

IL FORO ITALIANO

FONDATAO NELL'ANNO 1876 DA ENRICO SCIALOJA

GLI SPECIALI
3/2021

DIRITTO E IMMIGRAZIONE. UN QUADRO AGGIORNATO DELLE QUESTIONI PIÙ ATTUALI E RILEVANTI

a cura di

Giuseppe De Marzo e Francesco Parisi

con scritti di

Alessandra Alfieri, Silvio Bologna, Marco Borraccetti, Angelo Caputo,
Manuela Consito, Maria Cristina Contini, Daniela Culotta, Fabrizio Giuseppe del Rosso,
Martina Flamini, Annalisa Lucifora, Paola Maggio, Monica Mastrandrea, Andrea Merlo,
Nicoletta Minafra, Calogero Gaetano Paci, Letizia Palumbo, Francesco Parisi, Alessandra Pera,
Francesca Rosaria Plutino, Sara Rigazio, Alessandra Sciorba, Dario Sciuttieri,
Umberto Luigi Scotti, Licia Siracusa, Ornella Spataro, Massimo Starita


LaTribuna

Il Foro italiano®
marchio registrato della società editrice de Il Foro italiano

Fascicolo speciale n. 3/2021 della rivista Il Foro italiano

Finito di stampare nel mese di ottobre 2021 – SKA Grafica srls - Via Antoniucci snc - Città di Castello (PG)

Sono riservati per tutti i Paesi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (inclusi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica.

PRESENTAZIONE DEGLI AUTORI

I CURATORI

FRANCESCO PARISI

Professore associato di Diritto penale presso l'Università degli studi di Palermo, dove insegna legislazione antimafia: aspetti penalistici e *International and transnational criminal justice*. Fra le sue pubblicazioni, le monografie *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, 2010 e *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Giappichelli, 2018.

GIUSEPPE DE MARZO

Consigliere della Corte di cassazione dal 2012; coordinatore del settore penale de *Il Foro Italiano*; autore di numerose pubblicazioni e varie monografie.

GLI AUTORI

ALESSANDRA ALFIERI

Dottoressa di ricerca in Diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Bari e autrice di diverse pubblicazioni su varie tematiche del diritto processuale civile.

SILVIO BOLOGNA

Ricercatore di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo. Si occupa principalmente di diritto del lavoro e relazioni industriali comparati ed europei, con particolare riguardo al decentramento contrattuale, alla salute e sicurezza sul lavoro, ai diritti dei lavoratori migranti e alla dialettica commercio globale-Stato sociale.

MARCO BORRACCETTI

Professore associato di Diritto dell'unione europea presso il Dipartimento di Scienze politiche e sociali, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, ove insegna Diritto dell'unione europea e diritto dell'immigrazione. È co-direttore del Master in *Democracy and Human Rights in South East Europe* organizzato dalle Università di Bologna e Sarajevo.

ANGELO CAPUTO

Consigliere della Corte di cassazione, è autore di varie pubblicazioni in materia di diritto penale, procedura penale e ordinamento giudiziario e di due monografie: *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Giappichelli, 2006; *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

MANUELA CONSITO

Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, dove insegna Diritto dell'immigrazione da molti anni, è Coordinatore della Clinica legale *Human Rights and Migration Law* per il medesimo Dipartimento ed è responsabile della *Legal Consultancy Unit per la Jean Monnet Chair European Migration Studies*. Autrice di numerose pubblicazioni e di quattro monografie, tra cui: *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Jovene, 2016; *La cittadinanza e le sue forme*, Jovene, 2021.

MARIA CRISTINA CONTINI

Magistrato addetta all'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, già giudice del Tribunale di Milano sezione Immigrazione.

DANIELA CULOTTA

Magistrato ordinario in servizio presso la sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale di Torino, ha svolto in precedenza funzioni giudicanti presso il Tribunale di Ivrea. È stata cultore della materia di Diritto del lavoro presso l'Università degli studi di Milano e relatrice in vari corsi e convegni in materia tutelare e in diritto di famiglia.

FABRIZIO GIUSEPPE DEL ROSSO

Ricercatore di Diritto processuale civile presso l'Università degli studi di Bari, titolare dell'insegnamento Tecniche di risoluzione dei conflitti ambientali presso la stessa università, e abilitato alla seconda fascia. È autore del lavoro monografico *Unità della giurisdizione e prosecuzione del processo. Contributo allo studio della translatio iudicii*, nonché di numerose pubblicazioni in diritto processuale civile.

MARTINA FLAMINI

Magistrato ordinario del Tribunale di Milano; si occupa di tutela dei diritti fondamentali della persona (tutela del trattamento dei dati personali, della salute, della libertà di espressione) e di procedimenti in materia di riconoscimento della protezione internazionale.

ANNALISA LUCIFORA

Ricercatrice di Diritto penale presso l'Università di Catania. Dopo aver conseguito il dottorato internazionale di ricerca in Politiche penali europee, è stata per diversi anni assegnista di ricerca presso l'Università di Catania, dove ha collaborato a vari progetti di ricerca nazionali e internazionali.

PAOLA MAGGIO

Professore associato di diritto processuale penale presso l'Università di Palermo, dove insegna Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario nonché Processo penale e responsabilità degli enti. Fra le sue pubblicazioni, le monografie *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018; *Fattispecie indennitaria e danno da processo penale*, Giappichelli, 2017.

MONICA MASTRANDREA

Magistrato ordinario in servizio presso la sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale di Torino, ha svolto in precedenza funzioni giudicanti presso il Tribunale di Asti. Dottore di ricerca in Diritto ed economia dell'ambiente, ha collaborato con diverse riviste giuridiche e alla redazione di alcune opere collettanee ed è stata altresì relatrice in vari corsi e convegni in materia di diritto civile e fallimentare.

ANDREA MERLO

Avvocato e ricercatore di Diritto penale presso l'Università di Palermo. È autore di due monografie (*L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli 2019; *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato"*, Giappichelli, 2020) e di numerosi articoli su riviste scientifiche.

NICOLETTA MINAFRA

Dottoressa di ricerca in Diritto processuale civile presso l'Università degli studi del Sannio, abilitata alla seconda fascia, e professoressa a contratto di Diritto processuale civile presso la sede di Avezzano della facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Teramo. È autrice del lavoro monografico *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, nonché di diversi scritti su varie tematiche inerenti al settore.

CALOGERO GAETANO PACI

Procuratore della Repubblica aggiunto di Reggio Calabria. Si occupa di indagini e processi in materia di criminalità organizzata. Ha scritto articoli e saggi sul concorso esterno in associazione mafiosa, sulle misure di prevenzione e il contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata e sulla cooperazione giudiziaria internazionale, sul voto di scambio politico-mafioso, sull'ordinamento penitenziario.

LETIZIA PALUMBO

Assegnista di ricerca in Diritto privato comparato presso l'Università Ca' Foscari di Venezia. Ha insegnato i corsi di *Urban and Migration Policies, Human Rights and International Justice* e *Women's Rights* presso l'Università degli studi di Palermo. È stata inoltre consulente al Parlamento europeo sui temi dello sfruttamento e della tratta delle donne migranti impiegate in agricoltura.

ALESSANDRA PERA

Professoressa associata di Diritto comparato presso il Dipartimento di Scienze politiche e relazioni Internazionali dell'Università degli studi di Palermo ed insegna nei corsi di laurea triennale e magistrale in Sviluppo Economico, cooperazione internazionale e migrazioni.

FRANCESCA ROSARIA PLUTINO

Magistrato ordinario dal 2009. Attualmente giudice civile e componente della sezione specializzata in materia di immigrazione del Tribunale di Reggio Calabria, ha svolto in precedenza funzioni giudicanti nella materia tutelare e della protezione internazionale presso il Tribunale di Torino.

SARA RIGAZIO

Ricercatrice di diritto privato presso il dipartimento di Scienze politiche e delle relazioni internazionali dell'Università degli studi di Palermo.

ALESSANDRA SCIURBA

Ricercatrice in filosofia del diritto e docente presso l'Università degli studi di Palermo. *Project manager* al Consiglio d'Europa (Divisione Ricerca e sviluppo della coesione sociale) e consulente presso il Parlamento europeo (Commissione FEMM). Tra le sue pubblicazioni i libri *Campi di forza. Percorsi confinati di migranti in Europa*, Ombre corte, 2009; *La cura servile. La cura che serve*, Pacini, 2015; *Salvarsi insieme. Storia di una barca a vela sulla rotta dell'umanità*, Ponte alle grazie, 2010 e *Le parole dell'asilo: un diritto di confine*, Giappichelli, 2021.

DARIO SCIUTTERI

Dottore di ricerca presso l'Università degli studi di Catania, abilitato all'esercizio della professione forense.

UMBERTO LUIGI SCOTTI

Consigliere della Corte di cassazione dal 2016, dapprima alla V sezione penale e dal 2019 alla I sezione civile.

LICIA SIRACUSA

Professoressa associata di Diritto penale presso l'Università degli studi di Palermo ove insegna Diritto penale delle migrazioni e, presso la sede di Trapani, Diritto penale. Per l'Università degli studi di Palermo ha partecipato ed è attualmente coinvolta in diversi progetti di ricerca nazionali e internazionali in materia di diritto penale e diritto penale delle migrazioni.

ORNELLA SPATARO

Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo ed ha conseguito l'abilitazione scientifica nazionale a professore ordinario. È autrice di numerose pubblicazioni che hanno riguardato, tra gli altri argomenti, lo statuto giuridico del migrante, la forma di governo, i principi costituzionali in materia economica, l'autonomia regionale, il settore energetico ed ambientale, il populismo legislativo, il diritto alla vita, il costituzionalismo digitale.

MASSIMO STARITA

Professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Palermo, dove coordina il Corso di laurea magistrale in Migrazioni, Diritti, Integrazione. Tra le sue pubblicazioni, si segnalano le monografie *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Editoriale scientifica, 2003, e *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2011, oltre a articoli e saggi in vari campi del diritto internazionale pubblico e del diritto dell'Unione europea.

INDICE

Presentazione.....	pag.	IX			
DIRITTO INTERNAZIONALE					
CAPITOLO I - RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO SUI DIRITTI DEI RICHIEDENTI ASILO					
(Massimo Starita)					
1. Introduzione. L'affermarsi di tendenze restrittive nella recente giurisprudenza della Corte.....	col.	5	3. Il divieto di iscrizione anagrafica. La sentenza n. 186 del 2020 della Corte costituzionale e i limiti dell'interpretazione adeguatrice. Il diverso ruolo del diritto vivente	col.	66
2. Il caso <i>M.N. e altri c. Belgio</i> : la Convenzione non obbliga gli Stati contraenti a concedere visti umanitari	»	8	4. Il d.l. n. 130 del 2020: il legislatore si adegua agli esiti giurisprudenziali con un intervento correttivo dalla portata minimale. I nodi irrisolti.....	»	71
3. Il caso <i>M.K. e altri c. Polonia</i> : la giurisdizione statale sulle zone di frontiera	»	11	5. Considerazioni conclusive. Il diritto dell'immigrazione tra legge e giudici dopo la novella del 2020; un bilancio in chiaroscuro	»	77
4. Il caso <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i> : un'eccezione al divieto di espulsioni collettive.....	»	12	FILOSOFIA DEL DIRITTO		
5. Il confinamento in "waiting zones": detenzione o limite alla libertà di circolazione?.....	»	14	CAPITOLO IV - COSÌ IN MARE COME IN TERRA: COSA RESTA DEL DIRITTO D'ASILO E DELL'ORIZZONTE DEI DIRITTI UMANI		
5.1 Concetti generali.....	»	14	(Alessandra Sciarba)		
5.2 Hotspot.....	»	15	1. L'affermazione dell'asilo come diritto umano universale.....	»	85
5.3 Checkpoint di frontiera.....	»	16	2. Lo svuotamento del diritto d'asilo nell'era delle migrazioni: il processo di esternalizzazione	»	87
5.4 Zone di transito aeroportuale.....	»	18	3. In questo mare annegano i diritti.....	»	92
6. Il problema della legalità della detenzione dei richiedenti asilo.....	»	18	4. Oltre il respingimento in mare: porti insicuri e navi quarantena.....	»	95
7. Il carattere non arbitrario della detenzione.....	»	20	5. In terra (protezione sì, protezione no).....	»	99
8. Detenzione e vulnerabilità.....	»	21	6. Conclusioni	»	100
9. Detenzione, vulnerabilità e trattamenti inumani o degradanti	»	23	DIRITTO AMMINISTRATIVO		
10. Rischi di tortura, "refoulement a catena" e divieto di espulsione.....	»	24	CAPITOLO V - TUTELA AMMINISTRATIVA DEL MIGRANTE E ORDINE PUBBLICO NELLA GESTIONE DELL'ACCOGLIENZA		
11. Conclusioni	»	26	(Manuela Consito)		
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA					
CAPITOLO II - UN NUOVO PATTO PER UNA NUOVA POLITICA EUROPEA DELL'IMMIGRAZIONE E DELL'ASILO?					
(Marco Borraccetti)					
1. Introduzione.....	»	33	1. L'accoglienza dello straniero: una premessa ...	»	109
2. La tenue solidarietà tra Stati ed il principio di sussidiarietà.....	»	35	2. Le categorie dell'accoglienza: il primo soccorso.....	»	112
3. La procedura di frontiera e i rischi per la tutela dei diritti fondamentali	»	39	3. La prima accoglienza e l'emergenza.....	»	114
4. Riflessioni sulla questione dello Stato di primo ingresso	»	44	4. L'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati.....	»	119
5. Considerazioni conclusive.....	»	47	5. La seconda accoglienza, di primo e di secondo livello.....	»	120
DIRITTO COSTITUZIONALE					
CAPITOLO III - LA DISCIPLINA STATALE DELL'IMMIGRAZIONE TRA PROFILI DI CRITICITÀ COSTITUZIONALE E DIRITTO VIVENTE ALLA LUCE DI ALCUNE RECENTI VICENDE NORMATIVE					
(Ornella Spataro)					
1. Disciplina statale dell'immigrazione e diritti fondamentali: uno iato incolmabile? Diritto positivo e diritto vivente nella ponderazione dei valori in gioco	»	57	6. I limiti di ordine e sicurezza pubblici all'accoglienza: la revoca dell'accoglienza.....	»	122
2. Legislazione e giurisdizione nella definizione dello statuto giuridico del migrante. La posizione della Corte costituzionale: il caso della protezione umanitaria e la sentenza n. 194 del 2019.....	»	61	PROTEZIONE INTERNAZIONALE E PROTEZIONE DEL MIGRANTE VULNERABILE		
CAPITOLO VI - QUESTIONI APERTE IN RELAZIONE ALL'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO DUBLINO					
(Umberto Luigi Scotti)					
1. Premessa					
1.1. Le norme rilevanti del regolamento Ue 604/2013.....					
1.1.1. Articolo 3					
1.1.2. Articolo 4.....					
1.1.3. Articolo 5.....					
1.1.4. Articolo 17.....					
1.2. La giurisprudenza europea					
1.2.1. Corte di giustizia Ue 16 febbraio 2017					
1.2.2. Corte di giustizia Ue 23 gennaio 2019					
1.2.3. Corte di giustizia Ue 19 marzo 2019					
2. Le «carenze sistemiche».....					
2.1. La disciplina europea in tema di carenze sistemiche.....					

INDICE

2.2. La pronuncia delle sezioni unite 8044/18.	col. 138	3. Profili procedurali di diritto interno.....	col. 186
2.3. La giurisprudenza successiva della Corte di cassazione.....	» 139	3.1. Competenza.....	» 187
3. Gli obblighi informativi e partecipativi e la loro violazione.....	» 141	3.2. Rito applicabile.....	» 187
3.1. Il contenuto degli obblighi informativi e partecipativi.....	» 141	3.3. La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di convalida del trattenimento e della proroga.....	» 191
3.2. La giurisprudenza della Corte di cassazione.....	» 142		
3.3. La tesi della non sindacabilità della violazione degli obblighi informativi in sede di impugnazione del provvedimento di trasferimento.....	» 142	CAPITOLO VIII - QUESTIONI PROCESSUALI IN TEMA DI PROTEZIONE DEL MIGRANTE	
3.4. La tesi della nullità del provvedimento determinativo della competenza.....	» 143	(Maria Cristina Contini - Martina Flamini - Fabrizio Giuseppe del Rosso - Nicoletta Minafra - Alessandra Alfieri)	
3.5. La tesi della necessità di un pregiudizio in concreto.....	» 143	1. Profili generali.....	» 193
3.6. Ipotesi varie.....	» 145	1.1. L'onere di allegazione ed onere della prova.....	» 193
4. La clausola discrezionale.....	» 147	1.2. La qualificazione della domanda di protezione internazionale.....	» 196
4.1. Le origini della clausola discrezionale.....	» 147	1.3. Il dovere di cooperazione istruttoria.....	» 198
4.2. I principi generali di riferimento.....	» 149	1.4. I fatti e motivi nuovi, la domanda nuova e i poteri istruttori del giudice.....	» 201
4.3. Le opzioni possibili.....	» 150	2. Le country of origin information (COI) nel sistema del processo civile: note introduttive....	» 205
4.4. La giurisprudenza della Corte di cassazione.....	» 150	2.1. Premessa.....	» 205
4.5. La clausola discrezionale e il refoulement indiretto.....	» 152	2.2. Le COI e le sommarie informazioni.....	» 207
5. Il principio di non respingimento.....	» 154	2.3. La qualificazione delle COI alla stregua di fatti notori.....	» 208
5.1. Interferenze fra il principio di non respingimento e il «sistema Dublino».....	» 154	2.4. Le funzioni delle COI.....	» 210
5.2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Roma.....	» 154	2.5. Conclusioni.....	» 212
5.3. La giurisprudenza della Corte di cassazione.....	» 155	3. Le informazioni sul Paese d'origine e la garanzia del contraddittorio.....	» 214
5.4. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Firenze.....	» 158	3.1. Premessa.....	» 214
5.5. Ipotesi.....	» 160	3.2. Assunzione delle COI: riferimenti normativi.....	» 215
6. La rilevanza dell'art. 19, comma 1.1., d.leg. n. 286 del 1998 (integrazione sociale in Italia) in caso di trasferimento in altro Paese Ue.....	» 160	3.3. Assunzione delle COI e principio del contraddittorio.....	» 218
6.1. Cenni sulla protezione complementare di diritto interno.....	» 161	3.4. Conclusioni.....	» 222
6.2. Protezione complementare e «sistema Dublino».....	» 162	4. Il rilievo della violazione dei doveri di cooperazione in relazione alle COI nel giudizio di legittimità.....	» 222
6.3. Le interferenze fra i due sistemi.....	» 163	4.1. Premessa.....	» 222
6.4. Indipendenza o pregiudizialità?.....	» 163	4.2. L'eliminazione dell'appello e le conseguenze sul giudizio di cassazione.....	» 224
6.5. Una ipotesi di distinzione: la domanda già definitivamente rigettata.....	» 165	4.3. Il ricorso in Cassazione.....	» 226
		4.4. Conclusioni.....	» 228
		DIRITTO PRIVATO COMPARATO E DIRITTO DEL LAVORO	
CAPITOLO VII - IL TRATTENIMENTO DEL RICHIEDENTE ASILO: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI ANCHE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA COMUNITARIA		CAPITOLO IX - DIRITTO ALL'ASCOLTO E PARTECIPAZIONE DEI MINORI NON ACCOMPAGNATI	
(Monica Mastrandrea - Daniela Culotta - Francesca Rosaria Plutino)		(Sara Rigazio)	
1. Disciplina comunitaria.....	» 169	1. Premessa.....	» 233
1.1. Trattenimento e restrizioni alla libera circolazione: definizioni, eccezioni al diritto alla libertà e misure alternative.....	» 169	2. L'evoluzione del quadro normativo europeo sui minori non accompagnati.....	» 238
1.2. Necessità, proporzionalità e non arbitrarietà della misura del trattenimento.....	» 173	3. La l. 47/17 tra protezione e promozione del minore non accompagnato.....	» 242
1.3. Durata massima del trattenimento.....	» 175	4. L'esercizio del diritto all'ascolto.....	» 245
1.4. Trattenimento delle persone vulnerabili.....	» 176	5. Diritto all'ascolto e partecipazione dei minori non accompagnati: un'esperienza sul campo.....	» 247
1.5. Cenni alla tutela procedurale nel diritto comunitario: esplicazione dei motivi di trattenimento e diritto al riesame del trattenimento.....	» 177	5. Conclusioni.....	» 249
2. Profili sostanziali di diritto interno.....	» 178		
2.1. Natura giuridica e fonti normative.....	» 178	CAPITOLO X - DONNE MIGRANTI E DIRITTO ALL'UNITÀ FAMILIARE. FATTORI DI VULNERABILITÀ E FORME DI TUTELA NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA ED EUROPEA	
2.2. Fattispecie di trattenimento e sindacato giurisdizionale.....	» 179	(Letizia Palumbo - Alessandra Pera)	
2.2.1. Trattenimento <i>ex novo</i>	» 179	1. Introduzione.....	» 253
2.2.2. Domanda d'asilo in pendenza di trattenimento pre-espulsivo.....	» 182	2. Sul concetto di vulnerabilità. Formanti definitivi.....	» 255
2.3. Termini di durata del trattenimento e spunti interpretativi.....	» 185	2.1. Vulnerabilità e formante legislativo.....	» 258
		2.2. Sui concetti di discriminazione e intersezionalità.....	» 260

INDICE

3. Donne migranti e diritto all'unità familiare nella giurisprudenza italiana ed europea.....	col. 263	4. L'espulsione dello straniero come misura di sicurezza.....	col. 341
3.1 Ricongiungimento con familiari di Paese terzo	» 264	5. L'espulsione dello straniero come sanzione sostitutiva o alternativa alle sanzioni penali.....	» 342
3.2 Ricongiungimento e diritti derivati dei familiari di cittadini dell'Ue.....	» 267	6. L'espulsione dello straniero tra apparenza e realtà.....	» 345
3.3 Limiti al rimpatrio in presenza di vincoli genitoriali o familiari	» 269		
4. Conclusioni	» 273		
CAPITOLO XI - LAVORO E SICUREZZA SOCIALE DEI MIGRANTI ECONOMICI: L'EGUAGLIANZA IMPERFETTA		CAPITOLO XIV - SOCIETÀ MULTICULTURALI E DIRITTO PENALE. I REATI CULTURALMENTE ORIENTATI	
(Silvio Bologna)		(Francesco Parisi)	
1. Universalismo dei diritti e migrazioni: l'ostacolo storico-normativo della cittadinanza.....	» 277	1. Reati culturalmente orientati e vulnerabilità multiculturale nei sistemi liberal-democratici .	» 349
2. Accesso al mercato del lavoro e sicurezza sociale nell'ordinamento multilivello: frontiere <i>versus</i> parità di trattamento.....	» 279	2. I reati culturalmente orientati negli USA: il caso <i>Kimura</i> , l'elaborazione della categoria giuridica della "cultural defense", il "test" di accertamento del condizionamento culturale.	» 351
3. Il Testo Unico sull'immigrazione: l'ipocrisia della "fortezza assediata" tra flussi e sanatorie	» 283	3. Chi è l'altro? Lo strano "caso Pusceddu": violenze di genere e "cultura sarda" secondo un tribunale tedesco	» 354
4. Rapporto di lavoro e parità di trattamento negli ordinamenti statale e intersindacale	» 288	4. La giurisprudenza italiana più recente sui reati culturalmente orientati	» 356
5. La tutela previdenziale: parità di trattamento ed eccezioni.....	» 290	5. Le mutilazioni genitali femminili.....	» 362
6. La giurisprudenza multilivello sul welfare universale, tra alti e bassi	» 291	6. Multiculturalismo e tolleranza: metodo della persuasione <i>versus</i> metodo della coazione.....	» 365
7. Una fioca luce in fondo al tunnel? L'assegno unico per i figli	» 297		
DIRITTO PENALE		CAPITOLO XV - INDIGENZA, CULTURA E IMMIGRAZIONE NEL RECENTE CONTRASTO ALL'ACCATTONAGGIO	
CAPITOLO XII - LA "CRIMMIGRATION" TRA PRINCIPI DI RAZIONALITÀ DELL'INTERVENTO PENALE E VINCOLI EUROPEI		(Dario Sciotteri)	
(Annalisa Lucifora)		1. Considerazioni introduttive.....	» 369
1. Centralità della persona umana e principi dello Stato di diritto: una chiave di lettura della politica nazionale di contrasto dell'immigrazione irregolare	» 305	2. Il contrasto alla mendicizia tradizionale, tra povertà e devianza.....	» 369
2. L'irrazionalità della logica securitaria nel processo di criminalizzazione dell'immigrazione irregolare	» 308	3. Le nuove dimensioni della mendicizia, tra accattonaggio rom e migranti irregolari.....	» 374
3. (<i>segue</i>). Le declinazioni della "cimmigration" nei più recenti "decreti Sicurezza"	» 310	4. La tutela dei soggetti vulnerabili, tra retaggi culturali e criminalità organizzata.....	» 376
4. Le ricadute sul sistema penale delle direttrici politico-criminali in materia di immigrazione ..	» 315	5. Le istanze securitarie e il contrasto alla mendicizia individuale, tra ordinanze sindacali e nuove incriminazioni	» 381
5. I limiti posti dalla Corte di giustizia alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare.....	» 317	6. Considerazioni conclusive.....	» 386
6. I vincoli discendenti dal sistema Cedu alla politica italiana di gestione dei flussi migratori....	» 320		
7. Verso una ricostruzione "costituzionalmente orientata" della disciplina di controllo penale dell'immigrazione irregolare.....	» 324	CAPITOLO XVI - IL CONTRASTO PENALE ALLO SFRUTTAMENTO DELLA MANODOPERA MIGRANTE: TUTELA DEL LAVORATORE O TUTELA DELLO STRANIERO?	
		(Andrea Merlo)	
CAPITOLO XIII - L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO TRA APPARENZA E REALTÀ		1. Premessa	» 389
(Licia Siracusa)		2. Lo scenario: i meccanismi escludenti generati dal t.u. immigrazione	» 390
1. Premessa	» 329	3. Una fallacia da generalizzazione: l'equazione sfruttamento/migrante.....	» 392
2. Le diverse forme dell'espulsione dello straniero e del migrante nell'ordinamento italiano.....	» 332	3.1. L'approccio della Corte Edu al fenomeno dello sfruttamento.....	» 395
3. L'espulsione amministrativa dello straniero: l'espulsione-misura di prevenzione e l'espulsione del diritto migratorio.....	» 334	4. La necessità di un approccio globale al fenomeno dello sfruttamento.....	» 400
3.1 I punti di contatto diretto tra sfera penale ed espulsione amministrativa dello straniero.....	» 338	5. Brevi note conclusive: limiti (molti) e virtù (pochi) del diritto penale nel contrasto allo sfruttamento lavorativo.....	» 404
3.2 Gli effetti delle condanne penali sulla condizione giuridica dello straniero: il c.d. "automatismo espulsivo"	» 339		
		DIRITTO PROCESSUALE PENALE E DIRITTO PENITENZIARIO	
		CAPITOLO XVII - PROFILI PROCESSUAL-PENALISTICI DEL "DIRITTO SPECIALE" DELL'IMMIGRAZIONE	
		(Angelo Caputo)	
		1. La crimmigration ovvero il "diritto speciale" dell'immigrazione.....	» 409
		2. Processo penale ed espulsione amministrativa: il nulla osta all'espulsione.....	» 410
		3. Espulsione amministrativa e reati di competenza del giudice di pace	» 413

INDICE

4. L'autorizzazione al reingresso per l'esercizio del diritto di difesa.....	col. 414	4.3 Il ricorso alla tecnica dell'intercettazione per istradamento	col. 439
5. La sentenza di non luogo a procedere per avvenuta espulsione.....	» 416	5. Da vittima ad autore: l'incerta demarcazione delle soggettività.....	» 443
6. La detenzione amministrativa e la "mitezza" del giudice di pace	» 419	6. La prova dichiarativa vulnerabile.....	» 445
 CAPITOLO XVIII - CRIMMIGRATION E TUTELA DELLA VITTIMA NEL REATO DI TRATTA DI ESSERI UMANI: ASPETTI PROCESSUALI (Paola Maggio)		 CAPITOLO XIX - L'ESECUZIONE PENALE NEI CONFRONTI DEI CONDANNATI STRANIERI: TRA EMERGENZE REALI ED APPARENTI, ESIGENZE DI EFFETTIVITÀ DEL CONTRASTO CRIMINALE E CRISI DEL TRATTAMENTO RIEDUCATIVO (Calogero Gaetano Paci)	
1. Crimmigration e diritto processuale dello straniero.....	» 425	1. Il fenomeno immigratorio tra emergenze apparenti e reali	» 453
2. La dimensione integrata della tutela e le proiezioni della «vulnerabilità»	» 427	2. La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare ed i suoi effetti sul sistema penitenziario..	» 455
3. Dignità umana e accertamento penale.....	» 429	3. La categoria giuridica dello straniero e la sua posizione nel sistema penitenziario.	» 457
4. Le declinazioni del paradigma vittimario fra contorni dell'illecito e accertamento processuale	» 430	4. Il trattamento penitenziario dello straniero tra affermazioni di principio e prassi applicative...	» 460
4.1. Il complesso radicamento della giurisdizione nazionale.....	» 434		
4.2. Il "doppio gioco" della fattispecie associativa e l'utilizzo della aggravante della transnazionalità.....	» 438		

CAPITOLO X

Donne migranti e diritto all'unità familiare. Fattori di vulnerabilità e forme di tutela nella giurisprudenza italiana ed europea*

LETIZIA PALUMBO – ALESSANDRA PERA

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Sul concetto di vulnerabilità. Formanti definitivi; 2.1 Vulnerabilità e formante legislativo; 2.2 Sui concetti di discriminazione ed intersezionalità; 3. Donne migranti e diritto all'unità familiare nella giurisprudenza italiana ed europea; 3.1 Ricongiungimento con familiari di Paese terzo; 3.2 Ricongiungimento e diritti derivati dei familiari di cittadini dell'Ue; 3.3 Limiti al rimpatrio in presenza di vincoli genitoriali o familiari; 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Come è ormai noto, le donne migranti rappresentano una componente significativa all'interno dei flussi migratori verso l'Europa e l'Italia⁽¹⁾. Sempre più spesso esse scelgono di emigrare da sole, divenendo la principale fonte di reddito delle famiglie rimaste nei Paesi di origine, attraverso il sistema delle rimesse⁽²⁾. In un momento successivo al primo ingresso, ove possibile queste donne, lavoratrici e, spesso, anche madri, chiedono il ricongiungimento con i familiari rimasti nel Paese di origine. Quando, invece, non sono lavoratrici in atto, dipendono da altri membri della famiglia "capaci economicamente" di soddisfare le condizioni richieste per il ricongiungimento familiare. Tali forme di dipendenza dai coniugi/familiari 'bread winners' concorrono a determinare le situazioni di vulnerabilità di molte donne migranti; situazioni che sono accentuate da altri fattori materiali, quali la scarsa conoscenza del sistema ospitante e delle sue leggi⁽³⁾, l'assenza di legami sociali e familiari nel Paese d'immigrazione e, dunque, di una rete di aiuto e sostegno. In questo contesto, quindi, il ricongiungimento familiare può produrre profonde asimmetrie e disuguaglianze di genere, divenendo anche causa, in alcune circostanze, di forme di violenza domestica.

A questi elementi di vulnerabilità si aggiungono ulteriori fattori connessi all'inclusione lavorativa delle donne migranti nelle società dei paesi europei. È un dato ormai consolidato che, in un mercato del lavoro fortemente segmentato sulla base del genere, della nazionalità e della classe

sociale, le donne migranti rispondono prevalentemente alla domanda di lavoro relativa a settori come il lavoro domestico e di cura, i servizi di pulizia e l'agricoltura⁽⁴⁾. Si tratta di settori caratterizzati da orari impegnativi, scarse condizioni contrattuali e limitate prospettive di avanzamento di carriera⁽⁵⁾.

Al livello di formanti⁽⁶⁾ sovranazionali, vi è una certa consapevolezza dei diversi fattori di vulnerabilità che le donne migranti incontrano nei loro percorsi di vita⁽⁷⁾. Tuttavia, il tema delle vulnerabilità e del loro specifico interagire con i diversi status di migrante, lavoratrice e madre, non è, secondo noi, adeguatamente posto in luce in modo critico e, al contempo, costruttivo.

Per tali ragioni, nella prima parte di questo lavoro si individueranno le definizioni di alcuni concetti (paragrafi 2, 2.1 e 2.2) che serviranno da premesse teoriche per la seconda parte dello studio ovvero per l'analisi delle tutele offerte alle donne migranti nell'ambito dell'Unione europea e dell'ordinamento italiano (paragrafi 3, 3.1, 3.2 e 3.3). Tenteremo di offrire una lettura critica delle nozioni di vulnerabilità e di discriminazione, nelle loro diverse forme, valutando se tali concetti possano essere ripensati ed utilizzati criticamente negli studi giuridici in materia di migrazione. Tutto ciò al fine di comprendere meglio cause ed effetti dei fattori di vulnerabilità delle donne migranti e di come eventuali fenomeni di intersezionalità tra alcuni di questi fattori possano incidere sulle loro condizioni di vita quando, nei sistemi giuridici di destinazione, esse richiedono la tutela dei diritti fondamentali, come quello all'unità familiare.

Più specificatamente, il nostro contributo si concentrerà sulle donne cittadine di Paesi terzi che entrano e risiedono nel territorio dell'Ue per motivi familiari o di protezione internazionale. La premessa critica dalla quale muoverà l'analisi è che le norme in materia di immigrazione possono aggravare in modo significativo le condizioni di vita, la ca-

(4) GIAMMARINARO – PALUMBO, *Le donne migranti in agricoltura: sfruttamento, vulnerabilità, dignità e autonomia*, in FLAI-CGIL (a cura di), *Quinto rapporto agromafie e caporalato*, Roma, 2020, 81.

(5) NETWORK OF MIGRANT WOMEN AND EUROPEAN WOMEN'S LOBBY, *Migrant Women's Integration in the Labour Market in Six European Cities: A comparative approach*, 2012, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics>.

(6) SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American journal of comparative law*, 39, 1991, 1-34 e 343-402; SACCO – GAMBARO (a cura di), *Sistemi giuridici comparati, in Trattato di diritto comparato*, Torino, 1996, 4-7; SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 43. Si veda inoltre AJANI – FRANCAVILLA – PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Torino, 2018, 28-33.

(7) Il Parlamento europeo ha emanato diverse raccomandazioni riguardanti i diritti delle donne migranti. Tra queste, la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 (cod. A6317) sulle donne migranti prive di documenti nell'Unione europea.

* Il presente saggio è frutto della comune riflessione delle due autrici. ALESSANDRA PERA ha tuttavia curato la stesura dei paragrafi 2, 2.1 e 2.2 mentre LETIZIA PALUMBO dei paragrafi 3, 3.1, 3.2 e 3.3. L'introduzione (para. 1) e le conclusioni (para. 4) sono state redatte da entrambe. La ricerca che ha portato a questa pubblicazione è stata finanziata dal European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (GA n. 870845 VULNER).

(1) EUROSTAT, *Migration and migrant population statistics*, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics>.

(2) BUSETTA – CETORELLI – STRANGES, *Time pattern of remittance behaviours in Italy*, in BRENTANI – CARPITA (a cura di), *Advances in Latent Variables*, Milano, 2013.

(3) MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Bari-Roma, 2014; KOCHENOV, *Cittadinanza*, Bologna, 2020.

pacità ed il diritto di autodeterminarsi delle donne migranti. Ciò vale sia per le norme di diritto derivato dell'Ue che per le legislazioni nazionali applicabili. Come è stato osservato, le ragioni che giustificano questa affermazione sono molteplici: in alcune ipotesi, ciò dipende dalla "naturale" applicazione degli stereotipi di genere riguardanti il ruolo delle donne all'interno della famiglia e della società; in altre ipotesi, norme apparentemente neutre determinano discriminazioni indirette nei confronti delle donne migranti, non tenendo conto delle difficoltà derivanti dall'imporre ad esse il rispetto di oneri specifici per il riconoscimento di un certo diritto; in altre ancora, le norme sull'immigrazione producono la vulnerabilità delle donne migranti costringendole a prolungate situazioni di dipendenza da altri soggetti (coniugi o datrici/datori di lavoro)⁽⁸⁾.

Una questione cruciale riguarda, dunque, la capacità della normativa, predisposta a vari livelli, di intervenire per rimuovere tali complesse forme di discriminazione. In questo senso, nella seconda parte di questo contributo offriremo una rassegna critica della giurisprudenza a livello sovranazionale e italiano, identificando interpretazioni giudiziarie efficaci per assicurare alle donne migranti il godimento dei diritti nella vita familiare, e esaminando se e in che termini le corti tengano conto delle situazioni di vulnerabilità. Un'attenzione particolare verrà dedicata alla Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), alle fonti di diritto primario e secondario dell'Ue, che riconoscono i diritti e le libertà fondamentali, nonché all'interpretazione che di queste fonti hanno dato, rispettivamente, la Corte Edu, la Corte di giustizia dell'Unione europea (Cgue) e le corti italiane.

2. Sul concetto di vulnerabilità. Formanti definitori

Nel dibattito dottrinale, da più parti, sono stati evidenziati il carattere vago ed elastico del termine vulnerabilità, la sua polivalenza e le diverse varianti semantiche⁽⁹⁾. Secondo Chambers⁽¹⁰⁾, un individuo può essere ritenuto vulnerabile quando perde la propria capacità di autodeterminarsi ed il potere di proteggere i propri interessi o, comunque, questi vengono fortemente limitati e sacrificati. Da un punto di vista ontologico, il concetto di vulnerabilità è riferibile a caratteristiche intrinseche di una persona ed a una mancanza di mezzi e strumenti che le impediscono di agire ed interagire, se non con evidenti conseguenze pregiudizievoli. Da un punto di vista sociale e relazionale, il termine vulnerabilità appare connesso a fattori di rischio esterni, circostanze di varia natura, per le quali un individuo risulta privato o limitato nella propria capacità di autodeterminazione e libera scelta. In altri termini, e per quanto più ci interessa, la vulnerabilità incide sull'accesso a e sull'effettivo esercizio di diritti e libertà fondamentali, minando (ma non annullando) l'autonomia dell'individuo, la capacità di autodeterminarsi⁽¹¹⁾.

Le capacità, o meglio abilità, umane sono state proposte quali concetti capaci di spiegare come i fattori sociali, economici e culturali incidono sull'uguaglianza tra gli individui. Nussbaum, nei suoi studi, ha individuato una sorta di catalogo delle capacità-abilità che ogni individuo può effettivamente sviluppare e ha mostrato che "discrimination on the basis of race, religion, sex, national origin, caste, or ethnicity is taken to be itself a failure of associational capability"⁽¹²⁾. Dunque, la discriminazione è associata e connessa

sa ad una dimensione relazionale. Pertanto, ciò che rileva è ciò che ogni donna è nella posizione di fare e di essere, le sue effettive opportunità e libertà⁽¹³⁾, quando e perché la sua autodeterminazione e libertà di scelta sono ostacolate da strutture di subordinazione all'interno della società e in dimensioni più private, quali la famiglia.

Nell'analisi di Nussbaum, la cura gioca un ruolo centrale, poiché, secondo l'autrice, rappresenta un'area della vita che contribuisce notevolmente alla disuguaglianza delle donne⁽¹⁴⁾, in quanto le obbliga all'adempimento di oneri di assistenza, che inevitabilmente limitano la loro possibilità di realizzazione in altre sfere della vita come l'occupazione e la cittadinanza⁽¹⁵⁾.

Più in generale, è noto che alcuni fattori di vulnerabilità sono strettamente legati all'individuo come singolo, altri invece pertengono alla dimensione familiare, altri ancora sono sociologicamente-economicamente o demograficamente orientati.

Per quanto più riguarda l'oggetto di questa analisi, molto spesso, al livello di formanti del diritto, sia legislativo che giurisprudenziale, ricorre la locuzione "migranti in situazioni di vulnerabilità"⁽¹⁶⁾.

Alcuni studi votati alla ricostruzione tassonomica e teorica mostrano che sia al livello internazionale, sia statale il termine vulnerabilità è spesso utilizzato per descrivere la figura del migrante come un "individuo vittima" e bisognoso, inidoneo o impossibilitato ad agire per il miglioramento delle sue condizioni e della sua capacità di agency o autodeterminazione. Tuttavia, occorre rilevare che, talvolta, decisori politici, legislatori e giudici utilizzano la nozione di vulnerabilità senza tenere nel dovuto conto che la precarietà nella quale i migranti si trovano è dovuta anche a scelte degli stati (di provenienza, transito o destinazione) o di altri attori (Ong e istituzioni internazionali), alle politiche e prassi da questi implementate.

In particolare, per quanto riguarda le donne migranti in Europa, il "capability approach" potrebbe meglio mostrare le difficoltà e gli oneri specifici della categoria "migranti in situazioni di vulnerabilità".

Come l'analisi della giurisprudenza mostrerà, non solo il diritto spesso non prende in considerazione queste difficoltà di fatto, ma in alcuni casi le aggrava, creando inutili ostacoli di matrice giuridica all'effettivo godimento dei loro diritti nel Paese ospitante. Sollevare la questione di ciò che le donne migranti sono effettivamente in grado di fare è fondamentale per valutare la proporzionalità degli interventi normativi e delle procedure e della pretesa (da parte dell'ordinamento giuridico) di determinati requisiti, in capo alla richiedente, ai quali si subordinano misure di protezione e forme di tutela.

Il diritto, dunque, può essere generatore o amplificatore di fattori di vulnerabilità per le donne migranti e un ostacolo alla realizzazione delle loro capacità⁽¹⁷⁾.

Come il femminismo giuridico ha messo in luce⁽¹⁸⁾, guardare al diritto da una prospettiva di genere significa smascherare la falsa neutralità delle norme giuridiche, interrogandosi sui modelli e i crittoteripi⁽¹⁹⁾ che esse sottendono.

In questa prospettiva, una questione centrale è la distinzione concettuale tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo

(13) NUSSBAUM, *Women's capabilities and social justice*, in *Journal of human development*, 2000, II, 219.

(14) NUSSBAUM, *op. ult. cit.*, 222.

(15) STAIANO, *op. cit.*, XXVI.

(16) ATAK - NAKACHE - GUILD - CRÉPEAU, *Migrants in Vulnerable Situations' and the Global Compact for Safe Orderly and Regular Migration*, Queen Mary School of Law Legal Studies Res - Emmelearn Paper, n. 273/18, 2.

(17) STAIANO, *op. cit.*, XXVI.

(18) DAVIES - MUNRO, *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham-Burlington, 2013.

(19) SACCO, *op. cit.*; MORRA - PASA, *Questioni di genere nel diritto: implicite e crittoteripi*, Torino, 2015.

(8) STAIANO, *The Human Rights of Migrant Women in International and European Law*, Torino, 2017, XV.

(9) BROWN - ECCLESTONE - EMMEL, *The many faces of vulnerability*, in *Social policy & society*, 16, 2017, 497.

(10) CHAMBERS, *Editorial introduction: vulnerability, coping and policy*, in *IDS Bulletin*, 20, 1989, 1.

(11) NUSSBAUM, *Women and human development: the capabilities' approach*, Cambridge, 2000.

(12) NUSSBAUM, *op. cit.*, 86.

vo, che si traduce, prima di tutto, in una separazione tra lo spazio pubblico e quello privato, assegnando alle donne il carico principale delle attività di cura dei figli e della famiglia. Le conseguenze di questa distinzione, come ha evidenziato Rigo, investono "ogni settore del diritto, inclusa la regolamentazione delle migrazioni, come diventa evidente quando si guardi attraverso la lente del genere a istituti come quello del ricongiungimento familiare"⁽²⁰⁾ Sotto questa luce, il diritto può contribuire a sostenere ruoli tradizionali di genere e a produrre, di conseguenza, le situazioni di vulnerabilità di molte donne migranti.

Peraltro, la svalutazione del lavoro di cura nella tradizione occidentale si traduce in disuguaglianza e svantaggio per coloro che lo svolgono⁽²¹⁾. Ciò è particolarmente vero per le donne migranti, in quanto il loro lavoro di cura non retribuito non può essere inteso di default come scelta volontaria di rimanere inattive⁽²²⁾.

Alcune autrici⁽²³⁾ hanno proposto una ricostruzione tassonomica che descrive in modo esaustivo le diverse fonti di vulnerabilità. Esse individuano una *inherent vulnerability* (intrinseca), che dipende da intrinseche caratteristiche della natura umana, connesse alla dimensione corporea ed all'idea di dipendenza affettiva dagli altri ovvero alla natura sociale dell'essere umano.

La *situational vulnerability* (situazionale-relazionale) dipende, invece, prevalentemente dal contesto esterno e può essere influenzata da circostanze personali, sociali, politiche, economiche o ambientali tipiche del gruppo sociale in cui l'individuo vive; si può tradurre in forme di oppressione, dominazione e ingiustizia. Questa categoria guarda a squilibri nei rapporti di potere, dipendenze, incapacità e bisogni che possono rendere una persona vulnerabile alla violenza ed a forme di sfruttamento da parte di altri.

Entrambe le forme sopra descritte, secondo questa ricostruzione, possono essere attuali (*occurrent*) o potenziali (*dispositional*). Per esempio, una donna migrante è potenzialmente vulnerabile perché possibile vittima di sfruttamento sessuale, ma se lo sarà effettivamente dipenderà da diversi fattori, quali la sua condizione sociale ed economica, la sua provenienza, il luogo in cui vive, il sistema di welfare del Paese di destinazione...

Questa distinzione, dunque, è importante perché aiuta ad identificare e classificare differenti fonti di vulnerabilità in casi particolari, ponendo l'attenzione sui diversi fattori di rischio e sulle relative conseguenze.

È evidente, a questo punto, che il concetto di vulnerabilità evoca differenti significati e attraversa varie dimensioni dei sistemi di accoglienza e, più in generale, delle politiche e legislazioni in materia di immigrazione, a livello di singoli stati e di organizzazioni internazionali. Il termine è utilizzato per descrivere la posizione precaria di persone in cerca di forme di protezione e accoglienza, non necessariamente in ragione del proprio *status*, o per classificare gruppi di persone o individui, avendo riguardo a loro particolari bisogni derivanti da peculiari circostanze fisiche, mentali o sociali.

Una donna migrante, infatti, può essere vulnerabile in ragione di fattori temporanei o permanenti, quali ad esempio una forma di disabilità o una malattia. In tale ipotesi, potrebbe essere, quindi, vulnerabile come qualunque altro/a cittadino/a (*inherent*). Un'altra potrebbe essere vulnerabi-

le a causa di un fenomeno assolutamente esterno, quale un'alluvione, uno tsunami o un terremoto. Questa vulnerabilità ha una fonte esterna rispetto alla precedente e può colpire sia la/il cittadina/o che la/il migrante allo stesso modo⁽²⁴⁾ (*situational* e *occurrent*). Una donna migrante può essere vulnerabile in dipendenza di comportamenti dell'ordinamento giuridico, nel senso che i fattori di rischio che determinano la sua condizione possono avere origine nelle azioni e nelle politiche del suo stato di nazionalità o di destinazione (*situational*).

L'attributo "vulnerabile" può rendere un individuo o un gruppo astrattamente beneficiario di protezione internazionale, di percorsi speciali per le procedure di asilo, del ricongiungimento familiare, come si vedrà *infra*, perché presuppone l'accertamento di chi è quell'individuo e di che cosa ha bisogno.

2.1 Vulnerabilità e formante legislativo

Dunque, è di fondamentale importanza analizzare il formante definitorio relativo al dato legislativo. In particolare, nella direttiva 2011/36/Eu⁽²⁵⁾ in materia di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e di protezione delle vittime, che per certi aspetti è connessa al nostro campo di indagine, all'art. 2 (2° comma), la posizione di vulnerabilità è descritta come "una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima". La vulnerabilità può essere di tipo fisico, psicologico, emotivo e/o determinata dal contesto familiare, sociale o economico.

Nell'ambito internazionale ed europeo (ONU ed Ue) non è stato possibile rinvenire sul formante legislativo una definizione per l'espressione, pure molto utilizzata, "migranti in situazione di vulnerabilità", quanto piuttosto un elenco di classi di individui, che si presumono vulnerabili di per sé: donne a rischio (di sfruttamento), minori (specialmente se non accompagnati o separati dai propri familiari), appartenenti a minoranze etniche o religiose, vittime di violenza, anziani, persone disabili, persone sottoposte a discriminazioni su differenti basi, persone appartenenti a popolazioni indigene, vittime di traffico di esseri umani, di sfruttamento ed abuso⁽²⁶⁾.

Ai sensi dell'art. 2 (lett. k), della Direttiva 2013/33/Eu⁽²⁷⁾, è da intendersi «richiedente con esigenze di accoglienza particolari»: una persona vulnerabile che necessita di garanzie particolari per godere dei diritti e adempiere gli obblighi previsti dalla direttiva. L'art. 21 della stessa direttiva contiene un elenco delle categorie di persone vulnerabili più ampio di quello sopra menzionato, che include minori, minori non accompagnati, persone disabili, anziani, donne incinte, genitori con figli minori, vittime di tratta di esseri umani, persone gravemente malate, persone con disturbi mentali, vittime di tortura o violenza psicologica, fisica o sessuale, vittime di mutilazioni genitali femminili.

In particolare, le donne migranti sono state qualificate come vulnerabili da diverse fonti di *soft law* nel contesto del Consiglio d'Europa, che le considera persone particolarmente esposte al rischio di violenza domestica, di discriminazioni ed abusi da parte di datori di lavoro. Per quanto riguarda la violenza domestica, ad esempio, la concessione di uno *status* giuridico specifico (e che prescinde da quello dello sponsor) alle donne migranti che entrano attraverso programmi di ricongiungimento familiare è rac-

(20) RIGO, *Genere, migrazioni, diritto*, in GIOVANNETTI - ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Milano, 2020, 210-222.

(21) NEDELSKY, *Law's relations: a relational theory of self, autonomy, and law*, Oxford, 2012, 29.

(22) Sul concetto di migrante economicamente attivo, sia consentito il riferimento a PERA, *Un progetto tradito? La cittadinanza europea tra passato e futuro*, Milano, 2019.

(23) MACKENZIE - ROGERS - DODDS, *Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory?* in MACKENZIE - ROGERS - DODDS (a cura di), *Vulnerability. New essays in ethics and feminists philosophy*, Oxford, 2014, 1-29.

(24) ATAK - NAKACHE - GUILD - CRÉPEAU, *op. cit.*, 3.

(25) Direttiva 2011/36/Ue del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

(26) Assemblea generale delle Nazioni unite, *Dichiarazione di New York su rifugiati e migranti*, 19 settembre 2016, para. 23.

(27) Direttiva 2013/33/Ue del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

comandata come strategia preventiva per combattere ed evitare la violenza⁽²⁸⁾.

Le fonti di diritto, sia dell'Ue sia italiane, non contengono misure preventive efficaci e si concentrano esclusivamente sul momento patologico. Ed in effetti, una maggiore attenzione verso forme gravi di sfruttamento dei migranti ha determinato risposte prevalentemente sanzionatorie di tipo penalistico.

Più in generale, sia a livello internazionale che di Unione europea, il catalogo dei migranti vulnerabili pone l'attenzione su indicatori che abbiamo definito inherent, quali l'età, il sesso, l'etnia, ma anche su altri fattori, che contribuiscono a "costruire" la precarietà del migrante, quale ad esempio, l'essere una madre separata dalla propria famiglia (situational). Tutti questi fattori di vulnerabilità, sia inherent che situational, sono astrattamente idonei a generare forme di discriminazione, ove la risposta delle autorità preposte non sia improntata a strumenti di tutela, che siano espressione dell'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale e ad azioni positive, volte a rimuovere gli ostacoli al rispetto del principio di non discriminazione⁽²⁹⁾.

La consapevolezza giuridica dello svantaggio strutturale delle donne migranti è davvero fondamentale per garantire l'uguaglianza sostanziale. Ignorando questo svantaggio, le norme apparentemente neutre possono discriminare indirettamente le donne migranti, trattando allo stesso modo situazioni che nei fatti sono diverse.

Ciò implica anche il rifiuto di stereotipi, così come emerge anche dalla giurisprudenza della Corte Edu in materia di discriminazioni di genere con riferimento al ruolo delle donne all'interno della famiglia⁽³⁰⁾. In particolare, in *Konstantin Markin c. Russia*, la corte ha ritenuto che stereotipi di genere, come la percezione delle donne quali principali responsabili delle attività di cura (care givers) e gli uomini come capofamiglia primari, non possono di per sé essere considerati una giustificazione per una differenza di trattamento⁽³¹⁾.

Dunque, si ribadisce che le donne migranti possono sperimentare la vulnerabilità non solo a causa del trattamento che temono nel loro Paese di origine, ma anche durante il viaggio o nel Paese di destinazione. Come è noto, le possibili rotte di viaggio sono diverse e, in genere, le persone che arrivano in un Paese possono essere vulnerabili per alcuni fattori dipendenti dalla loro condizione di partenza, ma poi, una volta arrivate nel Paese ospitante, possono non essere più vulnerabili o possono diventare vulnerabili a causa di nuovi fattori, che cancellano i precedenti o che si aggiungono ai primi⁽³²⁾.

Il diritto di rimanere sul territorio di un Paese è precario fino a quando alla migrante non viene riconosciuto un determinato status (di rifugiata, di titolare di protezione sussidiaria o umanitaria, di parente avente diritto al ricongiungimento familiare, di lavoratrice, di studente...), che la inquadra all'interno delle maglie dell'ordinamento giuridico ospitante. Tuttavia, alcuni fattori, quali la mancanza di comprensione della lingua nazionale dello Stato ospitante e di una rete di supporto, possono renderla ancora una volta vulnerabile e peggiorare la sua condizione. La capacità di partecipare alla società ospitante dipende in buona misura dall'attività dei pubblici poteri e dalla capacità di definire lo status che consente a quella persona la presen-

za e la residenza legittima sul territorio, in tempi brevi ed in maniera efficace ed efficiente, magari tenendo conto dei fattori di vulnerabilità nel frattempo intervenuti, se davvero si vuole garantire uguaglianza sostanziale⁽³³⁾.

Secondo la tassonomia proposta da Goodin, questa forma di vulnerabilità situazionale è da definirsi "patogena" ed è da imputarsi a "all those morally unacceptable vulnerabilities and dependencies which we should, but have not yet managed to, eliminate" ⁽³⁴⁾.

La "vulnerabilità patogena" "include i casi derivanti da pregiudizio o abusi nei rapporti interpersonali e dall'ingiustizia, dall'oppressione, dal dominio, dalla violenza prodotti in ambito socio-politico"⁽³⁵⁾. In questo senso, si riferisce anche a quegli interventi posti in essere con l'obiettivo di modificare o ridurre la vulnerabilità intrinseca o situazionale, ma che invece si sono tradotti nell'effetto paradossale di aumentare la vulnerabilità, per esempio, a causa della persistenza di stereotipi di genere di matrice culturale⁽³⁶⁾.

2.2 Sui concetti di discriminazione e intersezionalità

Negli ultimi 20 anni, le nozioni di discriminazione e intersezionalità sono state utilizzate nei dibattiti accademici per dare risposte alla sfida dell'inclusione e dell'uguaglianza, che sono costantemente aumentate in connessione con la diversità socioculturale dei/delle migranti e delle minoranze.

La discriminazione è la pratica di "distinzione, diversificazione o differenziazione operata fra persone, cose, casi o situazioni: (...) più in particolare: d. politica, d. razziale, d. etnica, d. religiosa, diversità di comportamento o di riconoscimento di diritti nei riguardi di determinati gruppi politici, razziali, etnici o religiosi"⁽³⁷⁾.

È possibile distinguere diverse forme di discriminazioni: dirette e indirette; dirette per percezione e dirette per associazione. La teoria generale del diritto, la filosofia del diritto, il diritto del lavoro e varie altre discipline hanno animato il dibattito sulle diverse tassonomie possibili, che qui per ragioni di spazio non è possibile ripercorrere⁽³⁸⁾.

In questa sede, come anticipato, rileva soprattutto la distinzione concettuale tra discriminazione multipla e intersezionale. La discriminazione multipla si verifica quando una persona è discriminata sulla base di diversi fattori che operano separatamente, ad esempio, essendo trattata meno favorevolmente in base all'origine etnica in una situazione e a causa del genere in un'altra. Nella discriminazione intersezionale, invece, qualcuno viene discriminato a causa dell'intreccio simultaneo di fattori diversi ed inseparabili: ad esempio, in un dato caso le donne in generale e gli anziani in generale non sono soggetti a discriminazione, mentre lo sono le donne anziane⁽³⁹⁾.

Sono molti gli interventi legislativi, a livello internazionale, comunitario e nazionale, dedicati a promuovere l'ugua-

(28) Si veda, ad esempio, Risoluzione n. 1811 e Raccomandazione n. 1970 del 15 aprile 2011 sulla protezione delle donne migranti nel mercato del lavoro dell'Assemblea parlamentare Consiglio d'Europa.

(29) BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

(30) Corte eur. diritti dell'uomo 27 aprile 1979, *Marckx c. Belgio*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(31) Corte eur. diritti dell'uomo 22 marzo 2012, *Konstantin Markin c. Russia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(32) ATAK – NAKACHE – GUILD – CRÉPEAU, *op. cit.*, 4.

(33) Sul punto la Corte europea dei diritti dell'uomo è abbastanza stabile, seppure non affronti la questione sempre in termini di vulnerabilità. Cfr. Corte eur. diritti dell'uomo, 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*; 16 marzo 2010, *Oršuš ed atri c. Croazia*; 12 ottobre 2006 *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, par. 55, tutte in <www.hudoc.echr.coe.int>.

(34) GOODIN, *Protecting the vulnerable: a reanalysis of our social responsibilities*, Chicago, 1985, 203.

(35) PASTORE, *Vulnerabilità*, in BARBARI – DE VANNS (a cura di), *Il diritto al viaggio, Abbecedario delle migrazioni*, Torino, 2018, 323.

(36) MACKENZIE – ROGERS – DODDS, *op. cit.*, 39.

(37) Vocabolario Treccani, <https://www.treccani.it/vocabolario/discriminazione>.

(38) BARBERA – GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2020; BARBERA, *op. cit.*; TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, 2015.

(39) YOSHIDA, *Towards intersectionality in the European Court of Human Rights: the case of B.S. v. Spain*, in *Feminist legal studies*, 21, 2013, 195-204.

gianza tra individui e gruppi, tutelando la dignità umana col vietare ogni tipo di discriminazione.

L'art. 14 della Cedu sancisce che "il godimento dei diritti e delle libertà enunciati nella presente Convenzione deve essere assicurato senza discriminazioni su alcun motivo come sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o di altro tipo, o origine sociale, associazione con una minoranza nazionale, proprietà, nascita o altro status".

Diversi trattati internazionali sanciscono principi e norme antidiscriminatori in materia di protezione delle donne, dei bambini, nel settore del lavoro attraverso le azioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). L'Ue e gli Stati membri offrono protezione contro la discriminazione in diversi settori della vita sociale, attraverso un quadro di norme minime, stabilito dalle direttive Ue sull'uguaglianza di genere, sull'uguaglianza in materia di occupazione e sull'uguaglianza razziale⁽⁴⁰⁾.

Purtroppo, per ragioni di tempo e di spazio, non possiamo offrire un'analisi di tali interventi legislativi e nemmeno delle numerose decisioni della Cgue in materia, che, in ogni caso, non sono necessarie per costruire la nostra "cassetta degli attrezzi" per spiegare l'intersezionalità dei fattori di vulnerabilità delle donne migranti, madri e lavoratrici.

Può essere sufficiente in questa fase dell'analisi ricordare che la direttiva 2000/43/Ce⁽⁴¹⁾, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, al considerando 14 chiarisce la *ratio* dell'intervento normativo, precisando che "nell'attuazione del principio della parità di trattamento a prescindere dalla razza e dall'origine etnica la Comunità dovrebbe mirare, conformemente all'art. 3, para. 2, del trattato Ce, ad eliminare le inuguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne, soprattutto in quanto le donne sono spesso vittime di numerose discriminazioni". In effetti, però, il testo in inglese reca il riferimento al concetto di "multiple discrimination". L'errore di traduzione purtroppo non coglie l'importanza e la rilevanza della tassonomia. Più di recente, la Commissione europea ha integrato la prospettiva intersezionale nella strategia di genere per il periodo 2020-2025, affermando che tale piano sarà attuato "utilizzando, come principio trasversale, l'intersezionalità, vale a dire la combinazione del genere con altre caratteristiche o identità personali e il modo in cui tali intersezioni contribuiscono a determinare esperienze di discriminazione specifiche"⁽⁴²⁾.

La nozione di intersezionalità è nata negli studi di genere per riferirsi a sezioni trasversali e sovrapposizioni di molteplici caratteristiche di discriminazione che spesso hanno origini contestuali⁽⁴³⁾, concorrenti nello stesso tempo e che cumulano i loro effetti. Si tratta di fattori, per lo più, legati a sesso, classe e razza, che si intrecciano in vari modi. Il risultato emerge in termini di vulnerabilità ed esclusione sociale, vissute da individui e gruppi.

Per descrivere l'intersezionalità, Crenshaw ha utilizzato l'immagine metaforica di un incidente automobilistico che si verifica all'incrocio di diverse "strade" o assi di discriminazione⁽⁴⁴⁾. Nella discriminazione intersezionale, lo

svantaggio sperimentato dalla categoria target deriva da qualcosa di più della semplice aggiunta di due o più motivi e non può essere efficacemente riconosciuto se si trascura la sinergia tra questi motivi⁽⁴⁵⁾.

La vita sociale in pratica tende ad essere molto più sfaccettata, comprendendo relazioni sociali complesse, idee controverse di identità e ruoli sociali differenti. In questo senso, un simile approccio consente di concentrarsi sulla dipendenza dal contesto dell'esperienza personale di intersezionalità (vulnerabilità intrinseca + situazionale): la singola donna migrante o un tipo specifico di donna-migrante-vulnerabile-richiedente asilo potrebbe essere singolarmente esposta a molti fattori di rischio, che dipendono da risorse materiali e sociali limitate, ed incontrare diverse forme di "vulnerabilità intersezionale" all'interno di ambiti diversi (ad esempio, nel centro di detenzione temporanea, al lavoro, in ospedale, a scuola).

Passando attraverso diverse configurazioni di intersezionalità legate al contesto, la donna migrante potrebbe raccogliere esperienze negative di disuguaglianza e discriminazione; potrebbe trovare alcune forme più tollerabili di altre o viverne alcune capaci di neutralizzarne altre, così che la resilienza potrebbe essere un modo per gestire una situazione generale di svantaggio.

Le teorie sull'intersezionalità possono offrire un paio di occhiali utili per guardare più da vicino e più in profondità le modalità di esclusione temporanea o episodica, che hanno un'origine complessa; fornire alcune evidenze sui mezzi dinamici di esclusione, che sono generati dalla prassi amministrativa (vulnerabilità patogena) o da altre cause determinate dal contesto⁽⁴⁶⁾.

Gli studi sulle discriminazioni intersezionali, soprattutto quelli riguardanti la giurisprudenza delle corti americane, hanno mostrato la tendenza di queste ultime a focalizzare l'attenzione su un singolo fattore discriminatorio e la conseguente incapacità di cogliere le esperienze reali ed effettive di donne e uomini che si trovano all'intersezione dell'incrocio tra più e diversi fattori. Crenshaw, in particolare, ha evidenziato come l'incapacità del diritto di considerare le specificità di queste situazioni ha ulteriormente aggravato il loro svantaggio e disuguaglianza, "frequently the consequence of the imposition of one [normative] burden that interacts with pre-existing vulnerabilities to create yet another dimension of disempowerment"⁽⁴⁷⁾.

Questo potrebbe essere molto interessante nell'ambito del processo di riconoscimento e valutazione della vulnerabilità, ad esempio al fine di attribuire il ricongiungimento familiare ad una donna in stato di difficoltà economica. Tuttavia, è necessario ricordare che l'intersezionalità potrebbe non essere percepita direttamente, perché non è evidente in ogni caso e in ogni fase. Molto spesso, l'intersezionalità emerge solo attraverso un'analisi empirica e di tipo qualitativo sul caso concreto, fondata sull'esame della costruzione dell'identità individuale e dell'uso di rappresentazioni simboliche⁽⁴⁸⁾.

La tassonomia sulla vulnerabilità (inerente, situazionale e patogena), insieme all'idea di intersezionalità, può essere utile a far emergere e portare nel mondo del diritto e delle regole (prodotte dal decisore politico) il senso di impotenza, di perdita di controllo e di autodeterminazione, che sono comuni quando si tratta di disuguaglianze tra l'individuo o il gruppo vulnerabile (minoritario) e un altro

(40) Per un quadro di insieme del diritto antidiscriminatorio di matrice europea, si rinvia al sito istituzionale dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali, < <https://fra.europa.eu> >.

(41) Direttiva 2000/43/Ce del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

(42) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, COM/2020/152 final.

(43) Mc CALL, *The complexity of intersectionality*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 3, 2005, 1771-1800.

(44) CRENSHAW, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139-167.

(45) CRENSHAW, *Foreword: toward a race-conscious pedagogy in legal education*, in *Southern California Review of Law & Women's Studies*, 23, 1994, 33-51.

(46) BURNER, *Intersectionality: how gender studies might inspire the analysis of social inequality among migrants*, in *Population, space and place*, 18, 2012, 182.

(47) CRENSHAW, *Mapping the margins: intersectionality, identity, politics, and violence against women of colour*, in *Stanford Law Review*, 43, 1991, 1249.

(48) BURNER, *op. cit.*, 186.

individuo o gruppo (maggioritario). Probabilmente possiamo parlare di vulnerabilità intersezionale, dando rilevanza (incrociata) ai diversi e concorrenti fattori di vulnerabilità e a come questi influenzano la vita di migranti, richiedenti asilo e rifugiati anche nell'ambito delle procedure e delle misure implementate dagli Stati di transito e destinazione per garantire loro forme di protezione, accesso ed attuazione dei loro diritti fondamentali (dignità, libertà, unità familiare, lavoro, assistenza sanitaria...).

Crenshaw, con riferimento al sistema giuridico statunitense, ha denunciato il carattere discriminatorio delle norme sull'immigrazione sulla base del sesso e dell'origine etnica. Ha sottolineato che le disposizioni sulla frode matrimoniale ai sensi della S 216 dell'Immigration and Nationality Act 1957 degli Stati Uniti hanno aggravato la vulnerabilità delle donne migranti alla violenza domestica, ponendo le donne migranti in una condizione di dipendenza dal loro marito⁽⁴⁹⁾.

Mettendo insieme teorie sulla vulnerabilità e l'intersezionalità, inoltre, è possibile porre l'attenzione su due dimensioni: l'una riguarda le caratteristiche oggettive della condizione o situazione intrinseca di una persona, che la mettono a rischio di danni e/o sfruttamento e, quindi, vulnerabile; l'altra, riguarda la dimensione contestuale della vulnerabilità. L'interdipendenza di queste due dimensioni è fondamentale per valutare l'adeguatezza degli interventi elaborati per migliorare la condizione della persona e ridurre la vulnerabilità.

3. Donne migranti e diritto all'unità familiare nella giurisprudenza italiana ed europea

Come abbiamo prima sottolineato, una tema centrale, quando si guarda al diritto delle migrazioni da una prospettiva di genere, è il nesso tra migrazione femminili e riproduzione sociale. La distinzione tra lavoro produttivo e quello riproduttivo gioca, infatti, un ruolo significativo nella definizione dei regimi di regolamentazione delle migrazioni, contribuendo a sostenere modelli e ruoli tradizionali di genere e, di conseguenza, a creare e/o accentuare le situazioni di vulnerabilità di molte donne migranti⁽⁵⁰⁾.

Emblematica, da questo punto di vista, è la legislazione sul ricongiungimento familiare. Come la letteratura femminista ha messo in luce⁽⁵¹⁾, le normative europee e nazionali in questa materia tendono a basarsi su un modello tradizionale di famiglia, fondato su forti asimmetrie di genere e che si struttura attorno alla distinzione tra lavoro produttivo, svolto dal soggiornante, e lavoro riproduttivo, svolto gratuitamente dai familiari ricongiunti (nelle maggior parte dei casi dalle donne) all'interno delle mura domestiche. Questo schema, come ha osservato Rigo, implica che la mole di lavoro legata alle attività di cura e domestiche sia "irrilevante nel determinare la titolarità di un legittimo interesse a risiedere sul territorio"⁽⁵²⁾.

Un simile modello, che condiziona significativamente i percorsi migratori femminili, determina inoltre dinamiche di dipendenza tra i familiari ricongiunti, che tendono ad acuirsi nell'ambito di relazioni non più desiderate e/o violente⁽⁵³⁾.

Muovendo da tali considerazioni e dal quadro teorico sopra delineato, in questa sezione prenderemo in esame alcune sentenze della giurisprudenza europea e italiana in tema di unità familiare e ricongiungimento, verificando se e in che modo le interpretazioni giudiziarie tengano conto,

anche sotto il profilo dell'intersezionalità, della dimensione di vulnerabilità delle donne migranti, e se, in tal senso, mettano in discussione le categorie e i crittotipi sottesi alle norme giuridiche in questione.

3.1 Ricongiungimento con familiari di Paese terzo

Come più volte ribadito dalla Corte Edu⁽⁵⁴⁾, l'art. 8 della Convenzione, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, non implica un obbligo generale degli Stati di rispettare la scelta operata dalle/dagli straniere/i circa il Paese in cui vivere e costruire la propria vita familiare⁽⁵⁵⁾. Tuttavia, la corte deve accertare se le autorità nazionali, nell'ambito del loro ampio margine di apprezzamento, abbiano operato un corretto bilanciamento tra il diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti e gli altri beni giuridici che il Paese ospitante mira a tutelare.

In questo quadro, la Corte Edu si è pronunciata in diversi casi riguardanti il diritto al rispetto della vita privata e familiare di donne migranti, riscontrando discriminazioni fondate sul genere e sulla nazionalità. Una delle prime pronunce in tal senso è la nota sentenza *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*⁽⁵⁶⁾, in cui la corte ha ravvisato una violazione dell'art. 14 Cedu in combinato con l'art. 8, ritenendo che la normativa sul ricongiungimento familiare vigente all'epoca nel Regno Unito producesse una disparità di trattamento, in ragione del sesso, rispetto alle condizioni per la concessione del permesso di soggiorno al coniuge straniero. Tuttavia, la corte ha ritenuto che tale normativa non determinasse una discriminazione fondata sulla razza.

Tra le sentenze più recenti, occorre menzionare *Biao c. Danimarca*⁽⁵⁷⁾, che ha messo invece in luce il carattere discriminatorio, in base all'origine etnica, della normativa danese sul ricongiungimento familiare. In particolare, la sentenza *Biao* riguarda il caso di un cittadino di origine togolese, naturalizzato danese (dopo nove anni di residenza in Danimarca), e sua moglie, cittadina del Ghana, cui era stata rigettata la domanda di ricongiungimento familiare poiché quest'ultima non poteva vantare legami particolarmente forti con la Danimarca, come previsto invece dalla normativa del Paese. Ribaltando la decisione della seconda sezione e mettendo al centro della sua argomentazione l'art. 14 Cedu, la grande camera ha sostenuto che la regola del possesso della cittadinanza danese da almeno 28 anni, prevista dalla normativa nazionale, fosse discriminatoria nei confronti dei cittadini che "hanno origini etniche diverse da quella danese e che hanno acquisito la cittadinanza danese più tardi nell'arco della vita". La corte ha pertanto riscontrato una violazione dell'art. 14 in combinato con l'art. 8 Cedu.

L'impostazione sostenuta nel caso *Biao* è stata considerata dirompente rispetto agli orientamenti precedenti della Corte Edu in materia di ricongiungimento familiare. Quello che ci preme, però, mettere in rilievo, ai fini della nostra analisi è che la corte non sembra aver tenuto conto, nella sua argomentazione, degli effetti della normativa in questione sulle vite dei ricorrenti, in particolare della madre e del figlio. Infatti, sebbene la corte, nella opinione di maggioranza, evidenzia come il mancato ricongiungimento in territorio danese della moglie abbia costretto i coniugi ad espatriare in Svezia, essa non ha prestato un'adeguata attenzione alle conseguenze di tale situazione in termini di vulnerabilità. In questo senso, a nostro avviso, la corte avrebbe dovuto dare maggiore spazio alle considerazioni

(49) CRENSHAW – GOTANDA – PELLER – THOMAS, *Critical Race Theory*, 1995, New York, 359-366.

(50) RIGO, *op. cit.*, 215; TUITT, *Women, Migration and the Constitutional Underpinning of the European Union*, in DAVIES – MUNRO, *op. cit.*, 368.

(51) STAIANO, *op. cit.*, *passim*.

(52) RIGO, *op. cit.*, 215.

(53) KOFMAN – RAGHURAM, *Gendered Migrations and Global Social Reproduction*, Hampshire-New York, 2015.

(54) Corte eur. diritti dell'uomo, *Jeunesse c. the Netherlands*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(55) FAVILLI – FERRI, *Il diritto alla vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8 CEDU e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in GIOVANNETTI – ZORZELLA (a cura di), *op. cit.*, 299-326.

(56) Corte eur. diritti dell'uomo 1° maggio 1982, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(57) Corte eur. diritti dell'uomo 24 maggio 2015, *Biao c. Danimarca*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

contenute nella opinione concorrente del giudice Pinto De Albuquerque, il quale concentra il proprio iter logico-argomentativo sulle sofferenze e difficoltà delle persone coinvolte (para 25-33).

Queste osservazioni nulla tolgono all'importanza della pronuncia *Biao c. Danimarca*, poiché ha innegabilmente segnato un passo significativo nella messa in questione di categorie discriminatorie sottese alle norme sul ricongiungimento familiare.

Tuttavia, il percorso intrapreso da giudici di Strasburgo in questa direzione non sembra essere così lineare. Infatti, la posizione assunta dalla Corte Edu in altre circostanze solleva delle perplessità circa la decostruzione di ruoli tradizionali di genere, con specifico riferimento alle responsabilità genitoriali.

Una delle pronunce più controverse, in tal senso, è *I.A.A. e altri c. Regno Unito*⁽⁵⁸⁾, riguardante il ricorso presentato da cinque cittadini somali (alcuni dei quali minori) contro il diniego, da parte delle autorità britanniche, del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare con la madre che viveva nel Regno Unito. La corte ha ritenuto legittimo il rifiuto della richiesta di ricongiungimento, sostenendo che le autorità nazionali avessero operato un corretto bilanciamento tra il diritto alla vita familiare dei soggetti coinvolti e l'interesse generale dello Stato nel controllare i flussi migratori. In particolare, la corte ha posto l'accento sulla dimensione di volontarietà della scelta operata dalla donna che ha deciso di lasciare il Paese di origine, e i propri figli, per ricongiungersi con il suo secondo marito, pregiudicando così l'unità familiare. La corte ha infatti esaminato minuziosamente le circostanze dell'esperienza migratoria della madre dei ricorrenti, perfino delle tempistiche della presentazione della domanda di ricongiungimento, sottolineando gli elementi di volontarietà e consapevolezza: "she appears to have made a *conscious decision* to leave her children in Somalia in order to join her new husband in the United Kingdom, *knowing* that he would not agree to the children joining them" (para. 43)⁽⁵⁹⁾. Pur evidenziando l'importanza del best interest of the child, la corte ha ribadito che questo principio non può essere considerato come la "trump card". I giudici di Strasburgo hanno inoltre enfatizzato l'assenza di "ostacoli insormontabili" che potessero impedire alla donna di ricostruire la propria unità familiare nel Paese di origine.

Tuttavia, nella sua valutazione, la corte non sembra aver tenuto adeguatamente conto delle difficoltà vissute dalla donna nel decidere di lasciare il proprio Paese e, conseguentemente, la propria famiglia, così come delle difficoltà connesse alla scelta di abbandonare il Paese di accoglienza e, dunque, la posizione sociale ed economica faticosamente raggiunta nell'esperienza migratoria⁽⁶⁰⁾. Allo stesso tempo, una tale prospettiva sembra implicitamente promuovere un modello astratto di "buona" madre che, basandosi su stereotipi di genere e rafforzandoli, non tiene in considerazione la complessità dei vissuti delle donne migranti e i fattori che contribuiscono a creare la loro situazione di vulnerabilità.

In generale, la sentenza *I.A.A. e altri c. Regno Unito* riflette un orientamento restrittivo e "timido" che caratterizza la giurisprudenza della Corte Edu in materia di ricongiungimento familiare⁽⁶¹⁾ e che tende a privilegiare le prerogative statuali di controllo dei flussi migratori, rispetto alla tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana in materia di ricongiungimenti con familiari di paesi terzi, essa annovera, pur nella sua contraddittorietà⁽⁶²⁾, diverse sentenze di

merito e di legittimità, nonché della Corte costituzionale, che hanno contribuito negli anni al rafforzamento della tutela del diritto all'unità familiare, dando rilievo alle necessità e alle situazioni specifiche delle persone interessate, in particolare delle donne.

Come è noto, con la celebre sentenza n. 28/95⁽⁶³⁾ la Corte costituzionale ha affermato che "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono [...] diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via principale anche agli stranieri" e vanno "assoggettati a limiti derivanti dalla necessità di realizzare un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale" (para. 4).

Più precisamente, la Corte costituzionale ha affermato che anche la cittadina straniera, che presta lavoro nella propria famiglia, deve essere ricompresa nel novero delle lavoratrici che hanno diritto al ricongiungimento con figli minori che risiedono all'estero⁽⁶⁴⁾. In modo particolarmente significativo, la corte ha sottolineato il valore sociale ed economico del lavoro familiare, "per via degli indiscutibili vantaggi che ne trae l'intera collettività e, nel contempo, degli oneri e delle responsabilità che ne discendono e gravano - ancora oggi - quasi esclusivamente sulle donne (anche per estesi fenomeni di disoccupazione)" (para. 35). Secondo la Consulta, il rilievo assunto dall'attività lavorativa all'interno della famiglia è tale da "essere assimilata alle forme di 'occupazione' che la legge [...] richiede per l'attivazione dell'istituto del ricongiungimento familiare" (para. 38).

Con questa importante sentenza, dunque, la Corte costituzionale ha messo in questione la separazione concettuale tra lavoro produttivo e riproduttivo che, come abbiamo evidenziato sopra, contribuisce a determinare la posizione di vulnerabilità in cui si trovano molte donne migranti.

Il solco tracciato dalla sentenza n. 28/95 è stato seguito dalla giurisprudenza di merito in materia di ricongiungimento familiare⁽⁶⁵⁾, ma anche da diverse ordinanze del Consiglio di Stato riguardanti il diniego della cittadinanza italiana a donne migranti che non percepiscono redditi personali⁽⁶⁶⁾.

Benché questione della rilevanza del lavoro familiare non sia stata specificamente affrontata nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ricongiungimento familiare, le successive pronunce della Consulta in materia⁽⁶⁷⁾ hanno portato a importanti correzioni delle scelte legislative verso una maggiore tutela del diritto all'unità familiare, con attenzione al rapporto tra genitori e figli minori. In particolare, nella sentenza n. 202/13, in ossequio all'art. 8 Cedu e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁽⁶⁸⁾, la Corte costituzionale ha efficacemente affermato che, nell'ambito delle relazioni interpersonali, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti della famiglia finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti ed "il distacco dal nucleo familiare, specie se in presenza di figli minori, è decisamente troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite per legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazio-

(58) Corte eur. diritti dell'uomo 8 marzo 2016, *I.A.A. e altri c. Regno Unito*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(59) Corsivo nostro.

(60) FAVILLI - FERRI, *op. cit.*, 305.

(61) FAVILLI - FERRI, *ibid.*

(62) MOROZZO DELLA ROCCA, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero*, Torino 2020.

(63) Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 28, *Foro it.*, 1995, I, 2068.

(64) Occorre ricordare che la l. n. 943 del 1986 (c.d. legge Martelli) prevedeva il diritto al ricongiungimento ai soli soggetti lavoratori e a favore esclusivamente della famiglia fondata sul matrimonio.

(65) STAIANO, *op. cit.*, 21 s.

(66) Per tutte, Cons. Stato, sez. III, 5 giugno 2012, n. 3306, <www.giustizia-amministrativa.it>.

(67) In particolare, Corte cost. 26 giugno 1997, n. 203, *Foro it.*, 1997, I, 2370, nonché *Giur. it.*, 1998, 205, con nota di PASOTTI; 12 luglio 2000, n. 376, *Foro it.*, 2000, I, 355; 18 luglio 2013, n. 202, *id.*, 2013, I, 3376, con nota di ROMBOLI.

(68) Corte eur. diritti dell'uomo 7 aprile 2009, *Cherif ed altri c. Italia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

ne particolare". Questo passaggio della pronuncia mette in rilievo la dimensione di dipendenza inter-relazionale, con riferimento al contesto familiare, che è strettamente correlata alla nozione di vulnerabilità, intesa sia come attributo inerente all'essere umano, sia come condizione situazionale determinata dall'intreccio di diversi fattori legati al contesto. Da qui – come ribadisce la corte – la necessità di operare un'analisi contestuale e individualizzata delle singole situazioni.

I principi sanciti da queste importanti pronunce della Consulta, enunciati anche nella Direttiva 2003/86/Ce, relativa al diritto al ricongiungimento familiare di un cittadino di Paese terzo, sono stati costantemente richiamati nella giurisprudenza di merito. A tal riguardo, occorre menzionare una recente ordinanza del Tribunale di Milano del 6 novembre 2020⁽⁶⁹⁾, concernente il caso una cittadina egiziana, alla quale era stato negato il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di ricongiungimento familiare, a causa dell'assenza prolungata dal territorio italiano. La donna era sposata con un suo concittadino, legalmente residente in Italia sin dal 1999, che aveva raggiunto nel 2014 insieme ai due figli nati in Egitto; successivamente i due coniugi avevano avuto un terzo figlio, nato in Italia. L'assenza prolungata della donna dall'Italia era stata motivata dai gravi problemi di salute dei suoi genitori in Egitto.

Censurando la tesi difensiva dell'amministrazione resistente, il Tribunale di Milano ha sostenuto che, alla luce della Direttiva 2003/86/Ce e della norma nazionale di attuazione (d.leg. n. 5 del 2007), il giudice debba operare un bilanciamento "tra gli interessi sottesi alle norme sull'automatismo espulsivo" nella ricorrenza delle condizioni di legge [...] e il diritto alla vita privata e familiare del cittadino di Paese terzo". Nell'effettuare questo bilanciamento, il giudice deve tenere conto non solo dell'unità familiare, ma anche dell'interesse preminente dei figli minori, "perché il distacco della madre dal nucleo familiare finirebbe inevitabilmente per ripercuotersi sulla loro crescita ed educazione"⁽⁷⁰⁾. Nel caso di specie, secondo il giudice, il bilanciamento tra "interesse dello Stato ad evitare la strumentalizzazione dei titoli di soggiorno" e il diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare, sia della donna che dei suoi familiari ormai stabilmente soggiornanti in Italia, pende "senza incertezze" verso la tutela dell'unità familiare.

Oltre a sottolineare, in linea con la sentenza della Corte Edu *Sen c. Paesi Bassi*⁽⁷¹⁾, il diritto superiore dei figli a godere delle cure della madre, questa decisione del Tribunale di Milano valorizza il radicamento della ricorrente e dei suoi familiari in Italia. Il giudice ha infatti dato rilievo alla situazione soggettiva e oggettiva della donna e dei suoi familiari, e ai legami che essi hanno costruito in Italia. Questa prospettiva, che sembra tenere conto della complessità reale delle condizioni dei soggetti coinvolti, è a nostro avviso di notevole rilevanza, poiché sposta l'attenzione sui diversi elementi di contesto – tra cui le relazioni interpersonali e il bisogno di cura – che rendono di volta in volta le persone vulnerabili.

3.2 Ricongiungimento e diritti derivati dei familiari di cittadini dell'Ue

Il diritto all'unità familiare dei/delle cittadini/e dell'Ue e dei loro familiari stranieri è regolato dalla Direttiva 2004/38/Ce relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Tale direttiva si applica solo alle/ai cittadine/i Ue cosiddetti "attivi" o "mobili", che si sono re-

cati o soggiornano in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, nonché ai loro "familiari" (intesi secondo la definizione contenuta nell'art. 2, para. 2, della medesima direttiva) che li accompagnano o raggiungono. Come è noto, infatti, il diritto dell'Ue trova applicazione solo nei casi in cui è in questione la libertà di circolazione delle/dei cittadine/i europei.

Tuttavia, a partire dal 2002, la Corte di giustizia ha gradualmente slegato il riconoscimento dei diritti di cittadinanza europea dalla necessità di un effettivo spostamento delle/dei cittadine/i Ue da uno Stato membro all'altro, anche in casi che riguardano questioni apparentemente di competenza esclusiva nazionale⁽⁷²⁾. In particolare, con la celebre pronuncia *Ruiz Zambrano*⁽⁷³⁾, la corte ha sottolineato che, sebbene l'art. 20 Tfeue, relativo alla cittadinanza europea e ai diritti ad essa connessi, non preveda diritti autonomi in capo alle/ai cittadine/i di Stati terzi, esso ha la funzione di assicurare che i diritti propri dello *status* di cittadina/o dell'Ue non vengano vanificati dal rimpatrio di un/a familiare straniero/a. Questo vale anche se spetta agli Stati membri stabilire le modalità di attuazione del diritto di soggiorno derivato delle/dei cittadine/i non europee. Infatti, come ha precisato la corte, la finalità e la *ratio* dei diritti derivati di cui godono i familiari di cittadine/i Ue "si basano sulla constatazione che negarne il riconoscimento pregiudica [...] la libertà di circolazione del cittadino dell'Unione". Alla base di questo principio vi è la consapevolezza del fatto che il diniego del diritto di soggiorno ai familiari stranieri, che hanno un rapporto di "dipendenza" con cittadine/i dell'Ue, possa comportare un'eccessiva compressione dei diritti di queste/i ultime/i, tanto da costringerle/i a lasciare il territorio dell'Unione.

Significativa, ai fini della nostra analisi, è la sentenza *Chave-Vilchez e altri*⁽⁷⁴⁾. Il caso riguardava otto cittadine non Ue prive di un titolo di soggiorno nei Paesi Bassi e madri di figli minorenni di nazionalità olandese, le quali presentavano domande per ottenere aiuti sociali e assegni familiari. I figli erano stati tutti riconosciuti dai rispettivi padri cittadini olandesi, ma vivevano principalmente con le loro madri. Le domande presentate dalle interessate venivano respinte dalle autorità competenti argomentando che, in assenza di un titolo di soggiorno, esse non avevano alcun diritto a percepire tali aiuti sulla base della normativa nazionale. Avverso le decisioni di diniego delle prestazioni richieste, le ricorrenti proponevano appello dinanzi la Corte d'appello dei Paesi Bassi in materia di sicurezza sociale (Centrale Raad van Beroep), che decideva di rivolgersi alla Cgue – attraverso un ricorso per rinvio pregiudiziale di tipo interpretativo – chiedendo a quali condizioni queste madri potessero beneficiare di un diritto di soggiorno derivato in forza dell'art. 20 Tfeue, sulla base della giurisprudenza della corte⁽⁷⁵⁾.

In linea con la sua consolidata giurisprudenza in materia, la Corte di giustizia ha ribadito che nel caso di specie il giudice del rinvio deve valutare l'intensità della relazione di "dipendenza" tra gli interessati e verificare se questo rapporto è tale da far sì che, in caso di diniego della concessione del permesso di soggiorno alle madri straniere, i figli cittadini Ue non abbiano altra scelta se non quella di abbandonare il territorio dell'Unione, perdendo così il godimento effettivo dei diritti connessi alla cittadinanza europea. Nell'ambito di tale valutazione, secondo la corte, il giudice deve tener conto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall'art. 7 della Carta dei diritti

(72) MARGIOTTA, *I nuovi limiti alla cittadinanza europea alla luce delle sue originarie contraddizioni*, STALS Research Paper 3, 2017.

(73) Corte giust. 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Unione europea*, n. 869. Si veda inoltre, Corte giust. 13 settembre 2016, causa C-165/14, *id.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 885; 8 maggio 2018, causa C-82/16, *id.*, Rep. 2018, voce *cit.*, n. 747.

(74) Corte giust. 10 maggio 2017, causa C-133/15, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Unione europea*, n. 849.

(75) In particolare, Corte giust. 8 marzo 2011, causa C-34/09, *cit.*

(69) Trib. Milano 6 novembre 2020, <questionegiustizia.it/data/doc/2762>.

(70) Trib. Milano 6 novembre 2020, *cit.*

(71) Corte eur. diritti dell'uomo 21 dicembre 2011, *Sen c. Paesi Bassi*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

fondamentali dell'Ue, in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, riconosciuto all'art. 24 dello stesso documento.

A tal proposito, la corte ha precisato che il fatto che l'altro genitore, cittadina/o dell'Ue, sia capace di e disposto ad assumersi l'onere dei figli costituisce un "elemento pertinente, ma non sufficiente" per constatare che non esiste, tra il genitore straniero/a e il minore, un legame di dipendenza nei termini enunciati dai giudici di Lussemburgo. In questa prospettiva, secondo la corte, occorre valutare, nell'interesse superiore del minore, l'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, l'età del minore, il suo sviluppo fisico ed emotivo, l'intensità della sua relazione affettiva con entrambi i genitori, nonché il rischio che la separazione dal genitore cittadina/o di un Paese terzo comporterebbe per il suo equilibrio.

La sentenza *Chavez-Vilchez e altri*, quindi, si riallaccia al filone di pronunce che ha contribuito a ridisegnare i confini dell'art. 20 Tfeue e l'ampiezza dei diritti connessi alla cittadinanza europea, prestando attenzione al rapporto di "dipendenza" tra familiari, in particolare genitori-figlie/i. Nell'enfatizzare questa relazione di dipendenza, la Cgue ha, in certo modo, riconosciuto la rilevanza delle attività di cura all'interno della famiglia. Come ha osservato a questo proposito Staiano: "third-country national migrant women may rely on their unpaid care work as a ground to enjoy residence rights (and therefore their fundamental rights to family)"⁽⁷⁶⁾.

D'altro canto, però, nelle pronunce della Cgue il valore del lavoro di cura sembra essere ricondotto principalmente all'effettivo godimento, da parte delle/dei cittadine/i Ue, dei diritti connessi alla cittadinanza europea⁽⁷⁷⁾; il lavoro di cura familiare, infatti, facilita la mobilità delle/dei cittadine/i UE e consente ai minori di crescere e restare nel territorio dell'Unione⁽⁷⁸⁾.

In questo scenario, la sentenza *Chavez-Vilchez* sembra compiere un passo in avanti verso una maggiore valorizzazione del lavoro riproduttivo e di cura, in linea con l'approccio adottato dai giudici italiani nelle sentenze esaminate sopra. In particolare, sottolineando la necessità di prendere in considerazione lo sviluppo fisico e emotivo del minore, e la relazione affettiva con entrambi i genitori, la corte mette in rilievo l'importanza delle attività di cura, e delle responsabilità genitoriali, rispetto alla tutela dei minori e alla loro condizione di vulnerabilità. Al contempo, questa prospettiva sembra tener conto, anche se indirettamente, dell'impatto di questi fattori sulla posizione dei genitori interessati, nel caso specifico delle madri.

3.3 Limiti al rimpatrio in presenza di vincoli genitoriali o familiari

In questa sezione analizziamo alcune recenti decisioni della Corte Edu, della Corte costituzionale e della Corte di cassazione relative al rimpatrio di donne migranti in presenza di vincoli genitoriali o familiari, esaminando se e in che modo le interpretazioni giudiziali, nell'individuare i limiti al potere degli Stati di allontanare le/gli straniere/i dal proprio territorio, tengano conto della situazione di vulnerabilità delle donne coinvolte.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte Edu, è opportuno menzionare la sentenza *Shioshvili e altri c. Russia*⁽⁷⁹⁾, che, sebbene non consideri i limiti statali all'espulsione sotto il profilo specifico del diritto alla vita familiare (art. 8 Cedu), ma sotto quello del diritto a non subire atti

di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu), presenta diversi aspetti significativi rispetto alla concezione di vulnerabilità.

Il caso *Shioshvili* riguardava l'espulsione dal territorio russo di una donna georgiana incinta di otto mesi e dei suoi quattro bambini (rispettivamente di due, sei, nove e undici anni), in quanto irregolarmente presenti nel Paese. I ricorrenti lamentavano di essere stati collettivamente espulsi dalla Russia per poi essere trattenuti, per quasi due settimane, nella città di Derbent, al confine con la Georgia, in attesa del visto di transito. Durante questo periodo di attesa non avevano ricevuto alcun tipo di assistenza e avevano soggiornato in una casa sovraffollata in condizioni precarie. Dopo essere riusciti a tornare in Georgia, la donna aveva partorito un bimbo morto.

La Corte Cedu ha riscontrato una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, del divieto di espulsioni collettive e del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo. Richiamando la sua giurisprudenza precedente sulla lesione della dignità⁽⁸⁰⁾ e sulla condizione di vulnerabilità dei richiedenti asilo⁽⁸¹⁾, la corte ha fondato il suo ragionamento sulla situazione di vulnerabilità dei ricorrenti, prestando attenzione sia alle caratteristiche individuali sia agli elementi di contesto. La corte ha infatti evidenziato l'avanzato stato di gravidanza della donna, la giovanissima età dei figli, e le poche risorse che i ricorrenti avevano a disposizione. Allo stesso tempo, ha sottolineato la loro situazione di incertezza e di assoluta dipendenza dalle autorità russe (para. 84), le quali, peraltro, non avevano prestato alcuna attenzione ai bisogni specifici della donna incinta e dei suoi giovani figli. Alla luce di queste considerazioni, secondo i giudici di Strasburgo, "the applicants were in a very vulnerable position [...] their situation was caused by the conduct of the Russian authorities and [...] the applicants were depending on the Russian authorities to end their forced stay in Derbent" (para. 84).

In linea con l'impostazione adottata nell'importante decisione *M.S.S. v Belgio e Grecia*, la corte ha quindi riconosciuto la centralità che il rapporto di dipendenza dalle autorità dello Stato ospitante può assumere nel produrre e accentuare situazioni di vulnerabilità, intesa in termini di vulnerabilità patogena⁽⁸²⁾. In questo contesto, la dimensione di dipendenza si collega alle dinamiche di subordinazione operate dalle istituzioni, e non a quelle di interdipendenza nelle relazioni affettive genitoriali cui invece fanno riferimento le pronunce esaminate sopra della Cgue e della Corte costituzionale in tema di ricongiungimento familiare.

La pronuncia *Shioshvili* mette dunque in luce come la vulnerabilità sia determinata dall'intersezione di diversi fattori politici, sociali e culturali che connotano al contempo precise caratteristiche individuali, come l'essere in stato di gravidanza o l'essere minori. Tuttavia, nel considerare gli elementi che interagiscono nella dinamica intersezionale di produzione della posizione di vulnerabilità, la corte non ha tenuto conto dell'origine etnica dei ricorrenti. Al riguardo, occorre menzionare che i giudici di Strasburgo hanno escluso la violazione dell'art. 14 Cedu, in ragione di una discriminazione basata sull'origine etnica, ritenendo che i ricorrenti non avessero dimostrato che cittadini non georgiani fossero stati trattati in modo diverso in una situazione analoga. A nostro avviso, solleva inoltre qualche perplessità il fatto che la corte non si sia pronunciata sull'impatto che questa drammatica esperienza di incertezza e dipendenza ha avuto sulle vite dei ricorrenti, in particolare della donna che ha perso il figlio a causa dello stress e dei traumi

(76) STAIANO, *op. cit.*, 42.

(77) ASKOLA, *Tale of Two Citizenship? Citizenship, Migration and Care in the European Union*, in *Social and Legal Studies*, 2012, 21.

(78) VAN WALSUM, *The Contested Meaning of Care in Migration Law*, in *Ragion Pratica*, 2013, 2, 451-470.

(79) Corte eur. diritti dell'uomo 20 dicembre 2016, *Shioshvili e altri c. Russia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(80) Corte eur. diritti dell'uomo 18 giugno 2009, *Budina c. Russia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(81) Corte eur. diritti dell'uomo 22 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(82) RIGO, *La vulnerabilità nella pratica del diritto d'asilo: una categoria di genere?*, in *Etica & Politica*, 2019.

mi subiti durante l'ultimo periodo di gravidanza trascorso nelle condizioni imposte dalle autorità russe.

Nonostante questi profili di criticità, il caso *Shioshvili* ha segnato un passo in avanti di notevole rilievo nell'interpretazione giurisprudenziale del concetto di vulnerabilità in termini situazionali.

Spostando lo sguardo al contesto europeo (Ue) e italiano, occorre osservare che le donne in stato di gravidanza e/o con figli minori a carico figurano nell'elenco dei soggetti definiti "vulnerabili" dal diritto Ue e nazionale in materia di immigrazione. Ad esempio, la cosiddetta "Direttiva Rimpatri"⁽⁸³⁾ include le "donne in gravidanza" e le "famiglie monoparentali con figli minori" nella lista delle "persone vulnerabili" (art. 5), prevedendo che gli Stati membri tengano conto delle esigenze specifiche di questi soggetti in tutte le fasi della procedura di rimpatrio.

Nella normativa italiana, l'art. 19, 2° comma, lett. d, del d. leg. 286/98⁽⁸⁴⁾ stabilisce espressamente il divieto di espulsione della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita della/del figlia/o. La sentenza n. 376/00 della Corte costituzionale⁽⁸⁵⁾ ha esteso questo divieto di espulsione al marito convivente, al fine di tutelare la salute della donna straniera, nel periodo della gestazione e nei sei mesi seguenti al parto, nonché la sua famiglia e, in particolare, i figli minori. In quest'ottica, secondo la corte, il diritto dei minori di crescere ed essere educati in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori (non solo dalla madre) va di pari passo con il diritto di entrambi i genitori ad una "paritetica partecipazione [...] alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi" (para 8). In questo senso, mettendo in rilievo la situazione di vulnerabilità della donna nell'arco della gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio/a, la corte ha sottolineato come la mancata previsione dell'estensione del divieto di espulsione al coniuge convivente poneva la moglie di fronte alla drammatica alternativa tra seguire il consorte o affrontare da sola la maternità, pregiudicando così l'unità familiare.

Questi criteri di valutazione sembrano, però, cambiare nel periodo successivo ai primi sei mesi di vita delle/ dei figlie/figli. In tale fattispecie, come emerge da diverse decisioni della Corte di cassazione, la tutela della madre migrante e, dunque, del suo interesse ad ottenere l'autorizzazione ad un permesso di soggiorno, passa in secondo piano, o meglio è mediata dalla protezione del superiore interesse del minore.

A tal proposito, vale la pena citare una pronuncia della Corte di cassazione del 2015⁽⁸⁶⁾ concernente il ricorso presentato da una donna migrante, madre di una bambina di due anni, la quale – terminato il periodo del permesso di soggiorno per "cure mediche" ex art. 19 d.leg. 286/98 – si era vista negata la possibilità di permanere sul territorio nazionale ai sensi dell'art. 31, 3° comma, dello stesso decreto. La Corte suprema ha accolto il ricorso, sostenendo che lo sradicamento dalla situazione di vita attuale e l'allontanamento anche della figura materna potevano determinare un pregiudizio e un grave rischio per l'equilibrio psico-fisico della minore. Aderendo all'interpretazione estensiva del citato art. 31, 3° comma, sostenuta nelle sue pronunce precedenti, la corte ha ribadito che la *ratio* di questa norma è la tutela della/del minore "globalmente considerata, comprensiva tanto della salute fisica quanto di quella psi-

chica". In questo senso, i giudici hanno evidenziato che la bimba di due anni era già stata abbandonata dal padre e che la madre, qualora fosse rientrata nel Paese di origine, sarebbe stata esposta al "rischio di indigenza e comunque di incertezza assoluta circa il suo futuro"⁽⁸⁷⁾.

Nell'effettuare il giudizio prognostico, la corte sembra, quindi, aver tenuto conto anche della situazione di vulnerabilità in cui si sarebbe trovata la donna migrante nel caso di un rimpatrio. Tuttavia, la valutazione di questa condizione è finalizzata, prima di tutto, alla tutela della minore e poi, di conseguenza, della madre. Infatti, come la consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione ha stabilito, l'interesse del familiare, in questo caso della madre, all'autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale riceve tutela in via riflessa, ovvero nella misura in cui sia funzionale a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del minore.

Diverso sembra essere l'approccio adottato dalla Corte di cassazione in una recente sentenza del 26 febbraio 2021⁽⁸⁸⁾, relativa al ricorso presentato da una donna libica, madre di due gemellini nati in Italia, avverso il provvedimento del Tribunale di Brescia, che le aveva negato la protezione umanitaria, spalancando la porta al suo rimpatrio. Il giudice bresciano aveva affermato che la ricorrente era "una donna nel pieno possesso di capacità lavorativa senza particolari problematiche personali o familiari" (para. 7). Tuttavia, secondo la Cassazione, la presenza di due figli minori, nati in Italia e di poco più di due anni, costituisce proprio una delle "problematiche personali e familiari" che il Tribunale di Brescia avrebbe dovuto considerare. Nello specifico, la corte ha richiamato il principio affermato nella sua precedente giurisprudenza⁽⁸⁹⁾ secondo cui la vulnerabilità di minori nati in Italia ed integrati nel tessuto socio-territoriale e nei percorsi scolastici deve essere presunta, "in applicazione dei criteri di rilevanza decrescente dell'età, per i minori in età prescolare, e di rilevanza crescente del grado di integrazione, per i minori in età scolare, con conseguente prevalenza della condizione di vulnerabilità del minore, sino a prova contraria, rispetto alle norme regolanti il diritto di ingresso e soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, dovendosi dare primario rilievo al danno che deriverebbe loro per effetto del rimpatrio in un contesto socio-territoriale con il quale il minore non abbia alcun legame".

Secondo la Suprema corte, questo principio, affermato con riferimento alla situazione del minore (in relazione all'art. 31 d.leg. 286/98), vale anche con riguardo più ampio, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria (ai sensi dell'art. 19 stesso decreto), posto che la presenza di figli minori rappresenta uno degli elementi che devono essere considerati nell'apprezzamento circa la sussistenza della vulnerabilità del genitore, nel caso specifico della madre. Infatti, questa presenza – ha sostenuto la corte – si risolve in una condizione familiare "idonea a dimostrare da un lato una peculiare fragilità, tanto della madre che della giovane prole, e dunque della famiglia nel suo complesso, e dall'altro lato uno specifico profilo di radicamento del nucleo sul territorio nazionale, proprio in dipendenza dell'inserimento dei figli nei percorsi sociali e scolastici esistenti in Italia, e quindi della loro naturale tendenza ad assimilare i valori ed i concetti fondativi della società italiana". L'insieme di questi elementi, quindi, crea una dimensione di vulnerabilità tale da determinare un effettivo impedimento al rimpatrio.

In modo significativo, dunque, la Corte di cassazione prende in considerazione sia la specifica vulnerabilità dei

(83) Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

(84) D.leg. 25 luglio 1998, n. 286, testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

(85) Corte cost. 12 luglio 2000, n. 376, *Foro it.*, 2000, I, 355.

(86) Cass. 2 dicembre 2015, n. 24476, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Straniero*, n. 105.

(87) Cfr. <<http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2016/marzo/ord-cass-24476-2015.pdf>>.

(88) Cass. 26 febbraio 2021, n. 5506, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

(89) Cass. 1° settembre 2020, n. 18188, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, e <dirittoegustizia.it>, 8 settembre 2020, con nota di LEVOLELLA.

minori stranieri, sia il fatto che la presenza di figli minori rappresenti uno dei motivi che concorre a determinare la vulnerabilità del genitore, in particolare della madre. Tale posizione di vulnerabilità, che si configura come una condizione situazionale, è considerata in relazione alle responsabilità genitoriali, ma anche all'integrazione sociale nel Paese di accoglienza.

4. Conclusioni

Nella stesura del nostro lavoro, siamo partite dalla definizione di concetti quali vulnerabilità (inerente, situazionale e patogena, attuale e potenziale) e intersezionalità, fornendo la cornice teorica necessaria per la seconda parte dello studio ovvero per l'analisi delle tutele offerte alle donne migranti nell'ambito dell'Ue e dell'ordinamento italiano in materia di diritto alla vita privata e familiare, con particolare riguardo al diritto al ricongiungimento familiare e ai limiti all'espulsione delle donne migranti e madri.

Con tale premessa teorica abbiamo tentato di "mettere insieme" le teorie sulla vulnerabilità e sull'intersezionalità, ponendo l'accento sull'interdipendenza di due dimensioni: una riguarda le caratteristiche oggettive della condizione intrinseca di una persona, che la espongono al rischio di violazioni dei diritti umani e, quindi, la rendono vulnerabile; l'altra si riferisce al carattere contestuale della vulnerabilità.

In quest'ottica è emerso come il tema del lavoro riproduttivo e di cura, centrale alla riflessione femminista anche in relazione al diritto delle migrazioni, costituisca una chiave interpretativa essenziale nell'esaminare le situazioni di vulnerabilità intersezionale in cui si trovano molte donne migranti, e nel valutare se, e in che termini, tali situazioni siano state considerate nell'impianto argomentativo delle decisioni giudiziarie.

Più precisamente, l'analisi della giurisprudenza europea e italiana, in tema di diritto all'unità familiare, ha rivelato un'attenzione per una concezione situazionale della vulnerabilità non classificata dogmaticamente come tale ma considerata a partire dalle declinazioni concrete che essa assume con riferimento al determinato contesto sociale, culturale e politico nel quale si inseriscono le donne migranti coinvolte. In questa prospettiva, molte delle pronunce esaminate tengono conto dei rapporti di dipendenza in cui si trovano le donne migranti, rispetto sia alle relazioni affettive genitoriali e familiari, sia alle dinamiche di subordinazione e di abuso, anche da parte delle istituzioni.

Questa ultima dimensione, connessa a una concezione di vulnerabilità situazionale nella sua accezione patogena, emerge nella pronuncia *Shioshvili* della Corte Edu, dove i giudici di Strasburgo hanno infatti evidenziato la centralità che il rapporto di dipendenza dalle autorità dello Stato ospitante può assumere nel produrre e accentuare situazioni di vulnerabilità.

Le pronunce della Cgue e delle corti italiane in materia di ricongiungimento familiare esaminate nel nostro contributo, pur presentando alcuni profili di criticità, prestano una particolare attenzione ad alcuni elementi, come le relazioni interpersonali e il bisogno di cura, che rendono di volta in volta i soggetti vulnerabili. Ad esempio, la sentenza *Chavez-Vilchez* si riallaccia alla giurisprudenza della Cgue, che ha contribuito ad ampliare i diritti connessi alla cittadinanza europea, enfatizzando l'importanza del rapporto di "dipendenza" tra familiari (nello specifico genitori-figlie/i) e, quindi, anche delle attività di cura rispetto alla tutela dei minori e alla loro condizione di vulnerabilità. Tuttavia, nelle sentenze della Corte di giustizia il valore del lavoro di cura sembra essere ricondotto principalmente all'effettivo godimento da parte delle/dei cittadine/i Ue dei diritti legati al loro status, più che alla tutela delle/dei familiari straniere/i, in particolare delle madri.

Da questo punto di vista, la tendenza a valorizzare il lavoro riproduttivo e di cura è forse più spiccata nella giurisprudenza italiana, così come dimostra l'*iter* logico argomentativo seguito dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza 28/95, che ha messo in questione la separazione concettuale tra lavoro produttivo e riproduttivo con riferimento al regime del ricongiungimento familiare, segnando un passaggio di notevole rilievo nella protezione dei diritti delle donne migranti. Questa impostazione ha consentito infatti di individuare il carattere discriminatorio delle norme che non riconoscono l'attività di cura come lavoro rilevante ai fini del ricongiungimento familiare.

Nelle decisioni relative al rimpatrio di donne straniere in presenza di vincoli genitoriali, i giudici italiani sembrano considerare la situazione di vulnerabilità in cui si potrebbe trovare la donna migrante nel caso di un rimpatrio. Tuttavia, la valutazione di questa condizione è funzionale, prima di tutto, alla tutela delle/dei minori, e poi, di conseguenza, della madre.

Diverso sembra essere l'approccio recentemente adottato dalla Corte di cassazione in una pronuncia in tema di protezione umanitaria⁽⁹⁰⁾. Come abbiamo messo in luce, infatti, in questo caso i giudici hanno tenuto conto sia della condizione di vulnerabilità dei minori coinvolti sia del fatto che la stessa presenza di figli minori e, dunque, le relative responsabilità di cura costituiscano dei fattori che generano la vulnerabilità del genitore, nello specifico della madre.

Tuttavia, in nessuna delle pronunce esaminate, sia nella giurisprudenza italiana sia in quella europea, è emersa l'integrazione di una prospettiva intersezionale nell'analisi delle dimensioni di vulnerabilità. D'altronde, come è stato sottolineato, a eccezione dell'importante decisione *B.S. c. Spagna* della Corte Edu⁽⁹¹⁾, le corti europee hanno generalmente mostrato una limitata consapevolezza delle forme di discriminazioni multipla e intersezionale. E ciò ha inciso, di riflesso, sugli orientamenti delle corti nazionali⁽⁹²⁾.

Va notato, a tal proposito, che in altre esperienze giuridiche è possibile ravvisare un esplicito richiamo al criterio dell'intersezionalità. Ad esempio, una recente decisione della Corte costituzionale sudafricana⁽⁹³⁾, concernente la tutela dei diritti delle/dei lavoratrici/tori domestiche/ci, ha adoperato il concetto di intersezionalità mettendo in rilievo come la forza di tale approccio "lies in its capacity to shed light on the experiences and vulnerabilities of certain groups that have been erased or rendered invisible".

Come la giurista Tuitt ha osservato, la femminilizzazione delle migrazioni ha contribuito agli sviluppi della giurisprudenza europea in tema di diritti umani, plasmando le norme giuridiche dell'Ue e smascherando la loro falsa neutralità⁽⁹⁴⁾. Tuttavia, la strada da percorrere è ancora lunga, e in questo tragitto si rivela fondamentale l'impiego di una prospettiva attenta agli elementi contestuali e relazionali della vulnerabilità, così come alla sua dimensione intersezionale. Solo attraverso questo sguardo è, infatti, possibile cogliere le ingiustizie e le discriminazioni di genere nella loro complessità, in modo da applicare il principio di uguaglianza sostanziale, tenendo conto delle differenze e assicurando la promozione del diritto di autodeterminazione e della dignità di ciascuna persona.

(90) Cass., ord. 1° marzo 2021, n. 5526, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

(91) Corte eur. diritti dell'uomo 24 ottobre 2012, *B.S. c. Spagna*, <www.hudoc.echr.coe.int>.

(92) STAIANO, *op. cit.*, 74.

(93) Constitutional Court of South Africa del 19 novembre 2020, *Mahlangu & another v. Ministry of Labour and others*, <<http://hdl.handle.net/20.500.12144/36637>>.

(94) TUITT, *op. cit.*, 368.