

Maria Casola

Gli stranieri e la mediazione

Studia Prawnoustrojowe nr 21, 145-155

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Maria Casola

Università degli studi “Aldo Moro”
di Bari (Włochy)

Gli stranieri e la mediazione

La condizione dello straniero nel diritto comunitario

Occorre, precisare, a titolo di limite della nostra indagine, cosa si intenda per cittadini di Stati terzi. Quest’ultimi, così come si legge in atti fondati sul Titolo IV TCE, sono coloro cui fa difetto la cittadinanza di uno Stato membro dell’Unione¹. Tale nozione coincide, quindi, con quella di “stranieri” contenuta nell’art. 1 della Convenzione di applicazione del 1990 in materia di controllo delle frontiere esterne (“chi non è cittadino di uno Stato membro delle Comunità europee”).

Ciò posto, la demarcazione tra cittadini europei ed extra comunitari non è sempre così netta e una serie di eccezioni sono previste, come vedremo meglio nel corso della trattazione. Basti, ora, ricordare che, al fine di determinare la normativa comunitaria applicabile nei confronti di un cittadino di Stato terzo, occorre, in via preliminare, stabilire la sua condizione giuridica. In particolare, bisogna definire se tale individuo appartenga ad uno delle tre categorie “privilegiate” e possa, quindi, beneficiare di norme speciali². Le categorie in esame possono attualmente essere individuate come segue:

– cittadini di Stati terzi di diritto comune: non essendo beneficiari di nessuna norma speciale, il loro trattamento è determinato unicamente dalle misure applicabili indiscriminatamente nei confronti di tutti i cittadini di Stati terzi³;

¹ Precisamente, per “cittadino di Stato terzo” si intende “una persona che non è cittadino dell’Unione ai sensi dell’art. 17, par 1, del Trattato: si veda, ad esempio, l’art 2., lett a), della direttiva 2001/40, e rispettivamente, l’art 1, par 2 lett b), del regolamento 1030/02 citata. L’art 62 TCE prevede, altresì, l’adozione di misure volte a garantire “in conformità all’art. 14, che non vi siano controlli sulle persone, sia cittadini dell’Unione sia cittadini di Paesi terzi, all’atto di attraversamento delle frontiere interne; delle misure concernenti i controlli delle persone all’atto dell’attraversamento delle frontiere esterne, nonché quelle relative agli spostamenti dei cittadini dei Paesi terzi all’interno del territorio degli Stati membri per un periodo non superiore a tre mesi. Dalle disposizioni riportate risulta dunque che l’espressione “persone” ricomprende i cittadini dell’Unione e di Stati terzi.

² Le misure sull’ingresso, soggiorno, circolazione nell’Unione di cittadini di Stati terzi non si esauriscono in quelle cui ha riguardo il Titolo IV TCE. Vi sono regimi speciali come, ad esempio le norme comunitarie che attribuiscono al cittadino dell’Unione il diritto al ricongiungimento familiare.

³ A tal fine si veda *l’acquis di Shengen* ed in particolare l’attraversamento delle frontiere esterne.

– cittadini di Stati terzi membri della famiglia di un cittadino di uno Stato membro che risiede in un Paese diverso da quello di origine: sono beneficiari di norme particolari applicabili solo nei loro confronti;

– cittadini di Stati terzi che prestano servizi per conto di un'impresa stabilita in un Paese membro diverso da quello dove è prestato il servizio: sono ugualmente beneficiari di norme particolari applicabili nei loro confronti;

– cittadini di Stati terzi con i quali la Comunità ha concluso accordi di associazione o di cooperazione: sono beneficiari delle disposizioni di tali accordi che riservano loro un trattamento particolare.

Rispetto ai cittadini di diritto comune, quelli appartenenti agli altri tre gruppi possono essere definiti come dei “privilegiati” in quanto destinatari di norme particolarmente favorevoli nei loro confronti.

L'analisi proposta risulterà focalizzata, in un primo momento, sulla condizione di tali gruppi cd “privilegiati”, tuttavia, nel corso dell'esame di alcune questioni, come ad esempio, quella della cogenza della protezione dei diritti umani, si farà riferimento anche alla condizione dei cittadini degli Stati di diritto comune. Peraltro, data la su esposta distinzione, nel corso della trattazione, non si potrà individuare un unico sistema di norme che stabilisce il trattamento dei cittadini di Stati terzi nell'Unione europea, ma si andrà a considerare i diversi trattamenti che derivano dall'appartenenza o meno ad una delle suddette categorie.

Un'altra distinzione fondamentale per l'analisi del trattamento dei cittadini di Stati terzi nell'Unione europea si fonda sulla durata della loro permanenza nel paese ospitante⁴. Al di là della distinzione tra immigrati di breve o lungo periodo, quello che rileva per la nostra indagine, è la diversa posizione assunta, sempre nell'ambito dei migranti stranieri, fra cittadini di Stati terzi che sono entrati regolarmente nel territorio degli Stati membri dell'UE e che ivi soggiornano regolarmente ed i cittadini di Stati terzi che devono ancora entrare nel territorio (i cd postulanti) o che ivi soggiornano in maniera irregolare. Infatti, mentre alcuni diritti sono riconosciuti a tutti (e quindi anche ai migranti postulanti ed a quelli irregolari), una serie di altri diritti è riconosciuta solo

⁴ Cfr. H. Staples, *The legal status of third country nationals resident in the European Union*, The Hague 1999, p. 74, il quale sottolinea che la posizione dei cittadini di Stati terzi legalmente presenti nel territorio degli Stati membri, che abbiano espletato le pratiche necessarie per l'ingresso, che presentino i requisiti richiesti, che abbiano ottenuto un permesso di soggiorno o la residenza in uno dei Paesi membri, sia diversa rispetto a coloro che, al contrario, tentano di ottenere il permesso di entrare nel territorio di uno Stato membro, oppure lo abbiano ottenuto da un periodo di tempo relativamente breve. È possibile, infatti, distinguere tra immigrati di breve e di lungo termine. Sebbene nell'ambito del diritto comunitario non sia ancora possibile definire dal punto di vista “quantitativo” il limite temporale che determina il passaggio dall'una all'altra categoria, restando competenza dei singoli Stati stabilirlo, possiamo affermare delle differenze dal punto di vista “qualitativo”. Mentre gli immigrati di lungo periodo risultano inseriti permanentemente nel tessuto sociale dello Stato di residenza, quelli di breve periodo presentano una situazione meno stabile e definita. Muovendosi solo sulla base della durata della loro permanenza nel territorio di uno Stato membro, possiamo prefigurare per i primi l'obiettivo dell'integrazione, laddove per i secondi le prospettive si fanno più incerte non potendosi stabilire se e quando la temporaneità del loro soggiorno vorrà e/o potrà essere trasformata in una residenza definitiva.

a coloro che sono regolarmente soggiornanti. Anzi, per quest'ultimi, si parla oggi addirittura della necessità di definire un loro statuto, che comprenda anche molti diritti civili, politici, economici e sociali, su una base di trattamento paritario, salvo qualche eccezione, rispetto ai cittadini comunitari⁵.

Il quadro normativo

L'assunto sul quale occorre muoversi è l'inesistenza, allo stato attuale, di un centro decisionale unitario ed effettivo in grado di governare un fenomeno come quello migratorio di tale portata e gravità. Il quadro istituzionale risulta caratterizzato da una estrema varietà di fonti legali a tutela dei diritti degli immigrati e, pertanto, da un'evidente frammentazione della disciplina.

La sorte di cittadini extra-comunitari all'interno del territorio dell'Unione è spesso stata in balia di normative statali rigorosamente restrittive, frutto di politiche di difesa contro il fenomeno sempre più massiccio dell'immigrazione verso l'Europa di cittadini di molti Paesi estranei all'Unione europea.

Sono individui che non possono liberalmente spostarsi, che non possono stabilire il centro dei loro affari ove ritengano vi siano maggiori risorse e, quindi maggiore possibilità di soddisfazione dei propri bisogni. Non lo possono fare perché a fronte della propria domanda di ingresso persiste il diritto degli Stati di controllare i flussi migratori in entrata, diritto questo che si fonda sul superiore interesse al mantenimento dell'ordine pubblico interno. Infatti, nonostante il punto di svolta rappresentato dal Trattato di Amsterdam⁶, con il trasferimento della materia nel vero e proprio diritto

⁵ Un'applicazione di tale principio è ritrovabile nel TU delle disposizioni sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero, approvato con il decreto legislativo n. L 286/1998 e modificato con la legge n. 189/2002, che, in sostanziale conformità con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, conferma le posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare lo straniero in Italia secondo una scansione che si può sintetizzare secondo il seguente schema: a) situazioni giuridiche soggettive (diritti e doveri) attribuite agli stranieri presenti alla frontiera e agli stranieri comunque presenti nel territorio dello Stato (siano essi in regola o no con le norme sull'ingresso e sul soggiorno degli stranieri); b) situazioni giuridiche soggettive che sono attribuite soltanto agli stranieri regolarmente soggiornanti; c) alcuni diritti fondamentali sono riservati soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno o di determinati tipi di permessi di soggiorno di lunga durata; d) alcuni diritti attribuiti soltanto agli stranieri titolari di carta di soggiorno (e i figli minori conviventi in essa iscritti); e) ulteriori e diverse situazioni giuridiche più favorevoli per i cittadini extracomunitari si possono ricavare da eventuali disposizioni di accordi internazionali. Si veda anche B. Nascimbene in *Il diritto degli stranieri*, il quale fa una distinzione fra diritti fondamentali e diritti non fondamentali dei cittadini di Stati terzi.

⁶ Come sottolineano F. Pocar e I. Variego, in *Diritto comunitario del Lavoro*, 2001, p. 169 s., il Trattato di Amsterdam segna il passaggio della materia dal terzo pilastro al primo, ovvero dalla cooperazione intergovernativa ad un'azione comunitaria, "seppure di portata non generalizzata sussistendo regimi speciali riservati ad alcuni Stati membri e con il limite che gli Stati membri mantengano o introducano disposizioni di contenuto diverso da quelle comuni purchè compatibili con il trattato e con gli accordi internazionali". Per un esame dettagliato delle disposizioni del titolo in questione in materia di immigrazione e di asilo si vedano E. Adam, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, "Dir. Un. Eur." 1998, p. 481 ss; A. Adinolfi, *La circolazione dei cittadini di Stati terzi, obblighi comunitari e normativa nazionale*, [in:] *La libera circolazione dei lavoratori*, a cur. B. Nascimbene,

comunitario (primo pilastro), viene comunque riconosciuta agli Stati membri la facoltà di mantenere o adottare misure anche in presenza di atti comunitari (art 63 Trattato CE)⁷. Ciò equivale a dire che la Comunità europea ha una competenza legislativa in materia di asilo politico, immigrazione e controllo frontiere esterne, ma non ancora una competenza esclusiva. In conseguenza di ciò l'accesso al mercato del lavoro, alla previdenza sociale, all'istruzione, all'elettorato attivo e passivo così come il riconoscimento di taluni diritti dipendono, oggi, in via esclusiva dalle scelte dei singoli ordinamenti nazionali.

Una regolamentazione seppure minima in favore dei cittadini extra comunitari viene, invece, riconosciuta attraverso l'estensione dell'ambito di applicazione delle norme sul ricongiungimento familiare dei cittadini comunitari migranti⁸ o attraverso le disposizioni contenute in Accordi di associazione o cooperazione stipulati tra la Comunità e lo Stato di appartenenza⁹.

Il quadro normativo non muta neppure con la stipula del Patto di *Schengen*¹⁰ del 1985, con il quale i paesi firmatari hanno provveduto ad istituire un territorio comune senza frontiere, sì da consentire la libera circolazione delle persone all'interno dei

Milano 1998, 123 ss; I. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration*, Bruxelles 2000; B. Nascimbene, *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi*, "Dir. Un. Eur." 1998, p. 511 ss; B. Nascimbene, Mafrolla, *Recenti sviluppi della politica comunitaria in materia di immigrazione e asilo*, "Dir. Imm." 2002, p. 13 ss. Sulla disciplina del titolo IV nonché, in generale, sull'intero impianto del Trattato di Amsterdam cfr., tra gli altri, A. Tizzano, *Il tratto di Amsterdam*, Padova 1998.

⁷ Tale norma prevede che le misure adottate dal consiglio non ostano "a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali", così mantenendo fortemente radicata nei singoli ambiti nazionali, nella discrezionalità legislativa e regolamentare dei Paesi membri, la disciplina e la gestione del fenomeno. Occorre, altresì, ricordare come il nuovo Titolo IV del Trattato CE non si applichi alla Danimarca e che, per il Regno Unito e l'Irlanda, sia previsto un meccanismo di adesione volta per volta (*opting in*, art. 69 Trattato CE e relativi protocolli).

⁸ Non possiamo, altresì, dimenticare l'opera svolta dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la sua giurisprudenza, nell'aver riconosciuto la natura direttamente applicabile di molti diritti come "l'accesso al lavoro" ed il "divieto di discriminazione", inizialmente sconosciuti ai cittadini extra-comunitari, in modo tale da permettergli di valersene dinanzi alle autorità e/o giurisdizioni nazionali. Su questo aspetto si avrà modo di ritornare nelle pagine che seguono.

⁹ Gli accordi di associazione trovano la loro base giuridica nell'art. 310 TCE. Come la Corte di giustizia ha precisato, nella sent. 30-9-1987, c 12/86, *Demeril*, [in:] *Racc.*, 3719 ss, "un accordo di associazione crea vincoli particolari e privilegiati con uno Stato terzo il quale deve, almeno in parte, partecipare al regime comunitario" (par. 9). In particolare, nella sentenza *Demirel*, la Corte ha precisato che, sebbene taluni accordi di associazione si presentino in forma di accordi misti, essa mantiene intatta la propria competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale anche su quelle disposizioni "implicanti un impegno che solo gli Stati membri abbiano potuto assumere nell'ambito della propria competenza specifica" quando, come accadeva nel caso di specie, le disposizioni in questione rientrano in un settore di competenza della Comunità. Infine, affrontando, peraltro, la questione dell'efficacia diretta delle disposizioni di un accordo di associazione nell'ordinamento degli Stati membri. Essa è così giunta ad affermare, con un'espressione destinata a ripetersi nella successiva giurisprudenza comunitaria, che "una disposizione di un accordo stipulato dalla Comunità con Paesi terzi va considerata direttamente efficace, qualora, tenuto conto del suo tenore letterale, nonché dell'oggetto e della natura dell'accordo, implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore".

¹⁰ In argomento B. Nascimbene, *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Il Milano 1999, p. 317.

paesi firmatari, senza nocumento dell'ordine pubblico. Tali accordi non vanno oltre la formula di una cooperazione di diritto internazionale pubblico.

In sostanza, dal diritto del cittadino comunitario, derivante dal regime di libera circolazione e da altri principi di diritto comunitario¹¹, di tutela della propria vita familiare sono sorti diritti e facoltà a favore del familiare extracomunitario: diritti e facoltà che hanno, però, natura derivata e, come tali destinati molto spesso ad estinguersi con il venir meno del rapporto parentale; essi in secondo luogo, non possono arrecare alcun beneficio al gran numero di cittadini extra comunitari non coniugati o che si leghino a cittadini europei "sedentari", che esercitino la loro libertà di circolazione nell'Unione scegliendo di non circolare liberamente e di mantenere la residenza presso i luoghi nati. Quest'ultimi, infatti, che definirei di diritto comune, in quanto non beneficiari di nessuna norma speciale, non potranno pretendere il rispetto dei diritti fondamentali "comunitari" qualora colpiti da un provvedimento statale di espulsione.

Di qui l'evidente disparità di trattamento tra queste due categorie di soggetti nel godimento di diritti pure proclamati dalla stessa Corte di giustizia "fondamentali" e che, quindi, in ragione di tale qualifica, dovrebbero essere tutelati in modo tendenzialmente universale, e cioè nei confronti di tutti gli esseri umani o, almeno, di tutti i cittadini.

Ma non c'è da stupirsi se diritti e garanzie siano stati distribuiti a quei soggetti che siano utili allo scopo, quali importanti tasselli dell'economia del Paese. In effetti i punti d'appoggio sui quali il giudice comunitario ha eretto la griglia di tutela per (taluni) immigrati sono stati il diritto di accesso ad un lavoro ed il divieto di trattamenti discriminatori in ambito lavorativo e previdenziale; e gli snodi attraverso i quali è passato, sono stati (e saranno), le nozioni di "lavoratore", "lavoro regolare" e simili.

¹¹ Si verifica, cioè, anche nel campo dei diritti fondamentali, quel fenomeno definito dalla dottrina come *spill over effect*, che porta ad estendere l'ambito di efficacia del diritto comunitario ben oltre i limiti disegnati dal principio delle competenze di attribuzione e dal principio di sussidiarietà. Questo anche perché la naturale "superiorità" della normativa comunitaria rispetto alla legge ordinaria, inducono l'interprete a ravvisarvi principi generali, che tendono a proiettarsi al di fuori di tali materie. In questo modo la Corte ha indubbiamente elevato, lo standard di protezione e, quindi, esteso il contenuto di taluni diritti. Tale *vis* espansiva dei diritti è a sua volta indotta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, i cui risultati in punto di garanzia vanno a far parte dell'*acquis communautaire* relativo alle caratteristiche dei diritti medesimi. Sul punto si veda G. Tesaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, [in:] *Associazione Italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999*, La Costituzione europea, "Atti del XIV Convegno annuale" 2000, p. 309 ss. Peraltro, il processo di circolarità e di osmosi tra i due ordinamenti fa sì che garanzie introdotte in funzione dell'effetto utile passano poi al diritto interno e, dunque, si pongono a tutela di situazioni soggettive non comunitarie. Sul punto si veda U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della p.a.*, "Riv. it. dir. pubb. Com." 2005, p. 851 ss. Ciò posto, dato altresì la comunitarizzazione dell'asilo e dell'immigrazione, l'estensione a tali settori della competenza pregiudiziale della Corte, nonché la realizzazione dei su esposti processi, si assiste all'estensione dell'ambito di applicazione di quei diritti e principi, inizialmente propri dei cittadini comunitari, anche a favore di extracomunitari. Esempi di capitale importanza per i singoli è l'attuale godimento del "diritto di accesso al lavoro", "il divieto di discriminazione".

I mezzi di tutela

Ci si chiede se vi sono modi per rimediare sin d'ora ad eventuali situazioni di svantaggio per lo straniero. Allo stato attuale le speranze sono riposte nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, ad esempio, nel suo articolo 8 (diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare).

Poiché la Corte di Giustizia ha sempre riconosciuto che essa deve far salva la sostanza dei diritti fondamentali della persona nell'applicazione ed interpretazione del diritto comunitario (art. 6 TUE), i margini per utilizzare l'art. 8 CEDU sembrano sussistere. Eventuali misure pregiudizievoli per lo straniero non sempre potranno loro applicarsi da parte delle autorità statali se non bilanciate con il rispetto di tali diritti.

L'UE e così i singoli Stati membri non possono venire meno all'impegno circa il rispetto dei diritti assicurati dalla CEDU; ciò comporterebbe, non solo una responsabilità nei confronti degli Stati che sono parti a quest'ultima ma anche una responsabilità più ampia connessa al mancato rispetto di norme di *ius cogens*¹². Esistono, infatti diritti fondamentali assoluti ed inderogabili, riconosciuti anche dalla stessa giurisprudenza comunitaria (sent. *Schmidberger*) che vengono sottratti dal bilanciamento con interessi pubblici o privati concorrenti, perché protette da norme collocate al vertice di gerarchie formali. Lo stesso bilanciamento che non impedi l'applicazione della regola islamica sul matrimonio poligamico nel ricongiungimento della seconda moglie con i propri figli, dando un assetto che l'ordinamento del paese ospite non può ignorare. A prevalere è l'unità familiare.

Proprio l'arrivo di tanti clandestini fa pensare all'inadeguatezza concettuale delle nostre società, in particolare di quella europea. Si parla di multiculturalità e multietnia: non basta. Occorre, il coraggio di affermare la molteplicità sistemico-giuridica; cosa che in parte si sta profilando, per esempio, in Inghilterra, con il riconoscimento delle Corti islamiche, le quali, in territorio britannico applicano un altro diritto.

Lo stesso articolo 63 TCE, richiamato all'inizio del mio intervento, introduce un'ulteriore modalità di *enforcement* della normativa internazionale in materia. Quest'ultima infatti viene a costituire un limite all'intero sistema normativo così creatosi per effetto delle norme internazionali, comunitarie e nazionali, risolvendo le ipotesi di conflitto attraverso l'inderogabilità in *pejus* degli *standards* di tutela previsti. Dire che lo Stato possa mantenere una disciplina propria nonostante l'intervento comunitario non preclude l'obbligo per il primo di rendere la propria legislazione compatibile non solo con il diritto comunitario successivo¹³, perché migliorativo, ma anche e soprattutto

¹² Si veda a tal fine l'art 53 della Convenzione di Vienna concernente la prevalenza delle norme imperative di diritto internazionale, fra cui figurano ormai un buon numero di diritti dell'uomo, quali incorporati fra l'altro nella Convenzione EDU.

¹³ Ricordiamo che fondamento giuridico di una simile comparazione sia ritrovabile negli obblighi che lo Stato ha assunto nei confronti della Comunità, che derivano dal principio di leale collaborazione (art. 10 TUE).

se più favorevole con gli accordi internazionali¹⁴; e nel caso, in cui intenda introdurre una disciplina nuova, deve tener conto dei sopra esposti parametri e non adottare soluzioni ad esso incompatibili¹⁵.

Emerge pertanto un quadro di minimo garantito di tutela che non pregiudica il rispetto di *standards* più elevati altrimenti previsti. L'attività interpretativa ne risulta condizionata. Spetterà all'interprete nel caso in cui rilevi antinomie tra le disposizioni in discorso stabilire se la normativa nazionale, pur essendo derogatoria, comparata a quella comunitaria o internazionale sia meno favorevole per l'immigrato. Solo in tali casi non dovrà applicare la norma interna e far prevalere la norma comunitaria e/o internazionale rilevante al medesimo titolo¹⁶.

Il ruolo della mediazione

È superfluo non ricordare il ruolo del mediatore nella gestione delle diverse tipologie di conflitto, che coinvolgono immigrati, sia nell'ambito della macro-interculturalità (fra comunità sociali, religiose etc.), sia della cosiddetta micro-interculturalità (fra individui o in contesti relativamente piccoli come la famiglia, la scuola etc.). Senza dimenticare le esigenze di carattere sociologico di integrazione sul territorio delle diverse comunità, a livello di quartiere e vicinato, dove si rischiano fenomeni di ghettizzazione, marginalizzazione, esclusione sociale, devianza e insicurezza, come nelle *banlieu* francesi o nei quartieri dove vivono solo i turchi in Germania oppure nei ghetti di minoranze afro-asiatiche in Regno Unito. In tutti i casi la mediazione è considerata strumento strategico per i processi di integrazione.

La presenza stabile di milioni di cittadini stranieri in vari Paesi dell'Unione europea, a cominciare da quelli dell'Europa occidentale, sollecita quotidianamente gli organismi politici e i legislatori a promuovere un ampliamento delle potenzialità delle reti di protezione sociale.

¹⁴ A tal fine, si ricorda per l'Italia che, ai sensi dell'art. 10 della Cost, il contenuto di una tal "legge" potrà essere costituzionalmente legittima soltanto se rispetterà le norme consuetudinarie internazionali e le disposizioni previste dagli accordi internazionali in vigore (tra cui in particolare la CEDU). Un esempio è dato dalla l. n. 40 e il TU, con le più recenti modifiche introdotte dalla Legge Bossi-Fini, in cui costante è il richiamo alla sua conformità al diritto internazionale, consuetudinario e pattizio; al primo riferendosi con l'espressione "principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti"; al secondo compiendo numerosi rinvii. Fra questi, agli accordi bilaterali che, in virtù del principio di favor prima ricordato, prevedono condizioni più favorevoli per i cittadini degli Stati contraenti in ordine alla cooperazione atta a prevenire o evitare le immigrazioni clandestine. Si veda peraltro, G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Torino 1998, p. 76; F. Coccozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 1994, p. 66.

¹⁵ Ricordando sempre per il nostro Paese la legittimità costituzionale di ogni norma vigente in materia di stranieri con riferimento alla riserva di legge rinforzata prevista dall'art 10, comma 2, Costituzione.

¹⁶ Tale orientamento (prevalenza della soluzione più favorevole) andrebbe, altresì, a costituire uno strumento di coordinamento di eventuali contrasti interpretativi, posti in essere da corti giurisdizionali nazionali e non. Chiari sono i richiami all'art. 53 della CEDU ("salvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti") nonché art 53 della Carta di Nizza, in cui si cerca di evitare che siano adottate interpretazioni che, in qualche modo, pregiudichino livelli di tutela eventualmente più elevati adottati in seno ad altri ordinamenti.

Da tempo, per esempio, in vari contesti nazionali sono state avviate iniziative sperimentali di mediazione finalizzate alla promozione della piena fruizione, da parte di cittadini, famiglie e minori stranieri, dei servizi del welfare locale quale parte integrante di una più generale strategia di valorizzazione del rispetto, del dialogo e della pacifica convivenza tra culture. La mediazione ha una funzione diretta a risolvere problemi, proporre soluzioni, governare fenomeni, valorizzare risorse della società multietnica e multiculturale¹⁷.

Secondo una recente ricerca¹⁸ conoscitiva sulla figura del mediatore risulta che “in alcuni Paesi (Spagna, Francia, Italia, Germania) l’attività di mediazione è realizzata direttamente da persone fisiche, da individui che operano in prima linea a stretto contatto con le questioni legate al fenomeno dell’immigrazione, fornendo specifica consulenza in differenti contesti e situazioni, per conto di vari committenti e utenze (pubbliche e/o private). In altre realtà geografiche (per esempio Regno Unito) il dispositivo è invece strettamente incardinato e connaturato all’azione di strutture appositamente preposte a tale funzione”. Detto in altro modo nel primo caso la mediazione coincide con l’azione di una figura terza inserita tra due polarità (comunità autoctona e comunità immigrata o di origine immigrata; istituzioni da un lato e immigrati dall’altro) che si trovano in una situazione di incomprendimento e conflitto. Nel secondo caso invece la mediazione è realizzata da figure organiche a strutture operanti sul territorio, per esempio maestri, personale paramedico, ecc, che possono svolgere il ruolo usuale previsto da tali servizi, ma con una sensibilità particolare per favorire l’accesso ai servizi da parte di cittadini di origine straniera o appartenenti a minoranze etniche e culturali. Il ruolo che il mediatore è chiamato a svolgere può essere diverso secondo il contesto territoriale in cui opera: da un lato interprete, soprattutto in Paesi di immigrazione più recente (per esempio Italia, Grecia, Spagna) ma anche più consolidata (Francia, Germania), dall’altro mediatore sociale puro, in prevalenza in quelle realtà socio-culturali con immigrazione e percorsi di integrazione di lunga durata (Regno Unito, Germania e Francia).

Sul piano dei meccanismi di tutela dei diritti fondamentali degli stranieri accanto agli strumenti tradizionali, sicuramente utile potrà essere considerato quel modello che solo da pochi anni ha iniziato a diffondersi nella nostra cultura, incentrato sulle tecniche di mediazione quale gestione alternativa dei conflitti.

¹⁷ La figura del mediatore è promossa dalle ONG e dalle associazioni (laiche e cattoliche) che offrono assistenza agli immigrati. In Italia, per esempio, già da tempo la comunità scientifica ha accompagnato tali sperimentazioni interrogandosi sulle dimensioni funzionali e professionali dell’intervento mediatorio, mentre diverse Regioni hanno approntato una prima regolamentazione della figura professionale. La figura è coinvolta anche nelle prime realtà di accoglienza straordinaria e di emergenza (Centri di permanenza temporanea, centri per minori e per adulti di secondo livello) e viene chiamata primariamente in causa per fungere da “ponte” fra le differenziate comunità etniche nei diversi contesti di riferimento.

¹⁸ La realizzazione di una “Ricerca esplorativa e conoscitiva sulla figura del mediatore culturale in ambito nazionale e comunitario” è stata affidata all’Isfol e finanziata nell’ambito della programmazione del Fondo Sociale Europeo 2000–2006 – Pon Obiettivo 3 – Asse B, Misura B1, Piano straordinario Isfol 2005–2007. La ricerca, condotta dall’Area “Analisi dei fabbisogni e dell’evoluzione tecnologica ed organizzativa” dell’Isfol, ha analizzato i seguenti Paesi europei: Italia, Francia, Germania, Grecia, Regno Unito e Spagna.

Esso costituisce uno strumento di accesso alla giustizia, “quale movimento mondiale per rendere i diritti effettivi”, secondo la prospettiva dischiusa dal grande progetto *sull’Access to Justice* promosso da Mauro Cappelletti, negli anni settanta del secolo XX, a partire da Firenze¹⁹. Tre “ondate” caratterizzano il movimento: la prima è costituita dallo sviluppo degli strumenti di assistenza giudiziaria ai non abbienti, la seconda è diretta ad organizzare una reazione aggregata delle vittime di illeciti plurioffensivi (tutela collettiva, *class action*), la terza ondata è animata dalla semplificazione delle procedure e sviluppo dei metodi negoziali di composizione delle controversie.

Per garantire un miglior accesso alla giustizia, già il Consiglio europeo di Tampere nel 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative di risoluzioni delle controversie in materia civile (e commerciale); nell’aprile 2002 la Commissione ha presentato un libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, intraprendendo consultazioni ad ampio raggio con gli Stati membri sull’opportunità di promuovere l’utilizzo della mediazione, per fornire un rimedio extragiudiziale, conveniente e rapido delle controversie civili, attraverso procedure più snelle, flessibili e informali.

La domanda di giustizia è venuta, pertanto, a significare, sempre più decisamente e per moltitudini sempre più vaste, domanda di uguaglianza non soltanto formale, ma reale ed effettiva uguaglianza di possibilità di sviluppo della persona e uguale dignità dell’uomo.

Alla luce di questa nuova domanda di giustizia va inteso per l’Italia, ad esempio, l’art 2 del D.lgs n. 28 del 2010, sulla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”, che riporta: “1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto. 2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi”.

Il ricorso alla mediazione diviene, altresì, per talune controversie, “condizione di procedibilità della domanda giudiziale”, atteggiandosi, pertanto, nella sostanza, a condizione di accesso alla tutela giurisdizionale²⁰. In questi casi la mediazione è gratuita per i soggetti che nel processo beneficiano del gratuito patrocinio e, pertanto, anche per gli stranieri (Testo unico di spese di giustizia).

¹⁹ Cfr. M. Cappelletti, B. Garth, *Access to justice: The worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1, 1, Milan – Alphenaaandennijn 1978–1979, p. 3 ss.; il tema è stato ripreso recentemente da Varano, nella presentazione a *L’altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Milano 2007.

²⁰ Si veda l’art. 5, “condizione di procedibilità e rapporti con il processo”, del D.lgs n. 28 del 2010: 1. Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e’ tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto.

In relazione alla rapidità e semplicità di accesso alla mediazione, il D.Lgs. 4 Marzo 2010 n. 28 ha previsto diverse misure, dirette in generale ad incentivare la diffusione della mediazione (sia in termini di “procedura alternativa” che in termini di “cultura alternativa”). Tra gli “incentivi” alla mediazione rientra certamente anche la possibilità di richiedere il gratuito patrocinio a spese dello Stato (ex art. 17, comma 5 D.Lgs. 28/2010): “Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell’articolo 5, comma 1, all’organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell’articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30 maggio 2002, n. 115”²¹.

Pertanto, Come si accede alla mediazione gratuita? “[...] la parte è tenuta a depositare presso l’organismo apposita dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo mediatore, nonchè a produrre, a pena di inammissibilità, se l’organismo lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato” (art. 17, comma 5, D.Lgs. 28/2010). All’atto della presentazione dell’istanza di mediazione, la parte allega alla domanda una dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà e la documentazione comprovante la veridicità di quanto dichiarato, ossia: attestazione ufficio del lavoro; dichiarazione dei redditi; stato di famiglia.

Summary

Foreigners and mediation

Key words: foreigners, human rights, means of protection, mediation.

The article aims to highlight the absence, at present, of a decision-making unit and effectively able to govern a phenomenon such as migration of large-scale and severity. The institutional framework is characterized by a great variety of legal sources to protect the rights of immigrants and, therefore, a clear and fragmentation of the discipline. In particular, it focuses on the ways to remedy any disadvantage to the stranger. The demand for justice has come to mean more and more decidedly and increasingly vast multitudes, demand for equality not only formal but real and effective equality of

²¹ Il procedimento di mediazione risulterà quindi completamente gratuito per coloro che abbiano un reddito inferiore a 10 628,00 euro annui (all’art. 76 del T.U. Spese di Giustizia). Se l’interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l’istante. Tanto la nozione di familiare quanto quella di convivente vanno intese in senso ampio: familiare è anche il convivente *more uxorio*, così come devono considerarsi conviventi anche i familiari dell’istante che si trovino in stato di detenzione. Invece, si tiene conto del reddito prodotto dal solo interessato nei procedimenti in cui gli interessi di quest’ultimo siano in conflitto con quello degli altri componenti del nucleo familiare.

opportunity for personal development and equal dignity of man. In terms of access to justice, certainly useful model that can be considered only in recent years has begun to spread in our culture, focusing on the techniques of mediation as an alternative management of conflicts. It is, therefore, in-depth, the mediator's role in the management of different types of conflict involving immigrants, both in the macro-interculturality (including community social, religious, etc.) And the so-called micro-interculturality (between individuals or in relatively small as the family, school, etc.).