.

La Convenzione nasce come strumento ad esclusiva tutela dei rifugiati europei, non solo per la definizione puntuale del termine, che ricalcava il profilo degli esodi verificatosi nei decenni precedenti, ma in quanto venne anche apposto un duplice limite temporale e geografico alla sua applicazione, che consentiva l'estensione del regime di protezione esclusivamente a coloro che fuggivano da Paesi europei a causa di eventi verificatisi prima del 1951.

Si tratta dunque di un sistema fondato su una definizione di rifugiato di stampo eurocentrico, idonea a rispondere all'unica questione migratoria di rilievo per gli Stati occidentali in quegli anni, ovvero quella legata alla dimensione della Guerra Fredda, che dal 1947 in poi, per almeno 40 anni, avrebbe diviso l'Europa e il mondo intero in due blocchi ideologicamente e militarmente contrapposti.

Di lì a poco però, il regime di protezione internazionale, soprattutto nei Paesi occidentali, ha

iniziato a manifestare tutti i suoi limiti nel confrontarsi con le nuove ondate migratorie, profondamente diverse da quelle conosciute sino a quel momento. In quegli anni era venuto ad affermarsi il principio dell'autodeterminazione dei popoli¹⁷ ed era stato avviato il processo di decolonizzazione, che comportò un'ondata migratoria proveniente dall'Africa e dall'Asia come risultato del ritiro del colonialismo europeo e degli effetti collaterali ad esso connessi. Queste situazioni accesero numerosi conflitti, prevalentemente di carattere etnico, che spinsero milioni di persone a fuggire.

I requisiti geografici e temporali imposti dalla Convenzione di Ginevra rappresentavano ostacoli sempre più pressanti al riconoscimento da parte degli Stati di questi individui come rifugiati. Dietro la spinta diplomatica dell'UNHCR venne così elaborato un Protocollo nel 1967, che fu allegato alla Convenzione di Ginevra, e che aboliva queste limitazioni.

Con il passare del tempo, accanto alla concezione del diritto di riconoscere lo status di rifugiato come prerogativa statale, si è assistito ad una signi-

¹⁶ Testo della Convenzione di Ginevra del 1951 Relativa allo Status Dei Rifugiati, rinvenibile all'interno del sito dell'UNHCR alla pagina <https://www.unhcr.org/it/wp-content/uploads/sites/97/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951.pdf>.

¹⁷ Sancito nella Carta delle Nazioni Unite (26 giugno 1945; art. 1, par. 2 e 55), ribadito nella Dichiarazione dell'Assemblea generale sull'indipendenza dei popoli coloniali (1960); nei Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (1966); nella Dichiarazione di principi sulle relazioni amichevoli tra Stati, adottata dall'Assemblea generale nel 1970, che raccomanda agli Stati membri dell'ONU di astenersi da azioni di forza volte a contrastare la realizzazione del principio di autodeterminazione e riconosce ai popoli il diritto di resistere, anche con il sostegno di altri Stati e delle Nazioni Unite, ad atti di violenza che possano precluderne l'attuazione.

ficativa espansione del concetto verso un'accezione più personalista, da intendersi come il diritto degli individui in fuga a vedere tutelati i propri bisogni fondamentali. Attraverso le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di Sicurezza e delle conclusioni del Comitato Esecutivo dell'UNHCR, è stata riconosciuta sempre più l'importanza ai diritti umani nell'interpretazione della disciplina inerente i rifugiati¹⁸. Contemporaneamente, anche in dottrina è venuta affermandosi la consapevolezza che il diritto dei rifugiati facesse parte del sistema internazionale dei diritti umani in quanto la Convenzione di Ginevra è un trattato delle Nazioni Unite e come tale ha la finalità di contribuire al raggiungimento degli obiettivi e dei principi dell'Organizzazione¹⁹. Secondo alcuni²⁰ il diritto dei rifugiati consiste in una branca rimediale e palliativa dei diritti umani; il suo scopo specifico è quello di assicurare che coloro i cui diritti non vengono più protetti nel loro Paese, a causa di uno dei motivi stabiliti dalla Convenzione, qualora siano in grado di raggiungere un Paese di asilo, siano messi in condizione di invocare una protezione di carattere sostitutivo a quella nazionale. Il diritto di entrare, così stabilito dal divieto di respingimento, è la con-

seguenza necessaria di questo sistema, ed infatti la sua durata è legata al persistere delle condizioni che minano l'integrità della dignità umana. Il diritto dei rifugiati non fa parte del diritto dell'immigrazione, ma è un sistema per surrogare o sostituire la protezione dei diritti umani.

La Convenzione di Ginevra, in quanto trattato dei diritti umani, come si evince dal suo Preambolo in cui si afferma il «principio che gli uomini, senza distinzioni, devono godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» è da considerarsi uno strumento vivente²¹. Come tale che dovrebbe evolversi in risposta ai cambiamenti giuridici e sociali, secondo un'accezione pragmatica e progressista del diritto di asilo, perché «il diritto deve essere a servizio dei valori che difende»²², e pertanto le norme al suo interno andrebbero interpretate in maniera dinamica alla luce dei nuovi contesti in cui si trovano ad operare.

Il pilastro del regime di protezione dei rifugiati sancito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 è racchiuso nell'articolo 33 secondo cui «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo

¹⁸ H. LAMBERT, *International refugee law* cit. 346.

¹⁹ *Ibidem* 347.

²⁰ J.C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge 2005, 5.

²¹ E. BJORGE, *The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future*, in *Human Rights Law Journal* 7 (2017) 245.

²² F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani: l'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano 2009, 6.

della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

È proprio in questa disposizione, che codifica il principio di non refoulement, che si può individuare il nucleo essenziale del diritto di asilo²³ e che si traduce, quanto meno de facto, nell'obbligo di consentire un accesso e una protezione temporanei al richiedente asilo, finché non sia possibile definire la sua domanda di protezione²⁴.

Il principio di non refoulement è stato oggetto di un processo di evoluzione a livello universale che ne ha esteso l'ambito ben oltre l'applicazione disposta dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra²⁵.

Questa evoluzione ha indotto alcuni a sostenere che, accanto al diritto di asilo inteso come la facoltà dello Stato di concedere rifugio, sia venuto ad affermarsi un diritto all'asilo in capo all'individuo, come corollario del principio fondamentale di tutela della dignità umana. Sebbene gli Stati si oppongano a tale impostazione, è innegabile che essi siano quanto meno vincolati dall'obbligo di non ostacolare il diritto della persona di cercare asilo²⁶.

Il principio di non respingimento, difatti, rappre-

senta il contenuto centrale ed imprescindibile della protezione internazionale, «una sorta di precondizione perché il diritto di chiedere asilo possa essere esercitato de facto»²⁷. Questo principio è stato la chiave di volta, anche a livello europeo, che ha garantito la specializzazione degli strumenti di protezione a favore dello straniero, per far fronte così alle mutate esigenze che le nuove migrazioni ponevano all'interno dei Paesi membri.

Il contenuto della Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo del 1950 (CEDU) è stato oggetto di un'intensa operazione ermeneutica da parte della Corte Europea Dei Diritti Dell'uomo, anche in materia di asilo, fino ad estenderne l'ambito di applicazione oltre al concetto restrittivo di rifugio definito dalla Convenzione di Ginevra²⁸.

La Corte, infatti, è riuscita ad estrarre da alcune norme della CEDU, soprattutto dall'art.3, una sorta di clausola di salvaguardia per le persone a rischio di subire serie violazioni dei diritti umani se respinte ed inviate verso un determinato Paese, anche non necessariamente quello di origine²⁹.

L'art.3 della CEDU stabilisce che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti

²³ *Ibidem* 336.

²⁴ F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Milano 2011, 92.

²⁵ J.C. HATHAWAY, *The rights of refugees* cit. 363.

²⁶ G.S. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *The refugee* cit. 358.

²⁷ A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli 2016, 29.

²⁸ F. CHERUBINI, *Asylum law in the European Union*, Londra 2014, 7.

²⁹ *Ibidem* 103.

inumani o degradanti», senza esplicitare, a differenza dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, un divieto di respingimento. Pertanto la Corte ha dovuto compiere notevoli sforzi interpretativi per eguagliare, e in certi tempi ampliare, il meccanismo di tutela comunitario rispetto a quello disposto dalla norma di matrice internazionale.

La Corte EDU ha orientato la propria giurisprudenza adottando la tecnica della protezione par ricochet³⁰, ovvero indiretta o di riflesso, che spetta agli stranieri nei cui confronti è stato disposto un provvedimento di allontanamento, o a cui è stato rifiutato il rilascio o rinnovo di un permesso di soggiorno, qualora dall'attuazione di tali misure ne derivi un pregiudizio al godimento dei diritti tutelati dalla Convenzione, in primis il diritto alla vita (art.2), il divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti (art.3), il rispetto della vita privata e familiare (art.8)³¹. Inoltre la Corte ha affermato che il principio di non refoulement, sebbene non sancito espressamente nella Convenzione, debba essere considerato «already inherent in the general terms of Article 3»³².

Quando l'Unione Europea ha implementato un Sistema Comune di Asilo ha così recepito l'evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in materia di non refoulement a tutela dei diritti fondamentali, facendolo confluire nella Direttiva 2004/83/CE

nota come la Direttiva Qualifiche, successivamente rifiuta nel 2011 nella Direttiva 2011/95/UE, che ha introdotto il concetto di protezione internazionale inserendo accanto allo status di rifugiato anche la protezione sussidiaria che estende l'ambito di tutela dello straniero oltre i margini delineati dalla disciplina ginevrina.

L'art. 2 lettera f della Direttiva Qualifiche definisce il beneficiario di protezione sussidiaria come «cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno [...] e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese».

La nozione di danno grave è espressamente identificata dall'articolo 15 della Direttiva in qualunque situazione che corrisponda a: a) la condanna o l'esecuzione della pena di morte; o b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo paese di origine; o c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

³⁰ *Ibidem* nt. 3 p. 103. Questo termine venne usato per la prima volta da Cohen-Jonathan.

³¹ A. DEL GUERCIO, *La protezione* cit. 141.

³² *Ibidem* 149.

La Direttiva Qualifiche rappresenta il primo strumento sovranazionale dotato di portata giuridica obbligatoria ad aver regolamentato un regime di protezione complementare a livello regionale³³ ed è oggi considerata il più ambizioso tentativo di conciliare il diritto dei rifugiati con i diritti umani³⁴.

Tale strumento nasce dal bisogno di unificare le prassi esistenti dei vari Stati membri, distillando gli aspetti essenziali dei migliori elementi previsti a livello nazionale, senza dunque generare un nuovo sistema di tutela a sé stante. L'istituzione del Sistema Comune di Asilo è stata di determinante importanza all'interno del panorama giuridico italiano, perché ha reso possibile, per la prima volta, una sistematizzazione del regime di protezione dello straniero. Varie forme di tutela erano previste ed applicate, nella pratica, in maniera caotica e disomogenea, non essendo disciplinate all'interno di una legge organica che, ad oggi, non è ancora presente nel nostro ordinamento nonostante la rilevanza che il diritto di asilo assume all'interno dei valori fondanti della nostra Repubblica.

L'Italia tutela il diritto di asilo a livello costituzionale, difatti nella prima parte della Costituzione dedicata ai principi fondamentali, l'art.10 co.3 dispone che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel

territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Si tratta di una formulazione molto ampia che prevede esplicitamente il diritto di asilo per tutti coloro che non possono godere nel proprio Paese delle libertà democratiche contenute nella Costituzione stessa, dotata di una tale lungimiranza che rende questa statuizione perfettamente in linea con gli orientamenti più recenti della giurisprudenza dei diritti umani in materia di non respingimento laddove vengano lesi i valori fondamentali che integrano la dignità umana. Nonostante ciò l'Italia risulta carente di una legge che dia attuazione al dettato costituzionale.

L'immobilismo del legislatore nell'attuazione dell'articolo 10 co.3 è stato inversamente proporzionale all'attività ermeneutica ed applicativa nelle aule dei tribunali, che si è invece succeduta nel corso degli anni in un vortice di pronunce giurisprudenziali consolidatesi nell'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui il diritto di asilo costituzionale realizzerebbe la sua finalità di tutela all'interno di un sistema pluralistico di protezione da cui viene pienamente assorbito³⁵. Questo sistema si componeva, da un lato, degli strumenti di protezione internazionali, ovvero lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria, e dall'altro della protezione umanitaria, un istituto di matrice nazionale, che

³³ *Ibidem* 297.

³⁴ G.S. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *The refugee* cit. 41.

³⁵ Cass. 26 giugno 2012, 10686.

veniva concesso qualora ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano»³⁶.

La Corte era arrivata ad assicurare la protezione umanitaria a «forma di tutela a carattere residuale posta a chiusura del sistema complessivo che disciplinava la protezione internazionale degli stranieri in Italia»³⁷ con funzione di difesa dei «seri motivi» di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» i quali «non venivano tipizzati o predeterminati, neppure in via esemplificativa, dal legislatore, cosicché costituiscono un catalogo aperto pur essendo tutti accomunati dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate, con giudizio prognostico, come conseguenza discendente dal rimpatrio dello straniero, in presenza di un'esigenza qualificabile come umanitaria, cioè concernente diritti umani fondamentali protetti a livello costituzionale e internazionale»³⁸.

La Cassazione nel 2018 è arrivata a sancire il valore insindacabile della dignità umana, e l'importanza che questa venga protetta non soltanto quando si configurino le condizioni previste dall'ordinamento giuridico, ma in tutti i casi in cui

«il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza»³⁹.

La Corte affermava che, ai fini di un giudizio, non rilevano solo le situazioni di pericolo per l'incolumità personale derivanti da condizioni di instabilità politico-sociale, o le condizioni di compromissione dell'esercizio dei diritti fondamentali riconducibili a discriminazioni. Ciò che conta può essere anche la «mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento e al raggiungimento degli standard minimi per un'esistenza dignitosa»⁴⁰.

Quegli stessi ampi margini che caratterizzavano la protezione umanitaria, e che hanno indotto la Cassazione ad elevarla a norma di chiusura del sistema di asilo nazionale, in quanto risultava coerente con la formulazione ampia e flessibile dell'art 10 co.3 della Costituzione, sono stati invece rite-

³⁶ Art. 5, co. 6 del d.lgs. 286/98.

³⁷ Cass. 23 febbraio 2018, n.4455 *Foro It.* (2018) I,5.

³⁸ Cass. 23 febbraio 2018, n.4455 cit. 5-6.

³⁹ *Ibidem* 15.

⁴⁰ *Ibidem*.

nuti dal Governo «in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario»⁴¹. Pertanto nell'ottobre del 2018, proprio nello stesso anno in cui, appena qualche mese prima, la Cassazione compiva l'ennesimo passo in avanti nell'espansione dell'ambito di attuazione della protezione umanitaria, includendo tra i motivi umanitari anche le violazioni conseguenti a gravi contesti di deprivazione, instabilità e povertà estrema, il Governo emanava il Decreto Legge n.113 del 2018 convertito nella legge 132/2018, intitolato «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla

criminalità organizzata» conosciuto come Decreto Sicurezza.

Questo provvedimento, come novità più rilevante, ha provveduto ad abrogare la protezione umanitaria escludendo dal nostro ordinamento qualunque riferimento al relativo permesso di soggiorno. In sua sostituzione il legislatore ha preferito tipizzare le esigenze di carattere umanitario meritevoli di protezione, introducendo alcuni speciali permessi di soggiorno temporanei che sono venuti ad affiancare altri permessi di soggiorno preesistenti di analoga specie. Accanto dunque alle forme di tutela già previste, ovvero la protezione sociale⁴², la protezione per le vittime di violenza domestica⁴³ e quelle di sfruttamento lavorativo⁴⁴, sono stati introdotti il permesso di soggiorno per calamità⁴⁵, il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile⁴⁶, il

⁴¹ Disegno di Legge n. 840 del 04 ottobre 2018, 3.

⁴² Si sta facendo riferimento al permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, previsto dall'art.18 d.lgs. 286/98 e rilasciato in situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per determinati reati, e concreto pericolo per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei delitti indicati o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio.

⁴³ Si sta facendo riferimento al permesso per le vittime di violenza domestica, ex art. 18-bis d.lgs. 286/98 che spetta allo straniero che cerchi di sottrarsi alle situazioni di violenza o abuso a cui è soggetto, o che abbia reso dichiarazioni in merito a tali episodi in sede di indagini o giudizio penale e pertanto sia in pericolo.

⁴⁴ Si sta facendo riferimento al permesso per ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo, regolato dall'art. 22, co. 12-quater d.lgs. 286/98 che viene riconosciuto allo straniero che abbia scelto di denunciare e cooperare nel procedimento penale contro i soggetti che perpetravano le azioni di sfruttamento contro di lui.

⁴⁵ Art. 20-bis d.lgs. 286/98, da riconoscere agli stranieri che non possono fare ritorno in condizioni di sicurezza nel proprio Paese a causa di una situazione di eccezionale e contingente calamità.

⁴⁶ Art. 42-bis d.lgs. 286/98, ed ha la funzione di riconoscere un titolo in via premiale agli stranieri che si sono distinti per atti spiccatamente meritori.

permesso di soggiorno per cure mediche⁴⁷ e quello per protezione speciale⁴⁸.

Il fatto di aver espunto dal tessuto normativo ogni riferimento agli obblighi costituzionali ed internazionali non era sufficiente a farli venire meno nella sostanza, in quanto «le esigenze di carattere umanitario degli stranieri concretano un diritto soggettivo di diretta scaturigine costituzionale ex artt. 2 e 10, co. 3, Cost.»⁴⁹.

Per superare questa ed altre criticità, il legislatore è intervenuto nuovamente con il Decreto Legge n. 130 del 21 ottobre 2020, convertito in legge 173/2020, reintegrando alcuni degli elementi che avevano caratterizzato la protezione umanitaria, sebbene non abbia reintrodotta l'istituto in questione nei termini in cui veniva disciplinato nella normativa precedente.

Nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione si illustra che il decreto risponde all'esigenza di dare seguito alle osservazioni formulate dalla

Presidenza della Repubblica contestualmente all'emanazione del Decreto Sicurezza, in cui il Presidente Mattarella avvertiva l'obbligo di «sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»⁵⁰.

Pertanto viene reintegrata all'interno del quinto comma dell'art. 5 del d.lgs 286/1998 la locuzione «fatto salvo il rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» con riferimento al rifiuto e alla revoca del permesso di soggiorno, e vengono introdotte nuove ipotesi di divieto di espulsione e respingimento dello straniero al co.1.1 dell'art. 19 del d.lgs. 286/1998.

⁴⁷ Art. 19, co. 2 d.lgs. 286/98, rilasciato a «stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da non consentire di eseguire il provvedimento di espulsione senza arrecare un irreparabile pregiudizio alla salute degli stessi».

⁴⁸ Art.32 co.3 d.lgs. 25/2008, che può essere rilasciato in tutti i casi in cui, pur non essendoci i requisiti per beneficiare della protezione internazionale, uno straniero sia protetto dalla clausola di non *refoulement* disposta dal nostro ordinamento dall'art.19 co.1 e.1.1 d.lgs. 286/98, a cui la norma stessa fa richiamo. Difatti l'art. 19 ai commi 1 e 1.1 stabilisce che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

⁴⁹ M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 1 (2019) 16.

⁵⁰ Decreto Sicurezza e Immigrazione: Mattarella emana e scrive a Conte, <<https://www.quirinale.it/elementi/18099>>.

Il permesso di protezione speciale, già previsto dalla suddetta norma, può ora essere rilasciato nei casi in cui vi siano fondati motivi di ritenere che una persona rischi di essere sottoposta non solo a tortura, come già precedentemente disposto, ma anche a trattamenti inumani o degradanti, nonché nei casi in cui ricorrano gli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato. Inoltre è stato inserito il divieto di respingimento e di espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare.

Sebbene non sia stata ripristinata la logica dei motivi umanitari, che ben rispecchiava l'ampiezza e l'elasticità dell'asilo costituzionale, le maglie della protezione sono tornate ad allargarsi offrendo uno spazio di manovra più ampio agli operatori del diritto chiamati a valutare le esigenze degli stranieri.

Questo breve excursus ci ha dato modo di osservare che tanto a livello europeo quanto nazionale, come nel caso dell'Italia, è riscontrabile un assetto normativo in grado di offrire tutela non solo alle persone vittime di guerre e persecuzioni ma anche a coloro che sono in fuga da serie deprivazioni dei propri diritti fondamentali che minano l'integrità della dignità umana.

Purtroppo nella prassi la possibilità per gli individui di accedere a questi strumenti di protezione è sempre più ostacolata. Con il tempo sono andate intensificandosi una serie di misure finalizzate alla messa in sicurezza dei confini attraverso il rafforzamento dei controlli all'ingresso, il restringimento dei requisiti per il rilascio dei visti, il respingimento alle frontiere e la detenzione obbligatoria dei richiedenti asilo, fino alla cooperazione con Stati terzi finalizzata all'esternalizzazione delle frontiere europee e alla gestione dei flussi migratori.

Sembra quasi che una forma di schizofrenia abbia pervaso la risposta dei Paesi occidentali al fenomeno dei richiedenti asilo e rifugiati. Sebbene in linea teorica venga riconosciuto grande rilievo al principio dell'asilo, enormi sforzi vengono compiuti dagli Stati per assicurarsi che i migranti non raggiungano mai i propri territori, dove potrebbero avanzare domande di protezione⁵¹. Questo dualismo è stato definito da alcuni una «organized hypocrisy»⁵².

Ecco dunque che il Mediterraneo, il mare nostrum, antichissimo crocevia vibrante di vita è civiltà è diventato invece un «mare clausum»⁵³, barriera che ci separa da popoli e culture, allontanandoci al tempo stesso dai valori che l'Unione Europea ha posto a fondamento della sua identità.

⁵¹ MJ. GIBNEY, *The ethics and politics of asylum: Liberal democracy and the response to refugee*, Cambridge 2004, 2.

⁵² *Ibidem* 229.

⁵³ C. HELLER, L. PEZZANI, *Mare Clausum: Italy and the EU's undeclared operation to stem migration across the Mediterranean*, Londra 2018.

Bibliografia

- ARENDR H., *Le origini del totalitarismo*, Torino 2004.
- BJORGE E., *The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future*, in *Human Rights Law Journal* 36 (2017).
- CHERUBINI F., *Asylum law in the European Union*, Routledge, 2014.
- DEL GUERCIO A., *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli 2016.
- GOODWIN-GILL G.S., J. McADAM, *The refugee in international law*, Oxford 2007, 353.
- HADDAD E., *The refugee in international society: between sovereigns*, 106, Cambridge 2008.
- HATHAWAY J.C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge 2005.
- LAMBERT H., *International refugee law: dominant and emerging approaches*, Routledge Handbook of International Law, January 2009.
- LENZERINI F., *Asilo e diritti umani: l'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano 2009.
- MASIELLO S., *Punti di fuga: prospettive sociologiche sul diritto di asilo dei rifugiati in Italia*, Napoli 2007.
- RESCIGNO F., *Il diritto di asilo*, Milano 2011.

Sitografia

- Amnesty International, *Libya: 'Between life and death': Refugees and Migrants trapped in Libya's cycle of abuse*, <<https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/3084/2020/en/>>
- International Organization for Migration (IOM), *Migration in West and North Africa and across the Mediterranean: Trends, risks, development and governance*, <<https://publications.iom.int/books/migration-west-and-north-africa-and-across-mediterranean>>
- Organization for Migration (IOM), Displacement Tracking Matrix (Dtm) Libya's migrant report: round 35, <<https://reliefweb.int/report/libya/displacement-tracking-matrix-dtm-libya-s-migrant-report-round-35-january-february-2021>>
- International Organization for Migration (IOM), Missing Migrants Project, <<https://missingmigrants.iom.int>>
- United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Operational data portal refugees situation in Libya, June 2021, <<https://data2.unhcr.org>>
- Reach - UNHCR, Libya: Multi-Sector Needs Assessment (MSNA), Libyan Population, <<https://reliefweb.int/report/libya/libya-multi-sector-needs-assessment-msna-libyan-population-may-2021>>
- UN Human Rights Office, *Shocking cycle of violence for migrants departing Libya to seek safety in Europe*, Geneva, October 2020, <<https://www.ohchr.org>>

Pierluigi Romanello

Cenni sulle rotte delle migrazioni nel Mediterraneo antico

Helmut Berve nella sua fondamentale «Storia Greca», per introdurre la Creta Minoica – di certo una delle esperienze storiche più preziose per la civiltà occidentale – parte dalla descrizione del posizionamento geografico dell'isola con i suoi litorali che guardano a nord verso l'Europa, a sud verso l'Africa, orientata nel suo asse a est verso l'Asia minore e a occidente verso il Peloponneso¹. Rappresenta, quindi, un punto di fuga ideale di varie civiltà che affacciate in questo fertilissimo bacino salato, con rotte, scambi e conflitti hanno dato un volto ai millenni a venire e in qualche modo anche al presente del Mondo.

Il Mediterraneo per le sue caratteristiche temperature miti, con i suoi fondali non eccessivamente profondi vicino le coste, con i venti ciclici general-

mente favorevoli, è stato ben presto navigabile senza eccessive difficoltà. I primi navigatori, felicemente definiti «cauti pionieri»² istituirono le prime rotte, nel primo millennio avanti Cristo. Questi movimenti di persone derivarono dagli sconvolgimenti politici del tempo, le guerre tra Egitto e Babilonia distolsero gli interessi dal Mar Rosso e dal Golfo Persico spostandole sul Mediterraneo. Questo mare diventò quindi ben presto un «continente liquido», una via capillare che diffuse ogni idea, che assimilò ogni esotismo, professò tutte le religioni, mescolò tutti gli usi.

Così che, prima ancora di una civiltà occidentale, il mondo conobbe una civiltà mediterranea.

Con questa suggestione ho pensato di dedicare il mio tempo ad alcune delle molte migrazioni

PhD, Università di Salerno.

¹ H. BERVE, *La Storia Greca*, Bari 1966, 39.

² D. ABULAFIA, *Storia marittima del mondo, quattro millenni di scoperte, uomini e rotte*, Milano 2020, 101.

(materiali e ideali) che attraversarono questo mare innervando la storia.

Come è noto i primi popoli che s'affacciarono consistentemente su questo bacino, intorno al 1500 avanti Cristo furono i cosiddetti 'popoli del mare', attraverso le cui migrazioni si chiuse l'era del bronzo e cominciò quella del ferro. È di interesse comprendere come l'onomastica nella immediata definizione di 'popoli del mare', ci indichi che la collocazione geografica di provenienza fosse secondaria rispetto alla capacità di vivere e dominare i flutti. Per la prima volta la relativa tranquillità dell'età del bronzo costituita dal cosiddetto assetto palatino³, da commerci prevalentemente su terra, fu sconvolta appunto da questi popoli del mare. Furono gli egiziani i primi a descriverceli a partire dal primo millennio avanti Cristo con una certa compiutezza ma anche preoccupazione⁴. Incominciarono a premere sul delta del Nilo, dopo aver portato distruzione a Cipro, in Anatolia e nel Levante⁵. Lo spostamento del potere sul mare cambiò anche la geografia dei luoghi. Le zone interne, di certo più sicure, furono però marginalizzate, la vita e la ricchezza si spostavano sulle coste. Dando vita a quel sistema-mondo

che fu per la maggior parte della storia dell'uomo il mar Mediterraneo.

Tre secoli dopo lo sviluppo oramai consolidato di rotte mediterranee, il mare era oramai già un luogo di mescolanze culturali, oltre che di veicolo di colonizzazione, tanto che intorno al settimo secolo avanti Cristo le influenze 'straniere' incominciarono a lambire anche le popolazioni autoctone stanziate in Italia. In punto della storia della nostra penisola assistiamo, grazie alla datazione dei reperti, a quel fenomeno chiamato 'periodo Orientalizzante'⁶ che intorno al settimo secolo avanti Cristo, per l'appunto, descrive chiaramente la connessione degli Etruschi con altre popolazioni evolute mediterranee giunte sulle coste tirreniche. L'analisi delle cause di questo movimento tirrenico può essere varia, si ritiene però che tendenzialmente almeno tre fattori concausali abbiamo spinto i popoli del Mediterraneo orientale a muoversi verso le nostre coste, creando un momento storico favorevole a un fenomeno contaminante: le sostanziali trasformazioni strutturali che sconvolsero i centri indigeni tirrenici con un vuoto di potere, gli eventi storici che interessarono l'area siro-palestinese, in modo particolare una Fenicia irrobustita⁷, e in ul-

³ Vari piccoli centri, palazzi, che dialogavano e commerciavano tra di loro.

⁴ Nell'Epistolario El-Amarna e nel rilievo dei *Popoli del mare* nel tempio di Medinet Habu.

⁵ C. BONNET, E. GUILLON, F. PORZIA, *La civiltà dei Fenici. Un percorso mediterraneo nel I millennio a.C.*, Roma 2020, 45.

⁶ W. BURKERT, *The Orientalizing Revolution: Near Eastern Influence on Greek Culture in the Early Archaic Age*, Harvard 1992, 128.

⁷ M. BOTTO, *I fenici e la formazione delle aristocrazie tirreniche*, in *Nuragici I Fenici e gli altri. Sardegna e Mediterraneo tra Bronzo Finale e Prima Età del Ferro. Atti del I Congresso internazionale in occasione del venticinquennale del Museo 'Genna Maria' di Villanovafornu*, 2012, 51-80 59.

timo lo sviluppo economico e commerciale delle colonie greche e fenicie del Mediterraneo centrale che cercavano nuovi lidi per continuare il loro sviluppo⁸. Concentrandoci per qualche istante sui Fenici notiamo che in pochi secoli s'insediarono con successo in Sicilia, a Mozia, e poi in Sardegna e ancora nelle coste tirreniche per l'appunto, con l'isola di Pithecusa, sulla quale torneremo in seguito, fino alle coste spagnole, francesi e chiaramente nordafricane, con lo sviluppo di Cartagine che sarà proprio l'ultima e più fulgente propaggine dell'impero fenicio.

Quasi sincronicamente ulteriori rotte affollavano il nostro mare, quelle che si muovevano dalla Grecia o meglio sarebbe dalle isole greche, vista la mancanza di unitarietà politica dell'area geografica. La colonizzazione greca del Mediterraneo è stata ampiamente studiata. Innumerevoli ricerche hanno definito un fenomeno che convenzionalmente si è deciso di chiamare colonizzazione, sul quale in questa sede sarebbe difficile aggiungere.

Un aspetto però può essere prezioso accennare brevemente quest'oggi. Negli ultimi tempi si discute attivamente anche sull'opportunità dell'uso del termine 'colonizzazione'⁹, indulgendosi in teorie, non sempre condivisibili, secondo le quali

non ci fosse un'identità culturale strutturata da parte dei navigatori greci, né un'organizzazione centrale capillare che potesse giustificare una volontà colonizzante e quindi un sistematico controllo coloniale dei territori soggetti. Di fatto, parte della storiografia recente tenderebbe a mutare i coloni greci in semplici avventurieri, *metanastantes* (μεταστάντες), appartenenti ad entità sociali confuse o difficilmente definibili¹⁰. Come detto, non siamo d'accordo con queste nuove visioni terminologiche, troviamo più utile richiamare sul tema la definizione di "colonie" con la quale Cicerone¹¹, in mancanza anche di una traduzione propria del termine 'ἀποικία' definì l'emigrazione greca sulle nostre coste, o anche Ovidio nei *Fasti* (*Grecia Itala nam tellus Graecia maior erat*)¹², ossia quella forza politica in grado non solo di mutare la natura a proprio beneficio profittando del commercio, ma anche dare un volto tangibile a una migrazione, con il trasferimento di usi e costumi tra i popoli, colonizzati, per l'appunto.

Può ora risultare interessante definire la portata di questi fenomeni, di queste rotte, di queste migrazioni, che lungi dall'essere univoche, ossia meramente espansionistiche, erano invece biunivoche.

⁸ *Ibidem*.

⁹ E. GRECO, M. LOMBARDO, *La colonizzazione greca: modelli interpretativi nel dibattito attuale*, in *Alle origini della Magna Grecia. Atti del 50° Convegno di studi sulla Magna Grecia*, Taranto 2012, 37-60 38.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cic. *De am.* 13.7.

¹² Ov. *Fast.* 4.64: cò che chiamiamo Italia era Magna Grecia.

Con la creazione di solidi rapporti e la creazione di veri e propri crogiuoli culturali.

Possiamo ad esempio ben adoperare l'isola di Pithecusa, l'attuale Ischia, come esempio dei fenomeni migratori antichi, una sorta di metonimia storica per comprendere attraverso una parte un tutto più ampio. L'isola, posta in una posizione geografica strategica, ben difendibile, con coste agevoli, con promontori irti per la difesa, con un terreno vulcanico fertilissimo, riparata dal mare placido del golfo e con un'eccezionale abbondanza di acqua, fu destinazione preferita dei flussi migratori a partire proprio dall'VIII secolo a.C.

Nello specifico possiamo intuire attraverso l'analisi dei reperti che sull'isola si svilupparono condizioni di felice coesistenza dei popoli alloctoni che la abitarono. A Pithecusa, in effetti, le migrazioni si mostrarono in tutta la loro capacità formativa di una cultura mediterranea unica, che, nonostante le conflittualità, si affermò mitigando e confondendo le differenze dei popoli originari¹³. Nell'isola flegrea, possiamo intuire, si consolidò quindi un ponte, una mediazione tra società del Mediterraneo orientale, greca e fenicia¹⁴ che avrebbe in seguito

caratterizzato massimamente l'intero bacino mediterraneo. In realtà tutta l'area campana, proprio perché originaria cerniera tra Mediterraneo orientale e occidentale ha rappresentato il punto di arrivo di persone, merci e quindi di cultura. È forse il caso di soffermarci su di una delle più importanti innovazioni che hanno contraddistinto non solo l'Europa ma il mondo nella sua interezza e che si è mossa sulle rotte delle migrazioni mediterranee: l'alfabeto occidentale. Quello conosciuto maggiormente come 'latino' è, com'è noto, un'evoluzione del calcidese. Diffusi studi su fonti epigrafiche hanno infatti dimostrato come l'alfabeto calcidese si sia affermato in Cuma in seguito alla colonizzazione beotica e poi di lì diffuso prima agli etruschi e poi ai latini¹⁵.

Ci interessa del punto, più che la notizia storica oramai assodata, l'analisi sociale dell'evento. La metabolizzazione di un alfabeto rappresenta di certo una rivoluzione culturale di portata amplissima, poiché il riconoscimento, da parte di un popolo, dell'appropriazione di una scrittura straniera significa riconoscere un prodotto culturalmente più elevato rispetto al proprio¹⁶. Questa apertura così

¹³ F. MERMATI, *Osservazioni sulla costruzione dell'identità coloniale tra Pithekoussai e Cuma*, in *Mediterranean Archaeology* 25 (2012) 283-307.

¹⁴ G. BARTOLONI, *Pithekoussai I. La necropoli: tombe 1-723 scavate dal 1952 al 1961*, in *Archeologia Classica* 46 (1994), 542-549 544.

¹⁵ M. CRISTOFANI, *Appunti di epigrafia etrusca arcaica*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Lettere, Storia e Filosofia* 38 (1969), 99-113 113.

¹⁶ F. FANCIULLO, *Introduzione alla linguistica storica*, Bologna 2013, 12 ss.

radicale ad uno strumento essenziale come un alfabeto potrebbe di certo dimostrare, come in realtà il Mediterraneo non solo fosse interconnesso, ma gli stessi popoli fossero disposti ad accettare le innovazioni altre, anche differenti o non appartenenti alla propria cultura. In questo caso (come ci insegna l'antropologia culturale) per assistere a un cambiamento così radicale di una forma tanto caratterizzante un popolo, come un alfabeto per l'appunto, la società che recepisce la novità (gli Etruschi) deve aver familiarizzato ampiamente con l'innovazione culturale perché oramai in contatto stabile e diffuso¹⁷. Il caso appunto dell'alfabeto recepito è paradigmatico quindi di un fenomeno decisamente più ampio, ossia quella prima ellenizzazione della zona Mediterranea occidentale, con l'influsso magnogreco, a cui poi sarebbe seguita una seconda ellenizzazione, alcuni secoli dopo, non meno considerevole, e che avvenne con la presa della Grecia da parte di Roma in seguito della distruzione di Corinto nel 146.

È quindi opportuno ora considerare il ruolo di Roma come forza non solo impositiva ma anche recettiva di culture. Vale la pena affrontare per somme linee la differenza peculiare della società romana nei confronti dello straniero, rispetto anche a quella greca. Per meglio definire il concetto di straniero per i

Romani si può notare l'esistenza di una asimmetria che si evidenzia dal confronto con l'equivalente greco del termine. Presso gli Elleni sono in uso due diverse espressioni attraverso le quali riferirsi all'estraneo: da una parte *xénos*, con il quale si indica il semplice non appartenente alla comunità di cittadini, paragonabile al latino *hostis*; dall'altro *bàrbaros*¹⁸, con il quale si indica, invece, il non appartenente alla comunità culturale greca e che si colora di un'accezione dispregiativa, estranea alla percezione dello straniero propria della Roma monarchica. Tale diversità si collegava ad una radicale differenza che separava i Greci dai Romani¹⁹. Mentre i primi assunsero un atteggiamento fortemente esclusivista tale da riflettersi in ogni aspetto delle relazioni con gli stranieri e ogni loro città fu ferocemente attaccata alla difesa del suo particolarismo, i romani furono tradizionalmente aperti all'inclusione e all'integrazione degli stranieri nella loro comunità. È però da rimarcare che in epoca romana, di frequente, le rotte non erano più quelle delle migrazioni degli uomini liberi, ma spesso quelle delle tratte degli schiavi. Proprio in seguito alla presa della Grecia in pochi anni giunsero in Roma, secondo le cronache dell'epoca circa centocinquantamila schiavi²⁰. Un fenomeno che non s'arrestò presto e che portò certamente forza lavoro, ma parimenti pensiero e ca-

¹⁷ R. BENEDICT, *Patterns of Culture*, Boston 1934, 34 ss.

¹⁸ F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli 2017, 12.

¹⁹ Cfr. C. Ricci, *Forme della presenza straniera a Roma (sec. I-II d.C.)*, Ancona 2005, 197-207.

²⁰ Polibio, *Storie*, 30.15. Liv., 45.34.1-6. Plutarco, *Vita di Emilio Paolo*, 29.1-3.

pacità intellettuali. Nello specifico in età augustea assistiamo probabilmente al più decisivo periodo di ellenizzazione di Roma, tanto da far scrivere a Orazio *Graecia capta ferum victorem cepit*²¹. La presenza a Roma in età augustea di una folta schiera di intellettuali greci, provenienti per lo più dalle città delle province asiatiche, è attestata principalmente dalla raccolta retorica di Lucio Anneo Seneca padre (*Oratorum et rhetorum sententiae, divisiones, colores*). Nell'antologia senecana compaiono all'incirca centocinque fra oratori e retori, complessivamente attivi a Roma in un arco cronologico di più di settant'anni e di questi 39 erano greci e declamavano in greco²². Emerge inoltre che chiunque avesse voluto eccellere in qualunque attività intellettuale (e non solo di quella forense) avrebbe dovuto studiare presso le scuole greche in Roma. Inoltre è accertato che la formazione culturale che accomunava le élites di tutto l'impero, tanto grecofone quanto latinofone, era fondata su di un patrimonio di conoscenze comuni o largamente condivise che già in età augustea costituivano una realtà canonica e saldamente stabilita, e si basava necessariamente sul bilinguismo latino-greco²³.

Circa le merci, beni essenziali e voluttuari, leggendo *Eis Rhomen*, l'encomio di Roma, di Elio Ari-

stide nel II sec. d.C., si osserva pure come a Roma «tutto converge, commerci, navigazioni, agricoltura, metalli lavorati, tutte quante le arti che ci sono o che ci sono state, tutto quanto è generato dalla terra» e ancora come a Roma pervenga «quello che generano le stagioni e producono le varie regioni, i fiumi, i laghi, e le arti (technai) dei Greci e dei barbari», sicché se uno vuol vedere tutte queste cose o deve viaggiare per l'intera ecumene o deve stare a Roma, dove c'è abbondanza di ciò che cresce o è fabbricato presso ogni popolo»²⁴.

Queste descrizioni di un mondo collegato, con denominatore comune il Mediterraneo, che spaziano dal primo secolo avanti Cristo al secondo dopo Cristo ci restituiscono di certo un'idea di un tessuto fortemente interconnesso, dove con le persone viaggiavano anche i beni, gli usi e... le religioni. Sarebbe impossibile trattare in questa sede il mélange religioso che caratterizzò il bacino del Mediterraneo, con i culti orientali che di seguito alle genti, libere o schiave, giungevano a Roma. Ci basti solo citare che Commodo aprì il Pantheon ai culti orientali, tanto grande ne era la diffusione, e che il cristianesimo in poco meno di tre secoli si affermò, anche e grazie soprattutto alle consolidate vie mediterranee come religione di stato.

²¹ Hor., *Ep.*, 2.1.156.

²² Elenco in V. CITTI, *La declamazione greca in Seneca il vecchio*, in PoR 8 (2007), 57-102 62-63; ne sono però esclusi i retori d'origine greca che declamavano solo in latino.

²³ *Ibidem* 96.

²⁴ HEL. ARIST., *Eis Rhomen*, 13.

In opposto di certo avvenne, sempre attraverso il Mediterraneo, un fenomeno di romanizzazione dei territori sottoposti a Roma. Le migrazioni inverse, quelle che dal centro si spostavano verso la periferia a seguito delle legioni, dei funzionari, dei mercanti e dei cittadini contribuirono a latinizzare il Mediterraneo. Un primo ma efficace esempio, oltre chiaramente il diritto che unificava un'area immensa e composita, ci è dato dall'urbanistica. Anche nel più remoto villaggio della Africa, com'è noto, le conurbazioni riprendevano fedelmente gli schemi romani. Di interesse il caso degli scavi di Volubilis, un piccolo centro nel remoto interno del Marocco in cui gli archeologi hanno riportato alla luce: un foro, una basilica, un arco di Trionfo e mosaici policromi sullo stile romano coevo. Ossia quelle pietre

angolari che costituivano le fattezze di ogni centro romano, globalizzato ma a sua volta globalizzante. Questo ci restituisce chiaramente quanto la cultura romana fosse penetrata attraverso il Mediterraneo pure in quei luoghi non solo distanti da Roma ma anche dalla grande storia. Luoghi anonimi di scarso interesse, apparentemente poco interconnessi. E come Volubilis, centinaia di altre città.

Abbiamo rapidamente osservato quindi quanto in questo catino di acqua salata, geograficamente minimo rispetto gli immensi oceani, le barche e le genti incessantemente abbiano non solo comunicato, ma si siano così notevolmente mescolate. Formando non solo un'idea unica civilizzante ma anche evolvendo i modelli culturali al passare delle generazioni e delle popolazioni.

Hussam (Majid) Kana'neh

*Il sequestro dei corpi dei martiri: un lungo viaggio
nella sofferenza fra 'la tomba aperta' e 'la perdita ambigua'*

Premessa

L'assedio alla Striscia di Gaza, l'esproprio delle terre, il sequestro del bestiame e dei macchinari agricoli, gli insediamenti, il furto dell'acqua, i tagli al rifornimento dell'energia elettrica, le chiusure e i coprifuochi, la mancata concessione dei permessi di lavoro e per l'edilizia, la demolizione delle abitazioni, la negazione della libera circolazione e del diritto di culto, le invasioni e le ripetute incursioni, il Muro e i posti di blocco, gli arresti, il ritiro delle carte di identità e la revoca della residenza, la mancata concessione del ricongiungimento familiare, la deportazione e i trasferimenti forzati, il sequestro dei dazi doganali e delle merci, la mancata consegna della corrispondenza, la detenzione dei corpi dei martiri... non sono

altro che alcune forme delle punizioni collettive condotte dall'Occupazione Israeliana la cui esistenza e natura ne sono l'esempio più eclatante.

L'obiettivo del presente studio è quello di evidenziare le conseguenze psicologiche di queste politiche, ma in primis quelle relative alla detenzione dei corpi dei martiri.

Tale misura repressiva di solito viene accompagnata da altre pene e condanne che intendono colpire i familiari dei martiri: come la demolizione delle proprie abitazioni o la semplice minaccia di farlo con vari assalti, il loro arresto, il ritiro delle loro carte d'identità e dei loro permessi di lavoro e diritto di residenza, per non parlare delle condizioni imposte per poter svolgere i funerali nel caso del rilascio delle salme.

Psicologo e psicoterapeuta cognitivo e comportamentale, Palestinian Counsling Center - PCC, Nablus.

Un ringraziamento particolare va alla collega Alaa Ballut, consulente psicologa, stagista presso il Palestinian Counsling Center, Nablus.

(Traduzione: Sami Hallac)

Le Autorità dell'Occupazione Israeliana hanno posto sotto sequestro, anche per periodi piuttosto lunghi, i corpi di molti martiri palestinesi. Questo studio si concentrerà sui fatti accaduti a partire dal mese di ottobre 2015. Da allora, molte salme dei martiri continuano ad essere detenute nei 'Frigoriferi dei Morti' sotto temperature molto basse. Alcune sono state successivamente trasferite per essere seppellite nei cosiddetti 'Cimiteri dei Numeri'. La situazione di terrore e di incertezze come anche l'assenza della 'consapevolezza della stessa morte' non consentono ai familiari di poter vivere il dolore e di elaborare il lutto.

Questo studio si basa su una metodologia di ricerca qualitativa con incontri e colloqui approfonditi con i parenti dei martiri per conoscere le loro esperienze circa 'il lutto' e 'la perdita', e quindi, verificare le relative conseguenze psicologiche. Sono stati svolti anche molti incontri con psicologi e addetti ai lavori per apprendere le strategie dei vari interventi effettuati e le reazioni psicologiche registrate come conseguenza delle loro interazioni con i familiari. Sono stati, inoltre, studiati rapporti visivi e scritti, testimonianze, autonarrazioni e ricerche legate a questa misura punitiva.

Questa ricerca tenta anche di esplorare, almeno teoricamente, 'la perdita ambigua': un concetto che può aiutare a comprendere ciò che caratterizza la perdita con la punizione del 'sequestro dei corpi dei martiri'. Viene prestata particolare attenzione alla specificità della situazione palestinese, con tutte le sue dimensioni, che si concretizza nelle

varie 'fasi del lutto' legate ai continui traumi che affliggono i familiari. Tutto inizia quando apprendono la notizia del martirio, per proseguire col trauma per il sequestro del corpo fino ad arrivare al momento della sua consegna. Proprio quando il martire viene seppellito e i parenti tentano timidamente di riappropriarsi della propria quotidianità, ipotizzando l'inizio della fine di questo supplizio, ecco che le Autorità dell'Occupazione fanno recapitare ai familiari i vestiti del loro defunto. Come se disseppellissero il martire aprendo ferite non ancora guarite.

Introduzione

Le prime rivendicazioni per la liberazione delle salme dei martiri ancora requisite dallo stato israeliano occupante, riemergono con grande forza a ottobre del 2015 con gli esordi delle ultime contestazioni a Gerusalemme e dell'Intifada generale dei giovani soprattutto dei gerosolimitani. Già a maggio del 2008, il padre del martire Mashhur al-Aroui si era rivolto al Centro per i Diritti Umani e per l'Assistenza Legale di Gerusalemme, chiedendo aiuto per poter avere le spoglie di suo figlio sequestrate dalla fine degli anni settanta nei cosiddetti 'Cimiteri dei Numeri'. I corpi in stato di detenzione all'epoca erano 253. Il Consiglio dei Ministri palestinese, riunitosi a Ramallah, istituì da allora come commemorazione il 27 agosto di ogni anno: 'La Giornata Nazionale per la Restituzione delle Salme dei Martiri Palestinesi e Ara-

bi'. Gli anni, però, hanno cambiato la situazione delle cose. Con la diffusione delle contestazioni del 2015, il Gabinetto del Consiglio dei Ministri israeliano affrontando le questioni politiche e 'di sicurezza' nella sua seduta del 13/10/2015, ha adottato una serie di decisioni che nei fatti riprendono, dopo averla abbandonata per qualche anno, la politica del sequestro dei corpi dei martiri nei 'Frigoriferi dei Morti'.

La reazione del 'Comitato dei familiari dei martiri i cui corpi sono in stato di detenzione' è stata immediata: la costituzione di un comitato popolare che lavora per dar voce alle sofferenze dei familiari che chiedono la liberazione delle salme dei loro martiri ancora recluse. Da sottolineare che dal 2015, l'Occupazione ha tenuto sotto sequestro, per periodi di diverse durate, i corpi di circa 230 uomini e donne caduti martiri. Attualmente (fine settembre 2019) sono circa una cinquantina.

Il sequestro della salma del martire, oltre a rappresentare una misura punitiva rivolta ai familiari, nei fatti è una vendetta nei confronti del martire stesso e di quel che rappresenta. Umiliare il suo corpo, devastarlo e rubare i suoi organi (Odatallah, 2016 e Eliyan, 2018) hanno come unico obiettivo quello di imporre il proprio dominio sui palestinesi, non solo da vivi ma anche da morti. Il sequestro dei corpi dei martiri è senza dubbio una pratica alla quale Israele fa ricorso per ribadire la propria sovranità e il suo controllo non solo sulla terra palestinese ma anche sul corpo delle/dei palestinesi, vive/i o morte/i (Daher-Nashef 2016, pagina 19). Il seque-

stro, per vari periodi, del corpo del martire non è altro che una misura di vendetta nei confronti del martire stesso. Alla base ci sta il senso di fallimento del sionista e di tutti i suoi apparati repressivi (servizi di sicurezza, esercito, direzione carceraria) nei confronti del combattente al momento del suo martirio (Odatallah, 2018).

Se le sofferenze dei familiari dei/delle martiri i cui corpi sono sotto sequestro risultano indescrivibili, lo sono ancora di più quando le salme vengono recluse nelle celle frigorifere. «È un supplizio senza fine» racconta un padre. La vita dei familiari risulta 'sospesa' e strettamente legata al destino dei/delle loro figli/figlie, come se fosse 'congelata' in attesa della liberazione delle loro spoglie per poterle seppellire in pace e con dignità.

Da quando ho iniziato con questa mia ricerca, a metà del mese di agosto di quest'anno (2019), l'Occupazione ha sequestrato nelle celle frigorifere i corpi di quattro martiri: un bambino, un prigioniero, una donna giustiziata a sangue freddo dalla polizia al checkpoint di Qalandia e un uomo che i familiari credono che sia morto durante un banale incidente stradale. Nello stesso periodo sono stati liberate le salme di tre martiri; il piccolo Nasim Abu Rumi di al-Eizariya, 'Omar Younes di Qalqilya e Muhammad Fawzi 'Adawi del Campo Profughi di Balata. Diventano così una cinquantina i corpi dei martiri sequestrati a partire dal mese di ottobre 2015.

Nel frattempo, il 10 settembre 2019, la Corte Suprema Israeliana ha adottato un provvedimento

(la proposta è stata inoltrata alla sua attenzione il 17 luglio 2017) che conferisce al Governatore Militare dell'Occupazione la facoltà di sequestrare i corpi dei martiri e di seppellirli provvisoriamente in attesa di eventuali trattative per uno scambio di prigionieri. Il trasferimento delle salme dalle celle frigorifere ai cosiddetti 'Cimiteri dei Numeri' è uno degli scenari maggiormente temuti dai familiari, racconta il fratello del martire Misbah Abu Sbeih, in quanto potrebbe preludere ad un sequestro dalla fine incerta. Così, i familiari cominciano a vivere in un ulteriore incubo: il destino del corpo del loro defunto. Oltre a quanto comunemente si conosce di tali 'cimiteri', le modalità di sepoltura lasciano non pochi dubbi circa le possibilità che le spoglie possano venir disperse, trascinate altrove oppure dissotterrate e divorate da animali randagi che circolano in tali luoghi (rapporti di vari giornali israeliani riportati in Eliyan, 2018).

Col grande disappunto dei familiari dei martiri, l'adozione di tale provvedimento non ha sollevato la dovuta attenzione negli ambiti ufficiali e neanche da parte dell'opinione pubblica. La situazione che nei fatti si è venuta a creare va ovviamente oltre alle capacità e alle responsabilità del singolo o del gruppo e richiede un intervento e uno sforzo collettivo, popolare, ufficiale e istituzionale per valutare con precisione il momento e proporre un piano di azione nuovo che possa comprendere anche il rivolgersi alle competenti istituzioni internazionali. Privi di punti di riferimento, i familiari sono stati colpiti da un profondo senso di impotenza.

Metodologia

Il presente lavoro si basa sulla metodologia di ricerca qualitativa attraverso una serie di interviste approfondite con i parenti e i familiari dei martiri. A loro ho fatto delle domande aperte nel tentativo di conoscere le loro esperienze circa 'il cordoglio, il lutto e la perdita', con l'intenzione di sentire direttamente i loro racconti senza alcun riferimento alle teorie psicologiche oppure agli svariati schemi riguardanti la perdita e le sue tappe. Il mio obiettivo è stato ben spiegato ai familiari fin dall'inizio; sviluppare l'argomento della ricerca a partire dai loro racconti in quanto direttamente interessati (Kanaaneh e Netland, 2003).

Ovviamente non sono mancate le preoccupazioni che tali interviste potessero riaprire vecchie ferite e fare risvegliare dolori e sofferenze o addirittura procurare, in un modo o nell'altro, ulteriori danni psicologici. Lo stesso dubbio è stato già sollevato in Kanaaneh e Netland (2003). «Non occorre dimenticare che in certe circostanze si sta scavando nelle intimità di persone ferite. Ciò che non dà benefici, non necessariamente può limitarsi ad essere inutile. Potrebbe recare danni, spezzare e distruggere» (pagina 10). Le risposte mi erano arrivate da più parti soprattutto dalle colleghe e dai colleghi del '*Palestinian Counseling Center*' che avevano già interagito coi familiari di martiri i cui corpi sono stati sequestrati. Secondo loro 'le ferite non si sono affatto rimarginate, sono rimaste comunque aperte.

Parlare dell'accaduto, quindi, non può che dar loro sollievo nonostante il dolore evocato. Non si tratta di riaperture di vecchie ferite. Raccontare il fatto «segue gli stessi schemi di intervento adottati nel trattamento delle emergenze e degli stati di shock» (Said e Dakdukei, 2013). Espanioly e Aweidah (2007, pagina 66) confermano che «Parlare del trauma e raccontarlo nuovamente, risulta di estrema importanza per comprendere l'accaduto. Rende l'individuo maggiormente in grado di riflettere, di riesaminare e di comprendere la calamità che l'ha colpito. Secondo la teoria della 'Terapia Narrativa' è un fattore ragguardevole per uscire dalla crisi.

L'ultima rassicurazione per farmi procedere con queste interviste senza recare alcun disturbo o danno, mi è stata data dalla prima intervista che avevo fatto al portavoce del 'Comitato dei Familiari dei Martiri', il signor Mohammad Eliyan. Il corpo di suo figlio, Bahaa, è stato recluso nelle celle frigorifere per undici mesi. Il signor Eliyan è stato la mia 'chiave', più precisamente il mio *Gatekeeper* come viene definito nelle ricerche sociali qualitative (Broadhead Rist, 2010) soprattutto quando si tratta di tematiche molto delicate. Tramite lui sono entrato in contatto con vari familiari di martiri che, sentendosi rassicurati, non si sono risparmiati durante le interviste nei loro racconti toccando anche argomenti molto privati fino ad allora non condivisi con nessuno.

Per completare questa mia ricerca, avevo incontrato sei famiglie residenti nel distretto di

Gerusalemme. In alcuni casi avevo intervistato l'intero nucleo, altre volte solamente il padre, il fratello, i cugini, le cugine o altri familiari del martire. Seguendo i consigli dei miei colleghi del 'Centro Palestinese di Consulenza', ho iniziato le mie interviste incontrando il signor Eliyan, detto Abu Khalil. È stato il mio apripista. Bastava annunciare il suo nome per tranquillizzare i familiari e renderli maggiormente collaborativi. Grazie a lui, gli incontri erano sempre più informali e con una discreta condivisione emotiva. Addirittura loro stessi mi incoraggiavano ad andare avanti con la mia ricerca.

Oltre ai colloqui alquanto approfonditi coi familiari in quanto fonte principale, questo studio si basa anche su una serie di interviste a vari colleghi/e addetti/e ai lavori. Ho incontrato le operatrici/gli operatori del Centro Palestinese di Consulenza, del Centro Studi delle Donne di Nablus, del Progetto di Mutuo Sostegno Psicologico e del Programma da Donna in Lutto a Donna in Lutto per conoscere le conseguenze psicologiche da loro riscontrate nel corso dei loro interventi coi familiari dei martiri e con le madri in lutto.

Infine, ho preso visione di una serie di testimonianze, rapporti e interviste (scritte, in audio o video) come pure di auto-narrazioni di famiglie di martiri. Ho anche approfondito alcune ricerche e testi di letteratura collegati al sequestro delle salme dei martiri come misura punitiva collettiva dei familiari e le relative conseguenze psicologiche.

Le conseguenze psicologiche delle punizioni collettive

La legge umanitaria internazionale sancisce il divieto di infliggere delle pene individuali per atti non commessi, come pure delle pene collettive per atti individuali sia che si tratti di prigionieri di guerra o di altri (Terza Convenzione di Ginevra, articolo 87-protocollo-1, articolo 2-75-protocollo 2 e articolo 2-4b). Si tratta di una delle garanzie principali sancite dalla Convenzione di Ginevra del 1949 e dei due protocolli aggiuntivi del 1977, in maniera da poter assicurare una tale tutela a tutti gli individui, indipendentemente dal loro ruolo e funzione (Quarta Convenzione di Ginevra, articolo 33) (Organizzazione 'Medici senza Frontiere').

Siamo di fronte a delle pene inflitte a singoli, famiglie, comunità, quartieri, villaggi, città, campi profughi e zone intere per un atto compiuto da un individuo o da un gruppo di persone, per la semplice appartenenza di quest'ultimi ad essi. In altre parole, le punizioni collettive non sono il semplice castigo di un individuo oppure di un gruppo per un atto non commesso, ma un'espiazione collettiva per la loro appartenenza ad una famiglia e ad un popolo oppure per la loro semplice provenienza da una determinata zona. L'Occupazione di per sé è una punizione collettiva per l'intero popolo palestinese. Le sue politiche e ciò che ne deriva rientrano tranquillamente nell'ambito delle punizioni collettive che il nostro popolo deve affrontare in quanto palestinese ed appartenente a questa terra, la Palestina.

Risulta alquanto difficile esaurire in un unico elenco le svariate e molteplici forme di punizioni collettive che l'Occupazione e i suoi coloni esercitano nei confronti dei palestinesi. La presenza stessa dell'Occupazione – storicamente una delle più lunghe in epoca contemporanea – l'assedio alla Striscia di Gaza, l'esproprio delle terre, il sequestro del bestiame e dei macchinari agricoli, gli insediamenti, il furto dell'acqua, i tagli al rifornimento dell'energia elettrica, le chiusure e i coprifuochi, la mancata concessione dei permessi di lavoro e per l'edilizia, la demolizione delle abitazioni e delle installazioni, lo sradicamento degli alberi e il danneggiamento dei raccolti (spesso dati alle fiamme), la negazione della libera circolazione e del diritto di culto, le invasioni e le ripetute incursioni, il Muro e i posti di blocco, gli arresti, il ritiro delle carte di identità e la revoca della residenza, la mancata concessione del ricongiungimento familiare, la deportazione e i trasferimenti forzati, il sequestro dei dazi doganali e delle merci, la mancata consegna della corrispondenza, la detenzione dei corpi dei martiri... sono delle pratiche che colpiscono l'intera popolazione, anziani, donne e bambini compresi. Queste politiche creano uno stato di incertezza e di insicurezza. Incidono profondamente sulle possibilità di sviluppo della società palestinese (Hassanein, 2015, p. 6) limitando le ambizioni e le possibilità di realizzazione di ciascun individuo.

Siamo di fronte a misure vendicative meschine che mirano, non solamente a dominare il popolo palestinese e le sue risorse e potenzialità, ma

anche a soggiogarlo e umiliarlo. Oltre allo stato di assedio militare, economico e psicologico con le conseguenti condizioni di povertà e di fame, i cittadini palestinesi, infatti, si trovano costretti a far fronte ad un'altra misura, non visibile, portata avanti in maniera deliberata dai soldati dell'Occupazione a scapito dei loro diritti: l'umiliazione in tutte le sue forme. Così per molti palestinesi, padri e madri di famiglia il cui unico intento è quello di provvedere al sostentamento di se stesso e della propria famiglia, si trovano a dover affrontare quotidianamente un trattamento degradante e una condizione avvilente. Gradualmente molti palestinesi non saranno più i soggetti che tentano di migliorare la propria situazione socio-economica perché la semplice sopravvivenza diventerà il massimo delle loro aspirazioni. In altre parole, le loro azioni regrediscono «Diventando primitive, non equilibrate e prive di alcun spazio per la ragione» (Surour, 2002, pagina 31). Le punizioni collettive mirano a distruggere il sé e l'essere palestinese, quale entità attiva, per trascinarla in una situazione di vulnerabilità, di «impotenza appresa/acquisita» *Learned Helplessness* come descritta da Martin Seligman. Si tratta del comportamento esibito da un soggetto dopo aver sopportato ripetuti stimoli avversi al di fuori del suo controllo (Martin Seligman, 1975).

Il cittadino palestinese qualunque, che fa il proprio possibile per raggiungere una certa destinazione, per esempio, il luogo di lavoro, ben presto scopre che i suoi sforzi risultano del tutto inu-

tili. Il soldato di turno che quella mattina decide di chiudere «il cancello del villaggio», la strada che conduce alla città vicina risulta interrotta con cumuli di terra, un checkpoint 'volante' eretto improvvisamente... rendono pressoché impossibile pianificare anche il più semplice gesto quotidiano. Il presentimento che le cose non possono che peggiorare diventa dominante. Il singolo avverte di non essere più in grado di gestire le proprie sorti e, la cosa ancor più grave, di non poter intervenire in alcun modo. Il rifiuto di questo stato, e la conseguente spinta a non rassegnarsi, potrebbe essere una delle ragioni, se non la ragione, dietro all'ultima fiammata dei giovani palestinesi.

Nello specifico della situazione palestinese, «l'impotenza appresa/acquisita» insorge quando «Il cittadino avverte di non possedere le potenzialità interne e le forze per cambiare le proprie condizioni. Subentra uno stato di impotenza che si manifesta con: 1 – un calo delle motivazioni, 2 – una spiccata vulnerabilità, 3 – la perdita della speranza, 4 – la tendenza al suicidio» (Al-Nashashibi e Giahgiuh, 2000, pagina 13). Le politiche propagandistiche, repressive, vendicative e annichilenti adottate dall'Occupazione coloniale agiscono sulla quotidianità del palestinese con l'intento di *deumanizzarlo e umiliarlo*. Distruggendo la sua personalità e inculcando in lui il senso di inferiorità, risulta più facile imporre il proprio dominio (fonte appena citata, pagina 13). I posti di blocco, i checkpoint e le lunghe file di attesa documentano come l'Occupazione, con le sue politiche punitive collettive (tal-

volta anche con le semplici minacce di applicarle), spingono il palestinese a diventare il controllore di se stesso e degli altri, del proprio comportamento e di quello altrui. Le pressioni psicologiche, la situazione di tensione e le lunghe ore di attesa davanti ai posti di blocco e ai checkpoint dell'Occupazione spesso spingono alcuni ad agire da 'controllore e/o oppressore'. Invece di indirizzare la propria rabbia verso il vero responsabile del loro ritardo, il militare dell'Occupazione e la sua presenza, l'oppressione sfocia nei confronti dell'altro palestinese con l'accusa di aver esibito in ritardo il suo permesso e/o carta d'identità oppure di essersi messo a discutere col militare occupante.

D'altronde, diventare il controllore di se stesso, è uno degli obiettivi delle pentagonali torri di sorveglianza (Panopticon) (Foucault, 1970) dei posti di blocco e delle carceri, disseminati ovunque nei territori palestinesi. Il cittadino, apertamente esposto a chi lo deve vigilare, nell'incertezza assoluta che dentro quelle torri ci sia qualcuno, si vede costretto a controllare e ad adeguare il proprio comportamento.

L'esperienza dei genitori con i figli agli arresti domiciliari è un altro esempio di auto-sorveglianza. L'Occupazione fa ampiamente ricorso a questa forma di dominio e di controllo soprattutto nel distretto di Gerusalemme. I genitori, pur di non ri-vedere i propri figli nelle prigioni e di non pagare delle multe esorbitanti, diventano essi stessi i loro carcerieri. Le madri, firmando i relativi documenti, a loro malgrado devono sorvegliare i propri figli. È diventata emblematica la storia di una

gerosolimitana che, di fronte al figlio adolescente agli arresti domiciliari ma deciso ad uscire di casa, nonostante la presenza in zona di agenti israeliani travestiti da arabi, ha perso il controllo e ha picchiato ripetutamente il figlio fino alla sua caduta esanime a terra. Rendendosi conto dell'accaduto, la donna è crollata e, sentendosi in colpa, ha cominciato ad infliggersi dei colpi piuttosto pesanti (Aweidah in Hassanein, 2015, pagina 4). I genitori, ma più frequentemente le madri, si trovano ad agire da controllori/sorveglianti/carcerieri nei confronti dei figli e non solamente quando quest'ultimi, perlopiù adolescenti, sono agli arresti domiciliari. «Le semplici preoccupazioni che i militari possano far loro del male, come pure che si trovino coinvolti in certe situazioni politiche col rischio di diventare ricercati, spingono molti genitori a vietare ai figli addirittura di uscire di casa. Questo eccesso di vigilanza, oltre a diventare fonte di tensioni in famiglia, potrebbe compromettere un sano sviluppo dell'adolescente» (Españoly e Aweidah, 2007, pagina 39). Una madre mi ha confessato «Non li faccio uscire di casa e penso io a tutto» (fonte appena citata). L'appena descritto meccanismo di auto-sorveglianza, la paura e le preoccupazioni delle madri hanno delle conseguenze piuttosto negative su uno sviluppo psicologico sano dei bambini. «Incoraggiare lo spirito di iniziativa del bambino e garantirgli la possibilità di muoversi e di giocare, sono di fondamentale importanza per sostenerlo nello sviluppo e aiutarlo ad elaborare la propria identità» (op. cit., pagine 38-39). Tale con-

testo psicologico/sociale non può assolutamente essere garantito laddove vige una situazione connotata da una forte auto-sorveglianza.

Demolire le case e bruciare gli alberi non sono i veri obiettivi delle punizioni collettive. Si vuol abbattere e distruggere la persona. Si vuole annientare il sé e l'essere palestinese, quale entità attiva, per trascinarla in una situazione di vulnerabilità e di passività priva di obiettivi. La Psicologia Esistenziale sottolinea che «L'individuo non può sentirsi a proprio agio e portare avanti la sua quotidianità se non trova il senso e gli obiettivi della propria esistenza» (fonte appena citata, pagina 22). Il vero scopo delle punizioni collettive è quello di distruggere 'la rete di sicurezza' del palestinese quale colonna portante della sua solidità psicologica e del suo *sumud*¹.

Il sequestro delle salme e le sue conseguenze psicologiche sui familiari dei martiri

Fra 'la tomba aperta' e 'la perdita ambigua'

'Il sequestro delle salme', 'l'arresto amministrativo dei corpi' oppure 'il congelamento della morte', oltre ad essere una misura punitiva collettiva contro i familiari dei martiri, secondo la ricercatrice Suhad Daher-Nashef (2016) è anche una penitenza da fare espiare allo stesso corpo del martire. Occorre recluderlo e umiliarlo perché ha osato ribellarsi e ha

rifiutato di arrendersi alla realtà imposta. Questo concetto risulta ben elaborato dal ricercatore Khaled Odetallah (2015). Le misure punitive collettive provocano delle terribili ripercussioni psicologiche e uno stato di sofferenza continuo che sono difficili da descrivere. Il mio è solamente un semplice tentativo per delineare e tratteggiare questo dolore e queste conseguenze. Non esagero quando riferisco che si tratta di una sofferenza senza fine e pressoché impossibile da rappresentare. Basta soffermarsi un attimo sul seguente paradosso a me raccontato dalla signora Azhar Abu Srouf, la madre del martire Abed al-Hamid Abu Srouf 'Poter seppellire mio figlio è il mio unico desiderio'. Quante mamme in questo universo esprimono un tale desiderio. È il suo desiderio, il desiderio di una donna che durante la sua infanzia ha già vissuto una analoga esperienza di perdita, quando suo padre è caduto martire a Beirut durante un bombardamento da parte dell'aeronautica israeliana. Per sette giorni è rimasto sotto le macerie. Sua madre aveva rifiutato di accettare le condoglianze fino a quando non ha ricevuto la salma del marito e seppellito nel cimitero dei martiri. Da allora, e in coincidenza di tutte le feste, l'intera famiglia si reca al cimitero per pregare alla sua anima.

Il fratello del martire Misbah Abu Sbeih riferisce che il desiderio di suo padre è di poter seppellire il figlio aggiungendo che anche se di solito sono i figli

¹ *Sumud*: la perseveranza, la resilienza, la resistenza, una avanzata capacità di sviluppo mentale di fronte alle avversità e spinta all'azione (nota del traduttore).

a seppellire i genitori. Cinicamente commenta «Ma dove siamo arrivati noi palestinesi? Il nostro sogno oggi è diventato quello di poter seppellire i nostri figli». Nel corso di un colloquio, il padre del martire Bahaa Eliyan mi ha ripetuto quanto aveva già scritto «Sono nato nel giorno in cui ho seppellito il Bahaa» (in arabo, Bahaa vuol dire bellezza. n.d.t.). Il suo modo per evidenziare e raccontare che è tornato a vivere il giorno in cui ha seppellito in pace le spoglie di suo figlio caduto martire. Il padre del martire Hasan Munasra invece ricorre ad un altro paradosso per esprimere il proprio stato 'Il desiderio e la premura di seppellire un figlio sono del tutto identici a quando attendi la nascita di un figlio'! La madre di un altro martire parla di un pensiero ossessivo sempre presente «ti addormenti con la paura e l'angoscia di svegliarti all'alba e trovare tuo figlio ammucchiato dentro un sacco nero gettato davanti a casa».

Una mia collega di Gerusalemme, già con alcuni interventi su diversi nuclei familiari alle spalle, mi ha raccontato di un bambino che allora frequentava la prima elementare e che rifiutava di andare a scuola e di allontanarsi da casa. Viveva nel terrore che durante la sua assenza venisse restituito il corpo di suo padre caduto martire e di non poterlo salutare! Il ritorno del bambino a scuola significa il ritorno alla normale quotidianità. La perdita del papà e non poterlo salutare impediscono di elaborare il lutto e di chiudere il cerchio del dolore.

Il fratello del martire Misbah Abu Sbeih racconta lo stato di sofferenza senza fine che ha colpito la sua famiglia «Prima di tutto, ad oggi non abbiamo alcun

certificato di decesso. Questo ha comportato una serie di problemi per l'intero nucleo. Un suo figlio non ha potuto farsi rilasciare la carta d'identità in quanto gli uffici del Ministero degli Interni (israeliano n.d.t.) hanno chiesto che venisse accompagnato dal padre. Una volta comunicato che è morto, hanno preteso il certificato di decesso che sono loro stessi a dover rilasciare! Intanto, continuano a tener sotto sequestro il suo corpo... La mancata emissione del certificato di decesso è una misura punitiva anche contro sua moglie in quanto non può dichiarare di essere diventata vedova e quindi non può esigere i propri diritti. Le misure punitive non finiscono qui. La casa, tra l'altro in affitto, dove risiedeva l'intero nucleo è stata sigillata. I suoi figli, a turno, sono stati più volte arrestati: una situazione che ha reso impossibile a quello maggiore di proseguire i suoi studi universitari. Una figlia è stata reclusa per una settimana. Tutti i familiari vengono continuamente convocati per essere interrogati compreso il padre ultraottantenne. Il giorno in cui un'altra figlia celebrava il suo matrimonio, l'esercito ha prelevato il neomarito che attualmente si trova in carcere in detenzione amministrativa».

Lo stato di incertezza circa il martirio del figlio è senza dubbio la sofferenza maggiore dei familiari che si scontra con l'ostinazione delle Autorità dell'Occupazione a non fornire alcuna prova del suo decesso. La famiglia si trova a vivere nella totale ambiguità in preda alle preoccupazioni sulle sorti del proprio figlio martire, ma anche ai pensieri ossessivi sul destino della sua salma nelle celle frigorifere o del furto dei suoi organi interni.

Una sofferenza senza fine

Fino a che la tomba/ferita rimane aperta, questa sofferenza non può avere fine. I familiari del martire non possono chiudere il cerchio del lutto e del dolore, ma neanche vivere il loro supplizio nella sua completezza. La loro vita rimane sospesa, congelata, fredda e in preda all'ansia e alle preoccupazioni. Il padre del martire Abd al-Hamid Abu Srouf definisce la propria esperienza come «Una sofferenza senza fine». Il padre del martire Bahaa Eliyan, nel corso di un'intervista ad un giornalista dell'agenzia Watan lil Anbaa del 01/07/2019, la qualifica come 'Assassina'. E aggiunge «In quel periodo, non ci siamo mai fermati... neanche per un attimo. I nostri sonni erano sempre in preda ai pianti e agli incubi. Dovevamo sempre apparire forti, ma in realtà soffrivamo... Il primo momento di quiete e di tranquillità l'abbiamo avuto quando abbiamo seppellito Bahaa. Da allora abbiamo un indirizzo dove andare a trovarlo». Nel corso della sua intervista con me si è soffermato molto nella descrizione della sofferenza e del dolore, ma non ha mai accennato alla tristezza «I familiari non hanno tempo/spazio per la tristezza e per il lutto. La loro unica preoccupazione è quella di recuperare il corpo del loro martire». Lo stesso concetto mi è stato ribadito da altri familiari, come il padre del martire Hasan Munasra, «Il sequestro del corpo – e quindi occuparsene, seguendolo e dedicandosi ad esso – senza dubbio aiuta a superare la fase della perdita». Quanto segue è il racconto dell'esperienza di una collega con la famiglia di un martire il cui corpo

è stato sequestrato dalle autorità «Quando la famiglia è venuta a sapere del martirio del padre/marito, non era affatto pronta e nemmeno nelle condizioni per affrontare la perdita, il martirio e neanche il sequestro del corpo. I giovani, improvvisamente caricati di responsabilità, si sono trovati fra due fuochi; dover proteggere e difendere la propria abitazione per impedire l'imminente sua demolizione da una parte, e recuperare il corpo sequestrato dall'altra». La moglie, terrorizzata dall'idea di vedere la casa demolita e preoccupata per i figli, sicuri bersagli di futuri e ripetuti aggressioni e arresti con le immaginabili conseguenze sui loro percorsi di studio, aveva detto «Ora, non ho tempo per la tristezza. Ci sono tante faccende che mi preoccupano e che devo sbrigare. E poi, ci sono le spoglie di mio marito».

Tutti i familiari dei martiri non sono mai pronti e preparati per ricevere la notizia del martirio del loro congiunto e meno ancora del sequestro del suo corpo. Un padre, improvvisamente, diventa 'il padre del martire'. Prima ancora di riprendersi dalla notizia del martirio di suo figlio, un'informazione magari inizialmente da lui negata e considerata non vera, si trova coinvolto nell'arduo compito di recuperare il suo corpo. Privato di qualsivoglia preparazione e conoscenza e senza alcuna guida, la sua esistenza viene stravolta. Incurante di tutti gli altri aspetti della vita, il genitore entra in uno stato di emergenza dove l'unico suo obiettivo diventa il recupero del corpo del figlio martire, ancora recluso dalle Autorità dell'Occupazione. Non è infrequente che la famiglia del martire, in preda a questo

‘stato di shock/evento impetuoso’, rifiuti l’aiuto e il sostegno psicologico da parte di professionisti specializzati. Spesso, sono le condizioni contingenti a determinare il comportamento e l’atteggiamento della famiglia al di là della propria consapevolezza di aver bisogno di aiuto.

Questo stato di emergenza, secondo la Psicologia Narrativa, può essere considerato come una crisi che colpisce il singolo e/o la collettività che si vedono costretti ad abbandonare, per un periodo, il proprio vissuto e adottare una narrazione diversa. Uno stato di costrizione al cambiamento senza la dovuta preparazione e al di là della propria volontà. Questo stato di emergenza può essere quindi definito come una situazione forzata, dove la coercizione agisce da minaccia psicologica creando uno stato confusionale e la perdita dell’equilibrio (Krim, 2007, pagina 17). Il padre del martire Hasan Munasra distingue questo stato di emergenza e il brusco obbligo a entrare a far parte delle storie dei familiari dei martiri i cui corpi sono sotto sequestro, da una sua precedente esperienza con la perdita quando suo figlio di un anno morì nel corso di un incidente stradale. Racconta «Qui, oltre al colpo improvviso, c’è il sequestro del corpo. Tutta la nostra vita è stata travolta. Col sequestro della salma, tutto è cambiato: il lavoro, gli amici e le preoccupazioni. Tutto è rimasto sospeso. Hasan è diventato la mia prima priorità. Glielo dovevo. Con quel che sono riuscito a realizzare alla fine, recuperare il suo corpo dopo sette mesi fra il sequestro e le celle frigorifere, mi

sono sentito meglio. Tuttavia, rimane quel senso di soffocamento e di rammarico per tutti coloro che erano con noi (e che sono tuttora sospesi)».

Occorre sottolineare che questo ‘senso di soffocamento e di rammarico’ non avviene per caso, ma è il frutto di relazioni che si creano fra i familiari dei martiri. Il padre di Bahaa Eliyan riferisce che sono diventati «Un’unica famiglia, allargata, forte e unita dal dolore, dalla sofferenza e dal lavoro collettivo. Tutti erano attenti alle esigenze di ciascuno. Incontrarci, sostenendoci reciprocamente ci dava grande sollievo». Lo stesso concetto viene confermato anche da altri familiari. Il fratello di Misbah Abu Sbeih ribadisce che, in assenza di un adeguato supporto popolare, ufficiale e istituzionale, il sostegno delle famiglie che hanno passato analoghe esperienze è stato per lui di fondamentale importanza. Sono state numerose, infatti, le famiglie che si sono espresse chiaramente di non trovare alcun senso a frequentare chi non fa parte del cerchio dei familiari dei martiri, neanche i loro parenti. Trovarsi con loro a discutere quanto concerne la detenzione dei propri figli, come pure incontrare i familiari dei martiri, è stata, ed è tuttora, la loro unica fonte di sollievo e di relativa tranquillità. La mia intervista alla famiglia Abu Srouf è durata per più di tre ore consecutive. Nessuno di noi si era accorto del tempo trascorso così velocemente. La stessa cosa mi è capitata con il padre di Eliyan che, dopo due ore di intervista, ha voluto sottolineare che per lui è stato alquanto inusuale stare per così tanto tempo con chi non è un familiare di un martire.

Il mutuo aiuto

Il mutuo aiuto fra le famiglie dei martiri i cui corpi sono sotto sequestro continua ad essere la loro fonte di forza più importante. Tale sostegno diventa una necessità imperiosa quando arriva il momento di ricevere la salma congelata del martire. Coloro che hanno vissuto questa esperienza conoscono bene tutte le procedure ad essa collegate, come pure gli eventi che da quel momento si susseguono; le condizioni della salma, la madre che vuol potersi appiattare col figlio per parlargli e sussurrargli in intimità i propri pensieri, i genitori e i parenti stretti che premono per salutarlo e dargli un bacio sulla fronte... Sono dei riti, dei momenti di grande importanza e significato per i familiari. Lo sa bene il padre del piccolo martire Muotaz Owissat. Di fronte al corpo fortemente deturpato del figlio, ai genitori non è stato consentito di vederlo, e quindi non lo hanno potuto salutare prima della sepoltura. A distanza di quattro anni, tutte le volte che incontra il padre del martire Bahaa Eliyan, non fa che ripetere «Beato te, hai potuto baciare Bahaa».

I familiari dei martiri, colpiti dalla tragedia e diventati improvvisamente 'la famiglia di un Martire', si affacciano impreparati ad un mondo a loro sconosciuto. In questa fase, il supporto e il mutuo aiuto da parte di chi ha già vissuto questa esperienza risulta una delle forme di sostegno psicologico più importanti. Ricalca perfettamente l'esperienza palestinese del Centro Studi delle Donne nota come 'da Donna in Lutto a Donna in Lutto' (Españoli e Aweidah, 2007 – Hassanein, 2010, 2014).

Le diverse morti

La perdita: una perdita sospesa, incompleta, congelata oppure rimandata. Una perdita dietro l'altra con dei traumi che via via si susseguono. Il martirio non è altro che la prima perdita. Subito dopo subentrano il sequestro del corpo, la perdita della possibilità di salutarlo, la perdita dei familiari presi dall'impegno di recuperare le spoglie, la perdita della casa con tutti i ricordi ad essa legati, la perdita della residenza e quindi della casa, la perdita di altri parenti ripetutamente convocati per essere interrogati e/o arrestati nei centri di detenzione dell'Occupazione, come è capitato al fratello del martire Hasan Munasra, ai figli e alla figlia del martire Misbah Abu Sbeih e al genero di un martire posto agli arresti amministrativi proprio il giorno del suo matrimonio...

I familiari riferiscono che questo tipo di perdita – la perdita politica, sospesa, prolungata, posticipata e incompleta – risulta molto faticosa e dolorosa per l'eccessivo peso della 'bara vuota' che devono portare sulle spalle. Una situazione ben diversa dai tempi della Prima Intifada quando le bare, seppur vuote, venivano trasportate sulle spalle dei dimostranti per le strade delle città, dei villaggi e dei campi profughi palestinesi per celebrare, sebbene in maniera simbolica, il rito dei funerali. Lo stato di perdita che vivono i familiari dei martiri è assai diverso dalla perdita che avviene di solito in seguito ad una morte naturale. Qui manca la certezza della morte. I familiari, come da loro ripetutamente sottolineato, non ricevono alcun documento uffii-

ziale che attesti il decesso, anche perché le Autorità dell'Occupazione non rilasciano nessun certificato. Ai familiari viene, in molti casi, negata la possibilità di poter riconoscere i corpi dei loro figli al momento del martirio (fatta eccezione del piccolo martire Hasan Munasra) oppure mentre sono reclusi nelle celle frigorifere. Risulta perfino assolutamente vietata la possibilità di effettuare il test del DNA. Il racconto della madre del martire Abed al-Hamid Abu Srouf è abbastanza significativo. Nel corso di un'irruzione dell'esercito a casa loro, un militare si rivolse a lei dicendo «Non è giunto ancora il momento per celebrare i funerali». Lei gli rispose «I funerali di chi?». Con un tono arrogante, lui replicò «Tuo figlio Abed al-Hamid!». Lei, come qualsiasi altra madre di un martire, reagì dicendo «Ho ancora l'1% di possibilità che mio figlio sia ancora vivo». L'impossibilità di vedere la salma non fa che accentuare l'ansia e l'apprensione dei familiari circa la possibilità che il loro figlio possa essere stato giustiziato, a sangue freddo, dopo averlo rapito già ferito. I sospetti vengono ulteriormente alimentati dal divieto di poter condurre l'autopsia una volta ricevute le spoglie, come pure dalle varie esecuzioni in piazza che tutti noi vediamo continuamente sugli schermi televisivi, come è avvenuto con i due piccoli martiri Nasim Abu Rumi e Hasan Munasra.

Le preoccupazioni dei familiari circa le sorti della salma contribuiscono a rendere questa morte diversa dalle altre. Inseguiti da una serie di ossessioni apparentemente illogiche e irrazionali, cominciano a porsi delle domande inimmaginabili «Si troverà

in una cella frigorifera. Ma avrà caldo o freddo? Che colore avrà? Cosa posso fare per alleviare le sue sofferenze?». La madre del martire Bahaa, terrorizzata, ha addirittura cominciato a evitare di avvicinarsi al frigorifero di casa e tirare fuori dal congelatore un pezzo di carne surgelata «Ma mio figlio sarà diventato come questa?». Non occorre dimenticare, inoltre, l'angoscia dei familiari circa eventuali manomissioni del corpo e sottrazione degli organi; angosce tra l'altro alimentate dal comportamento dell'occupante stesso e dalle condizioni imposte per la consegna del corpo e per le procedure del funerale. Risulta in pratica quasi impossibile negare o confermare tali eventualità (Eliyan, 2018). Diversi studi e indizi suggeriscono che in realtà l'Occupazione ha più volte sottratto gli organi ai cadaveri dei martiri (Odetallah, 2016 e Eliyan, 2018). A tal proposito, durante l'incontro con la famiglia del piccolo martire Nasim, un suo cugino aveva espresso chiaramente le proprie preoccupazioni sulla possibilità che le autorità abbiano sottratto alcuni organi dal corpo del martire. Disse: «Nasim era un bambino, quindi godeva di ottime condizioni di salute. Come faccio a credere che non abbiano rubato i suoi organi?».

Questa morte è ben diversa da tutte le altre anche per le sue ripercussioni sociali sulla famiglia. Praticamente si tratta di uno stato di lutto permanente con l'impossibilità di poter condurre una quotidianità naturale, quella che aveva prima del martirio. Nessuno della famiglia può partecipare ad un funerale senza pensare al proprio martire ancora recluso. Le feste

non possono essere per loro fonte di gioia fintantoché lui continui a trovarsi in una cella frigorifera. Così, la maggior parte delle madri si trova tagliata fuori dagli eventi sociali. Una madre, residente a Gerusalemme, descrive questo stato di perdita dicendo «Viviamo in uno stato di morte clinica» (Omar, 2017, pagina 80). Nella nostra società, le tradizioni vogliono che in caso di morte normale, la casa del defunto venga aperta per tre giorni consecutivi per ricevere le condoglianze di parenti, amici e conoscenti. Poi finisce tutto. Qui invece, la morte è sospesa. La famiglia non sa decidere se aprire la casa per ricevere le condoglianze e neanche per quanti giorni. Per esempio, a distanza di diciassette giorni dal martirio di Nasim Abu Rumi, mi ero recato in visita dalla famiglia e la casa era ancora aperta per ricevere le condoglianze. In queste circostanze, le madri vivono in uno stato di lutto permanente anche se non indossano più i tradizionali vestiti neri. Niente le rallegra. Per poter affrontare il mondo, tutte le mattine e prima di uscire da casa, i familiari dei martiri indossano una maschera che però, abbastanza frequentemente, si rivela soffocante. Il padre della martire Maram Hassunah descrive così la sua esperienza «Il sequestro della sua salma è stato molto doloroso per noi. Non vivevamo. Per tutto il tempo che era reclusa, non avevamo alcuna vita» (Daraghmah, 2016, pagina 37).

Questa morte è ben diversa da tutte le altre anche per il valore e il significato della tomba. Nel nostro caso subentra una netta contrapposizione fra la 'tomba aperta' e quella 'normale'. A quest'ultima si recano di solito i familiari per pregare l'anima del

defunto e per rievocarlo. La famiglia del martire Abed al-Hamid Abu Srouf ha già preparato la tomba, ma è a tutt'oggi aperta. I familiari sono ancora in attesa della liberazione della salma. Sua madre, nei suoi momenti più critici, cerca di trovare sollievo andando al cimitero, anche se la semplice scena della tomba ancora aperta non fa che peggiorare la situazione. Deve ancora adempiere ad un dovere nei confronti di suo figlio: recuperare il corpo e chiudere la tomba. Azhar Abu Srouf mi ha riportato quanto le è stato detto a tal proposito da una madre di un martire «Beata te, potrai di nuovo accogliere e abbracciare tuo figlio». La sua risposta è stata «Invece sei tu la beata. Almeno hai una tomba dove andare a fargli visita». Invece, il commento della madre del martire Basel al-Araj è stato «Ti capisco. Hanno tenuto sotto sequestro mio figlio per nove giorni. Sono stati giorni infernali. Ho trovato sollievo solamente quando ho potuto seppellirlo». Sumud, la sorella del piccolo martire Nasim Abu Rumi che frequenta la prima media, ad una mia domanda ha risposto con parole molto semplici «Cosa dovrei raccontarti di Nasim? Sarebbero tante le cose e non mi basterebbe neanche un anno. Mi manca molto. Piango sempre, ma non davanti ai miei altrimenti anche mia madre si mette a piangere. La cosa più difficile da accettare è che Nasim non c'è più. Quando ci consegneranno la sua salma, andrò a trovarlo al cimitero almeno una volta al giorno e, davanti alla sua tomba, pregherò». E quando le ho detto «E pianteremo una rosa», lei ha risposto «Non una rosa, molte rose».

Una morte ben diversa da tutte le altre anche per le trattative che si intavolano con le Autorità dell'Occupazione per il rilascio della salma, con i suoi tempi lunghi e snervanti. La situazione viene definita da Eliyan come una 'Crisi psicologica vera e propria', e aggiunge che, durante le lunghissime trattative per recuperare il corpo del martire Bahaa, la famiglia ha avuto il tempo sufficiente per preparare altre quattro tombe. Con queste trattative, le Autorità dell'Occupazione intendono provocare i familiari e prendersi gioco del loro stato. Cominciano a porre le loro condizioni per impedire le cerimonie che possano in qualche modo onorare il martire e di eseguire qualsiasi esame autoptico e quindi svelare una eventuale sottrazione degli organi. Ad aggravare ulteriormente le sofferenze e il dolore dei familiari subentrano abbastanza frequentemente le condizioni della salma congelata che, oltre a impedire di salutare, abbracciare e dare l'ultimo bacio al martire come è consuetudine, rendono alquanto difficile persino la sepoltura. Per esempio, Munasra, il padre del piccolo martire Hasan, aveva rifiutato di ricevere la salma di suo figlio. Al contrario di quanto concordato con le autorità per un suo parziale scongelamento prima della consegna, il corpo era giunto come una massa di ghiaccio. Il loro vero obiettivo è spiegato da Taha Kattani, il padre della martire Ashrakat «Le condizioni poste dagli israeliani mirano a diffondere e a radicare fra la gente l'idea che il martire è privo di qualsiasi forma di dignità. Per questo motivo viene sepolto di notte, da solo e senza partecipanti». E aggiun-

ge «L'omaggio popolare, attraverso un funerale di massa più partecipato possibile, è la prerogativa più importante per un martire», (Daraghmah, 2016, pagina 38). L'Occupazione vuole appunto privare il martire e la sua famiglia di questo addio.

La perdita e la perdita ambigua

La letteratura riguardante *la perdita*, come la conosciamo nelle scienze sociali e psicologiche, non dà il dovuto spazio ai casi di 'tomba aperta' e di 'perdita sospesa e prolungata', soprattutto quando vengono trattate le varie fasi del lutto.

Alcuni suddividono il lutto in tre fasi o stadi:

1. la fase della negazione: no, non può essere vero,
2. la fase del dolore e della tristezza: provo angoscia,
3. la fase della riorganizzazione: è tempo di andare avanti con la mia vita (Patel, 2008).

Invece il modello Kübler-Ross lo suddivide in cinque fasi:

1. la fase della negazione: sto bene, non può essermi capitato,
2. la fase della rabbia: perché io? Come può essere capitato a me? Chi è il colpevole?
3. la fase della negoziazione: lasciami ancora vivere giusto per vedere i miei figli concludere i loro studi. Sono disposto a fare qualsiasi cosa pur di vivere ancora qualche anno. Sono disposto a regalare quel che mi rimane della vita se...
4. la fase della depressione: sono molto triste. Perché devo agitarmi per qualsiasi cosa? Ho perso colui che amo, perché dovrei andare avanti?
5. la fase dell'accettazione: andrà tutto bene. Non

posso resistere ma posso prepararmi e attrezzarmi in maniera più adeguata (Kübler-Ross, 1969, 2005).

Questi modelli con le loro varie fasi potrebbero descrivere molti casi di lutto con 'la tomba aperta': un lutto che può durare mesi ma anche anni. Risultano, però, alquanto incompleti in quanto non riflettono il senso totale di questa esperienza. In questi casi, siamo di fronte ad una 'perdita ambigua' (Boss, 1999). Una perdita incompleta e con caratteristiche non del tutto chiare. La perdita con 'la tomba aperta' può essere divisa in due tipi: il primo comprende le partenze senza addio, cioè quando viene dichiarata la morte di una persona oppure la sua perdita, senza però averne conferma con la presenza del corpo, come avviene durante le guerre, i rapimenti, le operazioni di pulizia etnica... (La Croce Rossa Internazionale, 2007). La persona fisicamente non c'è, ma a livello mentale e psicologico è talmente presente da prendere il sopravvento su tutti gli altri aspetti della vita. Qualche speranza, seppur minima, che la persona sia ancora viva, rimane sempre accesa (come è nel caso dei martiri i cui corpi sono reclusi). Il secondo tipo, invece, comprende i casi di addio senza partenza. Siamo di fronte a persone, presenti fisicamente, ma del tutto assenti a livello emotivo e psicologico (come i casi di Alzheimer, di dipendenze, di profonda depressione, di coloro che risultano totalmente occupati nel tentativo di recuperare la salma). Sono individui presenti fisicamente, ma del tutto disattenti a ciò che li circonda e che non si preoccupano e non interagiscono con chi hanno attorno (Boss & Yeats, 2014 – Boss, 2017).

Il primo tipo di perdita ambigua è ben presente ed in maniera molto chiara fra i familiari dei martiri le cui salme sono sotto sequestro. Mentre il corpo è assente, recluso nelle celle frigorifere dell'Occupazione, il martire è ben presente emotivamente e psicologicamente, dominando la scena. Ben presto subentra anche il secondo tipo. Improvvisamente, i familiari si trovano totalmente impegnati nel tentativo di recuperare la salma: diventa la loro priorità. Senza neanche rendersi conto si trovano completamente distaccati dal proprio contesto, dalle responsabilità e dalla quotidianità precedente. Visti da chi li assiste e cerca di prendersi cura di loro, risultano presenti fisicamente ma assenti emotivamente e psicologicamente. Il primo tipo di perdita ambigua rimane comunque quello dominante e quello che affligge la stragrande maggioranza dei familiari.

Non occorre sottovalutare l'importanza della necessità di seppellire il corpo. Il contesto culturale individua nella sepoltura l'unico modo per onorare il martire e il requisito indispensabile perché la sua anima possa riposare in pace. Vedere il corpo del martire facilita l'accettazione della perdita e il superamento della negazione. Il bisogno primario di dare l'addio, anche con una ultima sola parola, diventa più impellente e importante a seconda della relazione con il deceduto (Boss, 2002). Bowlby (Bowlby, 1969), l'accanito sostenitore della teoria 'la relazione e i modelli di attaccamento' sottolinea che è impossibile che un individuo possa entrare nella fase della separazione senza aver partecipato ai riti della commemorazione e ai funerali (Boss,

2002). Tutto questo avviene mentre la società comincia a perdere la pazienza e a pretendere dalla famiglia del martire di reagire e di andare avanti.

La letteratura vuole che i familiari, che riescono a superare questa fase di perdita ambigua, lo facciano abbracciando uno dei due seguenti pensieri: «La persona senza dubbio è morta. Sebbene io non riesca a riottenere il suo corpo, metaforicamente, è sempre presente con noi. Anche se la sua anima si è staccata effettivamente dal suo corpo assente, essa però potrebbe essere nelle sue immediate vicinanze», oppure «Devo andare avanti con la mia vita, devo ricomporre la famiglia ridistribuendo i ruoli per coprire la sua assenza. Rimango, però, con la speranza di inciampare un giorno, per miracolo, nel suo cadavere e dargli l'addio». Quest'ultimo pensiero, senza dubbio, è il percorso ideale per legittimare l'inizio della guarigione e della cura della perdita, senza vivere il senso di colpa circa la perdita nella speranza di recuperare la salma e di svolgere le cerimonie di addio consone al defunto. Sono in molti a ritenere opportuno svolgere cerimonie commemorative e funerali simbolici per facilitare l'elaborazione della perdita da parte dei familiari (Fonte appena citata).

Le specificità della situazione palestinese

La situazione palestinese ha ovviamente diverse sue specificità. Innanzitutto, la salma non si troverebbe in un posto sconosciuto con altre centinaia di corpi ignoti, non è in fondo a qualche oceano, non è dispersa in un luogo oscuro e neanche nascosta in qualche cantina buia o seminterrato segreto. Il corpo

del martire è recluso, è posto sotto sequestro dallo Stato dell'Occupazione, in aperta violazione di tutte le leggi internazionali e convenzioni riconosciute e senza la minima considerazione della sua dignità e intimità in quanto morto. L'unico obiettivo è quello di umiliare e punire non solo il martire, ma anche i suoi familiari. Occorre tenere ben presente questa peculiarità prima di andare a proporre ai familiari di intraprendere e/o farsi propri i percorsi/concetti finora sviluppati: arrendersi all'idea che il recupero della salma è un compito assai arduo e cominciare a considerare la ridefinizione dei ruoli e dei confini della famiglia, come priorità rispetto ai tentativi di recuperare il corpo. I familiari si trovano in una situazione di sfida: una percezione che non può essere interpretata in maniera distorta. Senza dubbio, il recupero del corpo è una vittoria. Tanti altri sono riusciti a realizzarla. La famiglia si trova davanti ad una responsabilità e il recupero della salma diventa un dovere al quale non può sottrarsi. La sua mancata realizzazione spingerebbe la famiglia in una sconfitta totale e in preda ai sensi di colpa, in netto contrasto con i sentimenti di orgoglio e di esultanza che, assieme al dolore, accompagnano come di consueto le famiglie dei martiri.

A rendere ancora più particolare il caso palestinese della perdita, subentra la detenzione, da parte dell'Occupazione, dei corpi in celle frigorifere a temperature estremamente basse; una condizione che provoca ai corpi enormi deformazioni. Le complicazioni insorgono al momento della consegna, un momento da più parti ritenuto più difficile della

perdita stessa. Lo riferiscono i familiari che hanno vissuto l'esperienza di ricevere la salma ancora congelata, ma anche coloro che avevano posto come preconditione il suo previo scongelamento. In seguito a mesi e mesi di detenzione in celle frigorifere, a temperature che possono arrivare fino a -40 °C, il corpo subisce molte deformazioni. Il suo profilo e i suoi lineamenti cambiano, e diventa una massa di gelo. Ai familiari diventa spesso difficile salutarlo e dargli l'addio come vorrebbero, per esempio con un bacio sulla guancia. Abbastanza frequentemente la situazione del corpo rende alquanto difficoltosa anche la sua sistemazione nella tomba per il suo eccessivo peso oppure per la rigidità degli arti. Varie testimonianze parlano dello stato di rabbia e di paura che accompagnano i familiari al momento di ricevimento della salma, di corpi caduti per terra per frammentarsi come delle schegge di vetro, e addirittura della mano di un martire del campo profughi di Qalandia staccata e caduta per terra quando tentavano di sistemarlo nella tomba. Alcuni familiari preferiscono attendere due giorni prima della sepoltura, altri tentano di sciogliere il ghiaccio versando sul volto del martire dell'acqua calda per poter dargli il bacio dell'addio.

L'intervento psicologico

Vista la particolar delicatezza della situazione, ad essere concreti, risulta alquanto difficile che la famiglia possa trarre qualche beneficio da qualsiasi intervento psicologico per superare le varie fasi della perdita, a meno che tale azione non sia stret-

tamente e chiaramente legata ai tentativi per recuperare il corpo. Deve essere altrettanto chiaro che tale successo non può che essere una tappa verso la vittoria circa la questione cruciale della reclusione delle salme. Solamente la lotta per impedire che altri, nel futuro, possano vivere questa amara esperienza, può dar loro senso a questa loro battaglia. Sarebbe un'altra vittoria contro coloro che vogliono umiliare loro e il loro defunto.

Qualsiasi intervento psicologico, senza dubbio, dovrebbe creare lo spazio dove ogni familiare possa raccontare liberamente il proprio vissuto circa questo grave evento, le previsioni e i desideri, nonché le emozioni e i sentimenti anche se risultano apparentemente in contraddizione. Tale spazio deve assicurare che è del tutto normale che i vari esponenti della famiglia possano avere immaginazioni, idee e emozioni diverse. Ci sarà chi crede che sia indispensabile recuperare la salma, e chi pensa che ciò possa anche non avvenire. Qualcuno sarà pieno di rabbia, qualcun'altro in preda al senso di impotenza, altri ancora saranno afflitti dal dolore e dall'umiliazione... sentimenti che possono coesistere, in toto o in parte, in ciascun familiare.

Ovviamente, fino a che la famiglia non riceve la salma del defunto, non può aver luogo alcun rito funebre. In questa situazione, si può cercare di lavorare per una soluzione intermedia. Come reazione ed espressione di sfida, rimandare la cerimonia e insistere sul diritto di avere indietro il corpo. Questa soluzione di compromesso potrebbe dare ai familiari lo spazio per esprimere il proprio dolore, parlare del-

la loro perdita e cominciare a discutere sulla redistribuzione dei ruoli all'interno del nucleo. Tale passo può risultare di grande importanza. Insistere di non aver ancora perso il congiunto, spingerebbe i familiari a congelare tutti i sentimenti, non solo quelli riguardanti la perdita, ma anche verso la vita stessa nella sua totalità. Senza dimenticare che la situazione potrebbe durare anche a lungo. Sarebbe senza dubbio auspicabile trovare un certo equilibrio fra ciò che si può fare per recuperare la salma e contemporaneamente per superare la crisi. Ai familiari può essere proposto un modello di intervento psicologico chiaro, che si basa su modelli psicologici noti, ma adattato alla specificità dell'esperienza dei familiari dei martiri i cui corpi sono reclusi.

Uno di questi modelli potrebbe essere il modello di perdita a doppio binario, *the Two-Track Model of Bereavement* (Rubin, 1981). Si tratta di un modello teorico, secondo il quale, la perdita può essere definita come un'esperienza a due binari, separati ma complementari. Da una parte c'è l'effetto della perdita sulle prestazioni generali di chi l'ha subita, e dall'altra la riorganizzazione della relazione col defunto. Il primo binario di questo modello guarda alla perdita come un evento non ordinario, con conseguenze fisiche, affettive e intellettuali, che possono incidere, con diverse modalità e gravità, su tutti gli aspetti della vita di chi l'ha subita. Il secondo binario invece, affronta la continuità della relazione col deceduto e l'elaborazione del 'concetto della morte' nella auto-narrazione di chi ha subito la perdita. In altre parole, il primo percorso tocca praticamente tutte le performance della perso-

na, a livello biologico, psicologico e sociale. Affronta i sentimenti quali la tristezza, la depressione e il senso di colpa, come pure i pensieri come l'inutilità della vita e il sentirsi incapace di lavorare, di studiare e di fare qualsivoglia sforzo quotidiano. Il secondo percorso invece, affronta la relazione inconfondibile che la persona continua ad avere col defunto, toccando il suo intimo. Riguarda i sentimenti, negativi e positivi, che nutre verso il defunto, le sue reazioni emotive, positive e negative, di fronte ai ricordi, quanto tali pensieri e ricordi occupano nel suo spazio mentale e se cerca di trattenere e contenere le proprie reazioni emotive per la perdita (Rubin, 1999).

Non occorre sottovalutare, inoltre, l'importanza del sostegno sociale che i familiari ricevono da coloro che hanno già vissuto analoghe esperienze. Tale sostegno può essere ulteriormente valorizzato con la formazione di gruppi di aiuto organizzati. Senza dubbio saranno più efficaci delle iniziative individuali e improvvisate.

Una delle responsabilità degli psicologi e dei sociologi palestinesi è quella di studiare questa esperienza con i dovuti approfondimenti, e proporre degli interventi fattibili e adatti alla specificità della situazione, con particolare attenzione ai suoi risvolti psicologici. Tali studi devono essere pubblicati sulle riviste scientifiche. Diffondere la nostra sincera narrazione circa le pratiche dell'occupazione israeliana, senza dubbio, è un sostegno al nostro popolo nella lotta per le sue giuste cause.

Infine, le conseguenze psicologiche della reclusione dei corpi dei martiri, quale misura punitiva collettiva, possono essere riassunte nell'elenco 'le fasi

del dolore', elaborato da un padre di un martire, e riportato dal padre del martire Bahaa Eliyan:

- giustiziano il martire, noi soffriamo,
- trattengono la sua salma, noi soffriamo molto,
- ci consegnano la salma, noi soffriamo moltissimo,
- ci rendono i suoi indumenti, un dolore indescrivibile.

‘Queste sono le fasi del lutto e le loro intensità. L'intervallo fra una fase e l'altra può essere più o meno lungo’.

La specificità del caso palestinese della ‘perdita ambigua’ risulta ben rappresentata da questo riassunto. Una specificità che necessita sicuramente una comprensione maggiore e uno studio più ampio e complessivo.

Bibliografia

- ABED AL-HAMID, MUHANNAD, *La doppia morte oppure la congiunzione con l'occupante nella morte*, in *Rivista degli Studi Palestinesi* 107 (2016) 45-54.
- ABU BAKER, KHAWLA, *Le donne, il conflitto armato e la perdita: la salute psichica delle donne palestinesi nei Territori Occupati*, Centro Studi delle Donne, Gerusalemme 2004.
- ABU GHOSH, HANAN, *Studi circa le conseguenze della demolizione delle case sui ruoli sociali e sulle relazioni di genere*. Lo staff di “Affari delle Donne”, Ramallah 2013.
- AL-NASHASHIBI RANA e GIAHGIUH KHALED, *La realtà politica, sociale ed economica e i suoi effetti sulla salute psichica dei giovani palestinesi*. Palestinian Counsling Center. Gerusalemme 2010.
- BOSS, P., *Ambiguous loss*. Cambridge 1999.
- BOSS, P., *Ambiguous loss: working with families of the missing*, in *The Lancet Supplement* 360 (2002) 39-40.
- BOSS, P. & YEATS, J., *Ambiguous loss: A complicated type of grief when loved ones disappear*, in *Bereavement Care* 33,2 (2012) 63-69.
- BOSS, P., *Families of the missing: Psychosocial effects and therapeutic approaches*, in *International Review of the Red Cross* 99,2 (2017) 519-534.
- BOWLBY, J., *Attachment and loss*, New York 1969.
- BROADHEAD, R. S. & RIST, R. C., *Gatekeepers and the Social Control of Social Research*, in *Social Problems* 23,3 (1976) 325-336.
- DAHER-NASHEF, SUHAD, *La detenzione amministrativa delle salme palestinesi: la sospensione e il congelamento della morte*, in *Rivista degli Studi Palestinesi* 107 (2016) 19-33.
- DARAGHMAH, MUHAMMAD, *La detenzione dei corpi; una politica israeliana feroce e fallimentare*, in *Rivista degli Studi Palestinesi* 107 (2016) 37-44.
- DAWABSHEH, 'IZZ AL-DIIN, *Le pressioni psicologiche e le strategie di resistenza dei familiari dei detenuti i cui corpi sono in detenzione presso le autorità dell'occupazione israeliana*. (Tesi di master non pubblicata). L'Università Aperta di Gerusalemme, Gerusalemme 2016.
- ELIYAN, MOHAMMAD, *Il sequestro dei corpi dei martiri visto della legge internazionale (il paradigma dei cimiteri dei numeri e delle celle frigorifere)*. (Tesi di master non pubblicata). L'Università di Gerusalemme, Gerusalemme 2018.
- ELIYAN, MOHAMMAD (a cura), *La bellezza rimane dentro e con noi. Al-ri'at lildirasat wa al-nashr wa giusur libnashr wa al-tawzi'*, Ramallah-Amman 2019.
- ESPANIOLY, HALAH, AWEIDAH, SAMA, *L'esperienza delle donne che hanno subito una perdita con il mutuo aiuto psicologico*, Centro Studi delle Donne, Gerusalemme 2007.
- FOUCAUT MICHEL, *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione*. Traduzione di 'Ali Mukallad. *Marcaz al-inma' al-kawmi*, Beirut 1990.
- FRIEDMAN S., CHISTEK M., *La personalità: teorie classiche e*

- nuove ricerche*, traduzione di Ahmad Rammu. *Al-munathama al-arabiyyeh liltargiama*, Beirut 2013.
- HASSANEIN S., *L'esperienza "Da Donna in Lutto a Donna in Lutto" quanto sostegno pianificato*, Centro Studi delle Donne, Gerusalemme 2010.
- HASSANEIN, S., *La donna palestinese e la perdita determinata dall'Occupazione. Uno studio svolto nella zona di Gerusalemme e nei distretti di Salfit e di al-Khalil (entrambi distretti si trovano in zona C)*, Centro Studi delle Donne, Gerusalemme 2015.
- KANAANEH, MOSLIH, NETLAND, MARIET, *Nell'intimo del sé in rivolta. Associazione Norvegia Palestina*, Nurdibas e l'Associazione Culturale al-Balad, Haifa 2003.
- KRIM, AUNI, *Prospettive: progetto degli interventi nelle situazioni di emergenza*, in *Rivista Hamsah* 7 (2007) 17-21.
- KÜBLER-ROSS E., *On Death and Dying*, New York 1969.
- KÜBLER-ROSS E., *On Grief and Grieving: Finding the Meaning of Grief Through the Five Stages of Loss*, New York 2005.
- ODETALLAH, KHALED, *Cosa rappresenta la reclusione dei corpi dei martiri?*, <https://www.bebelwad.com/ar/2018>.
- OMAR, IKRAM, *La donna palestinese fra il dolore della perdita e la sconfitta dell'occupazione*, in *Rivista Siyasat* 41 (2017) 76-86.
- PATEL V., *Salute psicologica per tutti, "Laddove non esiste lo psicologo"*. Prima stampa in lingua araba, Warshat al-Mawared al-'Arabiyyeh, Beirut 2008.
- RUBIN S., *A Two-track Model of Bereavement: Theory and research*, in *American Journal of Orthopsychiatry* 51,1 (1981) 101-109.
- RUBIN S.S., *The Two-track Model of Bereavement: Overview, retrospect and prospect*, in *Death Studies* 23,8 (1999) 681-714.
- SELIGMAN M.E.P., *Helplessness: On depression, development, and death*, San Francisco 1975.
- SROUR R., *La barriera di sicurezza e i suoi effetti psicologici*, Palestinian Counsling Center, Gerusalemme 2002.
- SROUR R., *Le conseguenze psicologiche della politica di demolizioni delle case sui bambini palestinesi e sulle loro famiglie*, Palestinian Counsling Center. Gerusalemme 2009.
- TAKATKAH 'I., *L'identificazione psicologica e sociale, secondo alcune variabili, fra le donne palestinesi della Cisgiordania che hanno dei familiari martiri i cui corpi sono reclusi nei cimiteri dei numeri*. (Tesi di master non pubblicata). L'Università di Gerusalemme. Gerusalemme 2021.
- Altre fonti*
- Il programma *"La difesa delle prigioniere e delle donne trattate nelle carceri israeliane". Come agire con le prigioniere dopo la loro liberazione*. Palestinian Counsling Center. Gerusalemme 2016.
- La campagna internazionale contro il ritiro del diritto di residenza dei palestinesi a Gerusalemme. La Coalizione per Gerusalemme. Gerusalemme 2015.
- La campagna nazionale per il recupero delle salme dei martiri, palestinesi e arabi, e la verità circa il destino degli scomparsi, Abbiamo un nome e abbiamo una patria. Centro per i Diritti Umani e per l'Assistenza Legale di Gerusalemme. Ramallah 2016.
- La Commissione Internazionale della Croce Rossa (2007). *Le persone scomparse, una tragedia dimenticata*. Ginevra: la Commissione Internazionale della Croce Rossa.
- Palestinian Counsling Center (2009). *La demolizione delle case: il trattamento delle conseguenze psicologiche della demolizione delle case sui bambini e sulle famiglie palestinesi*. Edito dal Centro Palestinese di Consulenza in collaborazione con le organizzazioni *Inkath al-tifl* e *al-Ta'awon*. Gerusalemme.
- L'Organizzazione Medici senza Frontiere, una punizione collettiva, <<https://ar.guide-humanitarian-law.org/content/article/5/qb-jm-uw/>>.
- International Review of the Red Cross. 99(2), pp. 519-534.
- Rubin, S. (1981). *A Two-track Model of Bereavement: Theory and research*. *American Journal of Orthopsychiatry*, 51(1), pp. 101-109.

Università degli Studi di Napoli Federico II
Cultura delle differenze. Diritto, conoscenza, formazione, 5

Il volume raccoglie le voci di un confronto ad ampio spettro sui diritti umani nel bacino del Mediterraneo e sulle attuali declinazioni della loro tutela in merito a migranti, donne, avvocati, detenute, richiedenti asilo.

Il dialogo che ne risulta è solo uno dei tanti possibili, ma svela risvolti talora inediti, sempre ricchi di suggestioni cariche di pathos, sul nostro presente e soprattutto sul nostro futuro.

ISBN 978-88-6887-112-3



9 788868 871123