

Analisi costi/benefici e proporzionalità nel trattamento degli stranieri negli Stati Uniti e in Germania

David Abraham

In anni recenti si è assistito, in molte democrazie liberali, a una riduzione sia delle aspettative nei confronti del diritto di cittadinanza, sia delle richieste avanzate da coloro che vorrebbero diventare cittadini. Una conseguenza di tale sviluppo, o forse un altro aspetto della medesima, più vasta tendenza, è stata una diminuzione, anche alquanto prosaica, delle difficoltà incontrate da coloro che sono residenti ma non cittadini di questi paesi. Ciò che si era soliti chiamare “il moderno stato-nazione” è stato a lungo considerato in maniera assiomatica come, allo stesso tempo, un’organizzazione territoriale (una volta che il potere sovrano ha raggiunto il monopolio sull’uso legittimo della violenza) e un’organizzazione di membri che richiede diritti e doveri reciproci da parte dei residenti, sia in possesso della cittadinanza che stranieri (una volta che i cittadini attivi avevano preso il posto dei soggetti passivi). L’attuale stato liberale è ancora un’organizzazione di questo tipo, nella quale però diritti e doveri diminuiscono e le distinzioni tra i vari residenti si fanno sempre più sottili.

In questo studio si sostiene che, nonostante si respiri una certa aria di meschinità, tanto negli Stati Uniti quanto in Germania, le condizioni legali di stranieri, *aliens* e abitanti sono migliorate come risultato di un individualismo liberale emergente che si fa sempre più funzionalista e banale.¹ Questa è una notizia buona e cattiva allo stesso tempo. A livello culturale e politico il riconoscimento può impedire la redistribuzione: come le identità aumentano e proliferano, il benessere solidaristico guidato dallo stato e le politiche di redistribuzione del reddito sono più difficili da sostenere, ed è ancora più improbabile che si espandano.² A livello legale, invece, le politiche di riconoscimento spingono verso l’uguaglianza e l’indebolimento dei motivi accettabili per la discriminazione. L’emergere dell’individualismo liberale in entrambi i paesi, quindi, ha prodotto i suoi benefici antidiscriminatori, sebbene abbia viziato in modo evidente le possibilità di riuscita per altri importanti progetti sociali.

In un discorso pronunciato nel 1995, acuto come al solito ma singolarmente allarmato, Alex Aleinikoff ha espresso un profondo turbamento per il “restringersi” negli Stati Uniti dei cerchi concentrici dell’appartenenza.³ La crescente importanza attribuita al concetto di “cittadino” ai danni di quello di “persona”, lo preoccupava e lo spingeva a temere che stesse avvenendo un “trinceramento difensivo” e che le pa-

* David Abraham insegna diritto alla University of Miami. È autore di *The Collapse of the Weimar Republic: Political Economy and Crisis* e si occupa dei temi della cittadinanza e del Welfare state negli Stati Uniti e in Germania. Il testo qui pubblicato non è quello presentato al Convegno, che è invece in corso di pubblicazione in versione ampliata su “Altre ragioni. Saggi e documenti”. La traduzione è di Alessandro Stellino.

1. Vale la pena notare che oggi la percentuale dei nati all’estero sul totale della popolazione degli Stati Uniti è la più alta degli ultimi 75 anni ed è comunque più bassa che in Germania, dove più del 10 per cento della popolazione è straniera.

2. Si veda Nancy Fraser, *Justus Interruptus*, New York, 1996.

3. Alexander Aleinikoff (*The Tightening Circle of Membership*, in “Hastings Law Journal”, 1995, pp. 915-30) non utilizza la categoria di national. Nei paesi, come il Messico, che la usano formalmente come categoria separata, un national è in definitiva un cittadino passivo e privo di alcuni o tutti i diritti, come erano donne e minori nella causa *Minor v. Happersett* (1875). In Messico i nationals senza cittadinanza non possono votare, possedere proprietà a meno di 100 km dal confine o 50 dal mare ecc. Oggi, i discendenti da cittadini messicani aventi cittadinanza altrove (specie negli Stati Uniti), possono rivendicare diritti in patria e riassumere la cittadinanza al loro rientro in Messico anche dopo diverse generazioni. Prima della democratizzazione del suffragio e altri sviluppi, anche in Germania era analoga la distinzione tra *Staatsangehörigkeit* e *Bürgerschaft*.

4. Si veda Alexander Bickel, *The Morality of Consent*, Cambridge, Mass., 1975, p. 33. Per Bickel, la cittadinanza venne originariamente elevata allo stato di diritto da R.B. Taney e dal caso *Dred Scott*. Il XIV Emendamento fu quindi costretto a dare più importanza a questo diritto, ma solo temporaneamente, dal momento che venne rapidamente, per così dire, smobilitato.

5. Ivi, p. 53.

6. Si veda William Sewall, *Le Citoyen/La Citoyenne: Activity, Passivity, and the Revolutionary Concept of Citizenship*, in Colin Lucas, ed., *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, New York, 1988, p. 105.

7. Si vedano Nelson Lichtenstein, *Industrial Democracy in America: The Ambiguous Promise*, New York, 1993 e Peter Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Theory*, Durham, 1997.

8. Si veda David Abraham, *Liberty without Equality: The Property-Rights Connection in a 'Negative Citizenship' Regime*, in "Law & Social Inquiry", 21, 1996, pp. 1-87.

9. Si vedano le cause *Cabell v. Chavez-Salido*, 454 U.S. 432, 440 (1982) e *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291, 297 (1978). Per il presidente della Corte suprema Burger, "l'essenza delle nostre decisioni oggi [1978] è che mentre estendiamo agli stranieri il diritto all'educazione e al welfare, insieme alla possibilità di guadagnarsi da vivere attraverso le professioni autorizzate, il diritto a governare è riservato ai cittadini". O, come si esprime il giudice Marshall in una delle occasioni in cui si trovò in maggioranza: "[Noi] abbiamo, comunque, sviluppato una sottile

role di Emma Lazarus stessero rischiando di essere cancellate dal piedistallo della statua della libertà. Aleinikoff sembrava appoggiare la proposta normativa avanzata dallo studioso rifugiato Alexander Bickel: "Il concetto di cittadinanza gioca un ruolo significativamente – e, direi, per fortuna – minore nello schema costituzionale americano".⁴ Così come Bickel l'ha concepita, tale fortuna ha un senso: le vedute ristrette che causano l'esclusione possono venire più facilmente schivate. "Una relazione tra governo e governato incentrata sul concetto di cittadinanza può venire negata o cancellata in qualsiasi momento. È sempre stato più facile (e continuerà ad esserlo) pensare a qualcuno come un 'non-cittadino' che decidere di considerarlo una 'non-persona'".⁵

La paura di Bickel nei confronti del potere sovrano, anche se si tratta del "popolo sovrano" di Rousseau, dal punto di vista dei diritti umani, ha un senso. Il suo antiautoritarismo è inteso a lasciare le persone libere e non oppresse, anche se in condizioni di grande disuguaglianza. Ciò, però, avviene a un prezzo considerevole, poiché toglie alla cittadinanza la capacità di "dare potere", di contribuire all'autodefinizione e all'autogoverno che un popolo esprime attraverso le proprie leggi positive – dal cittadino della Rivoluzione francese⁶ al cittadino lavoratore del New Deal,⁷ fino al cittadino sociale di T. H. Marshall.⁸

Il "processo di autodefinizione politica" può essere, e in effetti è, di difficile attuazione. Aleinikoff, per esempio, si è trovato in disaccordo con un'affermazione, alquanto alla Walzer, del giudice White riguardo uno dei requisiti di tale processo: "L'autogoverno, che sia diretto o rappresentativo, comincia con la delimitazione degli ambiti della comunità dei governati, e quindi anche di chi governa".⁹ L'inserimento dall'esterno in una tale comunità può essere più o meno facile, ma mi sembra che il suo ambito specifico debba venire definito, se si vuole un popolo libero e attivo piuttosto che dei soggetti puramente passivi.¹⁰

È opinione comune che i sistemi legali della Germania e degli Stati Uniti si comportino in maniera differente nei riguardi dei nuovi arrivati, dei residenti stranieri e degli aspiranti cittadini, sia per quanto riguarda i rapporti reciproci, sia nei confronti dei propri cittadini. Su entrambe le sponde dell'Atlantico gli Stati Uniti sono considerati come la classica terra dell'immigrazione, nella quale si dà per scontato che il nuovo arrivato si trovi subito sulla strada verso la cittadinanza (ad esempio, si presuppone che il visto d'entrata sia in funzione dell'immigrazione, fino a prova contraria). In Germania, per secoli non è stato così: anche prima dell'unificazione dell'Ottocento, gli stati tedeschi continuavano ad avere un corpo di leggi per gli stranieri, l'*Ausländerrecht*, che prevedeva come normale e permanente l'esistenza di residenti stranieri. Mentre la legge statunitense sull'immigrazione è stata a lungo un esempio di potere assoluto statale in fatto di politica estera, l'*Ausländerrecht* era un terreno dell'azione poliziesca interna (*Polizeimacht*).

Nell'opinione di molti, gli Stati Uniti sono caratterizzati da un modello di cittadinanza "debole" (*thin*), di pari protezione, essenzialmente basato sui diritti negativi. Il XIV Emendamento, nel quale il concetto più precisamente definito è quello di cittadinanza, riguarda il "giusto

processo di legge” e la “pari protezione” degli individui. Il modello antidiscriminatorio di pari protezione è egemonico e non solo rende problematici i diritti dei gruppi,¹¹ ma ostacola anche l’elaborazione di un sistema di diritti sociali.¹² Al contrario, la cittadinanza tedesca è considerata “forte” (*thick*), con confini marcati tra esclusione e inclusione e caratterizzata da diritti e doveri sociali più evidenti ed espliciti.¹³ E, ovviamente, mentre gli Stati Uniti seguono lo *jus soli* per l’identificazione di un nucleo primario di aventi i requisiti per diventare cittadini, la Germania utilizza lo *jus sanguinis*; mentre la cittadinanza americana è a supposto carattere consensuale e costituzionale, la Germania ha privilegiato l’identità e l’appartenenza etnoculturali.¹⁴ La cittadinanza americana, quindi, appare come un’”insegna” più debole e facile da ottenere, mentre quella tedesca più forte e difficile da conquistare.

La supremazia degli interessi dello stato sovrano e le prerogative di coloro che hanno il potere di modellarlo, che non avevano avuto interruzioni dall’Ottocento a oggi, si stanno riducendo in entrambi i paesi, cedendo il campo a un’analisi costi/profitti che spinge verso una *maggiore generosità* verso gli stranieri e una *minore rigidità* rispetto al precedente sistema legale. Nonostante qualche accenno in direzione delle norme internazionali sui diritti umani, specie in Germania, questi cambiamenti non si fondano su una qualche legge o morale più elevata.¹⁵ Indipendentemente dai discorsi sulla globalizzazione, i diritti degli stranieri aumentano, mentre la cittadinanza perde valore in entrambi i paesi, in particolare sui terreni vitali dei diritti alla partecipazione politica democratica e al *social welfare* di Marshall. È più facile avere destini comuni (*Schickalsgemeinschaften*) quando la sofferenza è minore. Per questo mi sembra che Peter Schuck abbia ragione quando scrive che “i tribunali, interpretando i principi di parità e di giusto processo in modo più ampio, hanno ridotto sostanzialmente il valore della cittadinanza per gli stranieri residenti legalmente. [...] [I benefici marginali della cittadinanza] non sono mai stati minori”.¹⁶ Oggi, il fatto di non avere il diritto di voto è probabilmente poco importante per la maggior parte degli stranieri (mentre il fatto di *averlo* sembra avere sempre meno importanza per i cittadini). Per gli stranieri che non infrangano la legge il rischio della deportazione è praticamente nullo, gli impieghi loro preclusi sono pochissimi e limitati sono i servizi e le assistenze sociali a loro negati.¹⁷

Negli Stati Uniti la cittadinanza non costituisce certamente “il diritto di avere diritti”, come ha affermato il presidente della Corte suprema Warren in occasione della causa *Perez v. Brownell* (1957). A volte, però, il fatto di non diventare cittadini statunitensi (o tedeschi) permette ai residenti stranieri di conservare le identità e i legami originari, insieme con le proprietà e altri diritti (ad esempio, in Messico o in Turchia). L’obiettivo della condizione legale solida è più impellente dell’ottenimento della cittadinanza. Con buona pace del vicepresidente Gore, l’ondata di naturalizzazioni precedente il novembre 1996 è stata del tutto atipica rispetto alle tendenze recenti e ha comunque lasciato l’indice americano ben al di sotto, per fare un esempio, di quello canadese (e, nonostante il razzismo

eccezione alla [norma dell’esame rigoroso]. Essa è stata definita l’eccezione della ‘funzione politica’ e riguarda le leggi che escludono gli stranieri da posizioni legate strettamente al processo di autogoverno democratico” (*Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 2XX, 1984; il corsivo è mio).

10. Contra Joseph Carens, *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*, in “Review of Politics”, 49, 3 (1987), pp. 251-73; si veda invece Linda Bosniak, *Membership, Equality, and the Difference That Alienage Makes*, in “New York University Law Review”, 69, 1047 (1994).

11. Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause*, in “Philosophy and Public Affairs”, 5 (1976), pp. 90-138.

12. Si vedano: San Antonio v. Rodriguez, Lindsey v. Normet; Mark Tushnet, *Civil Rights and Social Rights: The Future of the Reconstruction Amendments*, in “Loyola Los Angeles Law Review”, 25, 1207 (1992-93); Frank Michelman, *Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, in “Harvard Law Review”, 83, 7 (1969) e “Columbia Law Review”, 93, 1833 (1993).

13. D. Abraham, *Liberty with out Equality*, cit.

14. Si veda Rogers Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Mass., 1992.

15. Christian Joppke, *Aliens and Citizens in Germany and the United States*, manoscritto, Firenze, 1997.

16. Peter Schuck, *The Devaluation of Citizenship*, in R. Brubaker, ed., *Immigration and the Politics*

of Citizenship in Europe and North America, Lanham, Mass., 1989, p. 58.

17. Senza dubbio la legislazione recente, in quest'ambito, è/era a carattere punitivo, ma esistono indizi, come la Supplemental Social Security, che mostrano come le più estreme di queste misure non fossero popolari e non sarebbero durate. Questo non nega la sensazione di incertezza e insicurezza individuale provocata dalla recente legislazione. La vera linea divisoria appare essere sempre di più quella tra legalità e illegalità.

18. Si vedano Yasemin Soysal, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago, 1994; Riva Kastoryano, *La France, L'Allemagne et leurs immigrants*, Paris 1997.

19. Benjamin Barber, *Strong Democracy*, Berkeley 1984; Id., *Jihad versus McWorld*, New York, 1995; David Hollinger, *Post-Ethnic America*, New York, 1995; Nirgil Caneffe, *Naturalization and Exclusion of Turks in Germany*, manoscritto, Toronto 1996; Claus Offe, *Group Rights and Constitutionalism*, in "Journal of Political Philosophy", 6, 1 (1996); Ulrich Preuss, *The Meaning of Citizenship in Europe*, Berlin, 1997.

20. Si vedano Gerald Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law*, in "Columbia Law Review", 93, 1833 (1990); David Martin, *Membership and Consent: Abstract or Organic*, in "Yale Journal of International Law", 11, 278 (1985) e Id., *The Civic Republican Ideal for Citizenship*, in "Virginia Journal of International Law", 35, 310 (1994).

21. United States ex rel. Knauff

e lo *jus sanguinis*, alcuni studiosi sostengono che pochi turchi sembrano interessati ad avvalersi delle possibilità di naturalizzazione esistenti in Germania).¹⁸ Erosa in vari modi, sia dall'alto che dal basso, l'importanza della cittadinanza è in declino e cede il passo, stranamente, al riconoscimento dei gruppi e dei loro diritti e a un occasionale campanilismo.¹⁹

Quali sono i passi che hanno condotto americani e tedeschi all'attuale stato di cose? Negli Stati Uniti, la legislazione sull'immigrazione è stata considerata notoriamente come un aspetto del potere generale dello stato sovrano, inteso nel senso classico del XIX secolo²⁰ e, di conseguenza, relativamente immune dalla revisione giuridica. Per molti versi, non rientrava nelle rivoluzioni dei diritti civili e del giusto processo, almeno non prima dei recenti anni Settanta. La formulazione paradigmatica, avanzata durante uno dei momenti più accesi della Guerra Fredda, era che "quale che sia la procedura fissata dal Congresso, *quella* è il giusto processo quando si tratti dell'ingresso negato a uno straniero".²¹

Ciò detto, sin dai casi *Yick Wo v. Hopkins* (1886, sull'applicazione discriminatoria delle regolamentazioni relative alle lavanderie) e *Wong Wing v. U.S.* (1896, sull'incarcerazione senza processo prima della deportazione) e nel pieno dell'ondata di furioso razzismo ed esclusivismo anti-cinese, la Corte suprema fece una distinzione tra, da una parte, discriminazione ammissibile e non negoziabile nei confronti dell'immigrazione di chi si trovava *fuori* dei confini statunitensi e, dall'altra, discriminazione inammissibile e negazione di pari protezione e giusto processo nei confronti degli stranieri e degli immigrati presenti *negli* Stati Uniti. Perciò, il fatto che sia il concetto di persona e non quello di cittadino la categoria chiave della protezione costituzionale ha consentito un'apertura tanto verso stranieri illegali e rifugiati, quanto per gli stranieri residenti. Il trattamento dei tipi diversi di stranieri è stato a lungo inficiato da incoerenze: chi entra illegalmente, a volte, è protetto dalla Costituzione (vedi il caso *Plyler v. Doe*, 1982), mentre chi cerca di entrare legalmente può anche non venire ammesso o allontanato in un secondo momento attraverso la finzione legale dell'extraterritorialità. Ma proprio l'esistenza di queste incongruenze ha provocato negli anni recenti un movimento legale per la rivendicazione del diritto alla protezione della *persona* anche in riferimento all'ingresso stesso. Nonostante il concetto di una cittadinanza debole e facilmente acquisibile, per un certo periodo la tendenza palese è stata nella direzione di un rafforzamento dei diritti degli stranieri *tout-court*.

Tale tendenza è stata stimolata, da una parte, dall'analogia tra il concetto di razza e la condizione di straniero affermata nella giurisprudenza relativa ai principi legati ai diritti civili dopo gli anni Sessanta. Ma, dall'altra, benché ciò sia meno noto, è stata facilitata in maniera altrettanto efficace dall'introduzione di un'analisi costi/profitti piuttosto banale. Così, nonostante che il caso *Landon v. Plasencia* (1982) abbia invocato nuovamente la distinzione di principio tra diritti e privilegi, ha anche esteso i diritti processuali degli stranieri (ri)entranti, facendo perno su semplici calcoli di costo e profitto:

Nel valutare le procedure di ogni caso, le corti devono considerare l'interesse in gioco per l'individuo, il rischio di un'ingiusta privazione dell'interesse per mezzo delle procedure usate, così come il valore probabile di ulteriori o diverse salvaguardie procedurali, e l'interesse del governo nell'utilizzo delle procedure correnti piuttosto che delle ulteriori e diverse.²²

Sia in Germania che negli Stati Uniti, il potere del nazionalismo è declinato, sia nella sua forma progressista che in quella reazionaria, vale a dire, sia nel concetto di *citoyen* dotato di diritti, che in quello di combattente. In ambito legale, lo slancio in direzione dei diritti civili dopo gli anni Sessanta ha ottenuto un parziale successo nel dimostrare l'analogia tra la discriminazione basata sulla razza e quella sulla condizione di straniero.²³ Oggi, in un mondo in cui multiculturalismo, riconoscimento dell'altro, alterità, ibridismo (e libero mercato) hanno in qualche modo preso il posto della "*us-ness*": è difficile dire chi si intenda con l'espressione "Noi il popolo". Lo stesso parlare di "stranieri" (*aliens*) è di per sé difficile: senza negare che il termine "illegale" possa essere visto generalmente come sinonimo di "straniero", anche molti tra i legislatori parlano solo di immigrati illegali. D'altronde, è difficile dare una definizione di chi è "dentro" e chi è "fuori" in una nazione nuovamente composta da immigrati. Per 45 anni la Repubblica federale tedesca ha compensato doppiamente per la sua concezione strettamente etnica della cittadinanza: da una parte, ha mantenuto un sistema elaborato e generoso di accoglienza di rifugiati e perseguitati; dall'altra, ha esteso (ovviamente a proprio vantaggio) i diritti sociali ed economici a un vasto numero di *Gastarbeiter*, cioè di lavoratori stranieri temporaneamente residenti nel paese.²⁴ E nel corso del tempo i diritti e le aspettative di quei lavoratori nei confronti della cittadinanza si sono evoluti, tanto in seno alla Corte costituzionale quanto altrove.

Sia negli Stati Uniti che in Germania, il principale meccanismo *giuridico* che ha portato all'espansione dei diritti degli stranieri non ha avuto nulla di eroico. Nel caso degli Stati Uniti, e in questa sede non possiamo che farne solo cenno, ha coinciso con l'espansione dell'analisi di costi e benefici: dai casi *Goldberg v. Kelly* e *Mathews v. Eldridge* (56 Brooklyn LR [1990]) fino a *Landon v. Plasencia*.²⁵ In Germania, invece, è stato il principio di "proporzionalità" ad essere richiamato sempre più spesso per contenere, se non diminuire, il potere sovrano e migliorare le sorti di coloro che non appartengono alla cerchia dei cittadini.

Il corso dello sviluppo negli Stati Uniti

Di pari passo con il manifestarsi di un potere centrale più forte dopo la guerra civile, la sovranità forte ha significato il potere "plenario" e senza vincoli dei rami politici del governo nazionale nelle questioni riguardanti l'ingresso, l'espulsione e la naturalizzazione degli stranieri. Quella sovranità forte è stata esercitata a favore di una comunità nazionale restrittiva, in cui la razza era la principale linea di divisione. Il banco di prova della legislazione del tempo sull'immigrazione fu il *Chinese Ex-*

v. *Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 539 (1950). Per quanto quest'affermazione possa essere discutibile, riguarda comunque il diritto di entrata, o meglio: qualunque entrata di uno straniero e non un reale o ipotetico primo ingresso.

22. *Landon v. Plasencia*, 459 U.S., 21, 34 (1982).

23. Così si espresse il giudice Blackmun in *Graham v. Richardson*, 403 U.S., 365 (1971): "[Le] decisioni della Corte hanno stabilito che le classificazioni basate sulla condizione di straniero, come quelle basate su razza o nazionalità, sono sospette e soggette a severo esame giudiziario. Gli stranieri, in quanto categoria, sono esempio primario di una minoranza 'separata e isolata', [...] nei confronti della quale è opportuna una maggiore sollecitudine giudiziaria". Ma si veda l'affermazione del giudice Marshall, alla n. 9, sull'eccezione della "funzione politica".

24. Si vedano Kai Hailbronner, *Citizenship and Nationhood in Germany*, in R. Brubaker, *Immigration and the Politics of Citizenship*, cit.; Dieter Gosewinkel, *Die Staatsangehörigkeit als Institution des Nationalstaats*, in Rolf Grawert, Bernhard Schlink, eds. *Offene Staatlichkeit*, Berlin, 1995.

25. Si veda Hiroshi Motomura, *The Curious Evolution of Immigration Law: Procedural Surrogates and Substantive Rights*, in "Columbia Law Review", 92, 1265 (1992).

26. 130 U.S. 581. Il giudice Field sostenne più avanti che "[la] facoltà di escludere gli stranieri [è] un privilegio del potere sovrano del governo degli Stati Uniti"; riguardava, cioè, l'indipendenza stessa,

clusion Case del 1889: in quel caso, infatti, la Corte suprema si rifiutò di invertire una legislazione che impediva ai lavoratori cinesi di andare negli Stati Uniti. La Corte sostenne che “[se] il Congresso considera pericolosa per la pace e la sicurezza del paese la presenza di stranieri di un’altra razza, che non si assimileranno a noi, [...] la sua risoluzione è decisiva per quanto riguarda il potere giudiziario”.²⁶

Rispetto a quel modello estremo di consenso e obbligo, ora abbiamo raggiunto, non senza fatica e in maniera provvisoria, una scala mobile di identificazione e appartenenza. In effetti, come si è espressa la corte nel caso *Mathews v. Diaz* (1976):

l’essere una nazione indipendente.

27. *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 80 (1976).

28. Peter Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, in “*Columbia Law Review*”, 84, 1 (1984), p. 90.

29. Gli stranieri in residenza permanente occupano una posizione molto meno vantaggiosa quando si tratta di decidere l’immigrazione negli Stati Uniti dei familiari.

30. Si veda almeno *Urban Institute* (R. Clark, et al.), *The Fiscal Impact of Undocumented Aliens*, 1994. L’elenco delle prerogative concesse o negate agli immigrati illegali è una sorta di guazzabuglio, fin da prima che il Congresso facesse marcia indietro su alcuni punti. Gli illegali non hanno diritto al sussidio per i figli a carico (AFDC), alla previdenza supplementare (SSI), al servizio sanitario statale (Medicaid) non d’emergenza, ai buoni cibo, agli alloggi pubblici, all’assistenza legale d’ufficio, al sussidio per la disoccupazione, ai corsi federali di formazione professionale, agli aiuti per l’istruzione superiore. Hanno invece diritto all’istruzione dell’obbligo, ai programmi di integrazione alimentare per donne, infanti e bambini, ai dispensari per immigrati, alle refezioni scolastiche e al Medicaid d’urgenza, inclusi il parto e i problemi connessi.

31. 430 U.S. 787, 79X.

32. Questo non per minimizzare quanto possano essere odiose e riprovevoli, in molti o in tutti i casi, l’istituzione di corti di giustizia negli aeroporti, l’esclusione sommaria, l’assenza di revisione giuridica ecc.

33. Poiché oggi nessun paper può mancare di un racconto personale, ne offro uno, vecchio di vent’anni: lavorando, da studente

Il fatto che una legge del Congresso consideri gli stranieri in maniera diversa dai cittadini non implica, in sé, che tale diversificazione sia ingiusta. In particolare, il fatto che il Congresso abbia previsto una serie di benefici assistenziali per i cittadini, non implica che se ne debbano stabilire di simili per tutti gli stranieri. [...] La decisione di estendere tale generosità ai nostri ospiti dovrebbe prendere in considerazione il carattere della relazione che intercorre tra gli stranieri e questo paese: il Congresso può decidere che il diritto dello straniero a reclamare una parte equa di tale munificenza cresca con il rafforzarsi del suo legame con il paese.²⁷

Le corti di giustizia hanno esteso la comunità nazionale fino a includere gli stranieri legalmente residenti, gli immigrati non ancora registrati, e perfino quelli che entrano per la prima volta nel paese, come i rifugiati per ragioni politiche. Tuttavia, tale allargamento non è senza macchie. Come Peter Schuck ha evidenziato,²⁸ in maniera alquanto impopolare, il rafforzamento legale e materiale degli stranieri ha minato la possibilità stessa dell’autodefinizione nazionale, che implica necessariamente l’esclusione di chi non è membro della comunità:

Se il potere della comunità americana nel definire obblighi e finalità comuni non è maggiore di quello che hanno gli stranieri nel valicare il confine senza venire scoperti e nell’organizzarsi economicamente qui, la nostra capacità di perseguire valori liberali – di decidere, come individui e come società, che cosa vogliamo essere – può essere messa seriamente in forse.

Attualmente, gli stranieri residenti permanentemente (PRA o LPR) hanno gli stessi diritti dei cittadini americani, fatta eccezione per il diritto di voto, di far parte di una giuria, di ricoprire una carica federale, di candidarsi per alte cariche o esercitare alcune attività politiche.²⁹ Tuttavia, da quando la causa *Graham v. Richardson* (1971) ha proibito la discriminazione dei residenti stranieri all’interno dei programmi assistenziali statali, quella dello straniero è comunque rimasta una “categoria sospetta”, soggetta a “severo esame”. E, passati poco più di vent’anni, sembra che la causa *Mathews v. Diaz* (1976), che consentì l’esclusione da alcuni programmi medici federali di quegli stranieri che non risiedevano nel paese da almeno cinque anni, non riguardasse tanto la protezione della condizione del cittadino, quanto l’aumento delle presenze *permanenti*.

Nonostante gli innegabili alti e bassi negli atteggiamenti dell’opinione

pubblica e dell'élite, gli immigrati illegali negli Stati Uniti hanno quantomeno guadagnato il beneficio a diritti sostanziali e procedurali. Per arrivare a questo, il giudice Brennan, nella causa *Plyler v. Doe* (1982), ha ridotto il concetto di "giurisdizione" a un concetto passivo, implicante l'effettiva presenza o lo stato domiciliare (all'"interno" alla giurisdizione) più che il consenso reciproco. Pertanto, ad esempio, nel caso di un figlio di illegali: "qualunque sia la sua posizione secondo la legge sull'immigrazione, uno straniero è una persona in tutti i sensi" e, di conseguenza, rientra nella clausola sulla pari tutela del XIV Emendamento. Il caso *Plyler* ha allargato la comunità nazionale, rendendo incerti i suoi confini, e ha chiaramente trascurato la politica congressuale di contenimento dell'immigrazione illegale. Eppure, finora, esclusa la California, ci sono stati solo tentativi del tutto marginali di affrontare le conseguenze dal punto di vista legislativo; e questo nonostante una spesa netta annuale di parecchi miliardi di dollari in benefici sociali a favore di immigrati illegali o privi di documenti.³⁰

Poiché uno straniero in entrata è ancora considerato privo delle basi materiali su cui i diritti e gli obblighi devono fondarsi, rimane valido il potere "plenario" della dottrina della sovranità. Ancora nella recente causa *Fiallo v. Bell* (1977),³¹ la Corte suprema obbligò le parti politiche a fornire nient'altro che una giustificazione "in buona fede e formalmente legittima" per le loro scelte legislative. La concessione dell'entrata è ancora una sorta di privilegio e lo straniero appena arrivato si trova, fittiziamente, al di fuori dei confini statunitensi – e quindi è comunque uno straniero, non protetto dalla Costituzione. In ciò vive ancora il linguaggio aspro della guerra fredda, esemplificato nei casi *Knauff* (1950) o *Mezei* (1953): "Qualunque sia la procedura autorizzata dal Congresso, quella è 'giusto processo' ogniqualvolta essa riguardi la negazione dell'entrata a uno straniero".

Tuttora, anche quel tipo di baluardo dottrinario non è rimasto intatto di fronte al rafforzarsi del concetto di persona e al relativo indebolirsi di quello di cittadinanza. Per cui, pur trattando consapevolmente l'entrata come un privilegio, la Corte, nel caso *Landon v. Plasencia* di cui si è già detto, è andata contro la dottrina della sovranità avvalendosi di una motivazione basata sull'analisi costi/benefici per riconoscere la validità degli interessi di uno straniero che, già residente, rientri negli Stati Uniti e aiuti altri stranieri a passare il confine.

Anche l'impennata delle richieste di asilo negli ultimi due decenni ha intaccato tali prerogative. Il garantire la condizione costituzionale di "persona" anche a chi potrebbe essere escluso vorrebbe dire estendere la protezione costituzionale pressoché a chiunque, impedendo l'attuazione di una qualsiasi efficace politica immigratoria. Forse è proprio temendo questo, che la Corte Suprema si è rifiutata di validare quella che un commentatore ha chiamato "l'esuberanza procedurale" delle corti minori nella disponibilità a esaminare e valorizzare le richieste d'asilo. Rimane da vedere se riusciranno gli sforzi recenti del Congresso per ridurre le richieste d'asilo. I discorsi sulla globalizzazione nelle sue varie accezioni e sulla parziale legittimazione dei diritti di gruppo indi-

universitario, nella Ruhr, chiesi al professore di cui seguivo i corsi (forse poco accortamente) come mai le guide telefoniche locali fossero piene di cognomi polacchi. Mi rispose che non erano polacchi, ma tedeschi, probabilmente discendenti dei minatori giunti dalla Polonia sul finire dell'Ottocento. Ma come potevano essere tedeschi, dal momento che la Germania "non ha mai avuto" immigrazione? L'élite culturale tedesca del tempo "negava" talmente, che il meglio che egli poté dire fu l'ipotesi che Bismark avesse fatto compromessi con la Chiesa cattolica per fare in modo che potessero diventare cittadini. Solo negli ultimi quindici anni ci sono stati studi accurati sull'immigrazione in Germania (penso soprattutto al lavoro di Klaus Baade e dei suoi collaboratori).

34. Questa è anche, in parte, la spiegazione per l'esistenza in Germania di una lobby più debole a favore dell'immigrazione. Non c'è nessuna voce come quella del "Wall Street Journal" a rivendicare il diritto di avere manodopera a basso costo!

35. G. Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law*, cit.

36. Nel corso degli anni Settanta e Ottanta, alcune di queste delibere vennero indebolite dalle disposizioni della CEE e dagli accordi sulla libera mobilità del lavoro. Al tempo, comunque, i principali paesi da cui gli stranieri emigravano (Turchia, Grecia, Jugoslavia), non facevano parte della CEE.

37. C. Joppke, *Aliens and Citizens*, cit., pp. 18-9.

38. Si veda P. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Theory*, cit.

39. BVerGE 48, p. 402, cit. in Nicolas Emiliou, *The Principle of*

cano la necessità di stabilire limiti a tale esclusivismo.³²

Il corso dello sviluppo nella RFT

In Germania, i confini tra la condizione di straniero e quella di cittadino sono stati relativamente impermeabili, almeno fino a qualche tempo fa, e l'acquisizione della cittadinanza da parte degli stranieri è stata, dal 1913 in poi, l'eccezione e non la regola.³³ Rispecchiando la tradizione di una nazionalità etnoculturale, la cittadinanza tedesca è un concetto forte: si è cittadini tedeschi per discendenza diretta o completa assimilazione culturale. Comunque, proprio perché la cittadinanza è preclusa agli stranieri, i loro diritti sono eccezionalmente sviluppati e ben tutelati. Grazie alla presenza di sindacati forti e di una economia politica centralizzata e corporativistica (adesso sotto assedio), la segmentazione del mercato del lavoro è meno pronunciata che negli Stati Uniti e la distribuzione dei benefici sociali molto più sviluppata.³⁴ Esclusi alcuni diritti politici, gli stranieri che hanno la residenza permanente godono degli stessi diritti civili e sociali dei cittadini tedeschi. In modo non diverso dagli Stati Uniti, comunque, i diritti civili si basano su una Costituzione (*Grundgesetz*, Legge fondamentale) che protegge i diritti umani elementari a prescindere dalla cittadinanza. Inoltre, l'esperienza del nazismo ha condizionato la stesura di una Costituzione nella quale i diritti individuali non possono venire soppressi dallo stato sovrano per mezzo del "potere plenario", cosicché, per quanto riguarda la regolamentazione dell'*Ausländer*, in Germania sono assenti sia la dottrina plenaria, sia quella della politica estera.³⁵

Per motivi che qui non si possono discutere, la Germania ha avuto per molto tempo una concezione della cittadinanza molto più forte (*thicker*) di quella abbozzata nel XIV Emendamento o in altri luoghi della legislazione statunitense. Gran parte dello stato sociale previsto dalla Costituzione di Weimar del 1919 venne rimesso in piedi dopo il 1945, anche se in forme alquanto attenuate. La Legge fondamentale della Germania (ovest) del 1949 era caratterizzata da una contraddizione a questo riguardo: da una parte, lo stato post-nazista, fondato nell'era delle Nazioni unite, era costretto a proteggere i diritti umani universali e le libertà del cittadino dalla potenziale minaccia costituita dallo stato stesso (e da questo punto di vista, è certamente più vincolato dalle norme internazionali di quanto sia la nostra Costituzione, anche dopo l'introduzione del XIV Emendamento nel 1867); allo stesso tempo, l'*Ausländerrecht*, cioè la legislazione sugli stranieri, mantenne la sovranità dello stato al di sopra della preesistente *Polizeimacht*.

Fino al 1990, gli stranieri residenti vennero considerati come una minaccia reale o potenziale: per questo il Paragrafo 2(1) della legge sugli stranieri stabiliva che "un permesso di residenza può venire concesso qualora la presenza dello straniero non danneggi gli interessi della Repubblica Federale Tedesca". Di più: fino al 1978 non esistevano clausole che ammettessero permanenze più-che-temporanee sul suolo tedesco

Proportionality in European Law: A Comparative Study, The Hague, 1995, p. 23.

40. In *ivi*, p. 24 (C-331/88 Fedesa [1990] ECR I 4023, 4063): "Il principio della proporzionalità richiede che le misure [...] non oltrepassino i limiti di ciò che è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito legalmente dalla legislazione in questione; qualora si possa scegliere tra più provvedimenti appropriati, bisogna far ricorso al meno oneroso e gli svantaggi causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti".

41. C. Joppke, *Aliens and Citizens*, cit., p. 20.

42. Josef Isensee, *Staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der BRD*, Berlin, 1974, p. 85.

43. Gunther Schwerdtfeger, *Die Öffentlichrechtliche Fallbearbeitung*, München, 1973, A32.

44. C. Joppke, *Aliens and Citizens*, cit., p. 22.

45. Si veda G. Neuman, *The Lost Century of American Immigration Law*, cit.

46. J. Isensee, *Staatsrechtliche Stellung der Ausländer*, cit., p. 401.

47. *Indian Case*, 1979, p. 186.

48. *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977). Nella n. 6, il giudice Powell sottolineò che "abbiamo a che fare con l'esercizio del potere sovrano della nazione di ammettere o escludere gli stranieri in base agli interessi nazionali [...]. Le relazioni e i gradi di parentela possono essere di vario tipo ed è compito del Congresso prendere in considerazione non solo la natura di tali relazioni, ma anche i problemi legati all'identificazione, all'amministrazione e alle possibilità di frode".

(*Verfestigungsregelung*), e fino ai tardi anni Ottanta, la legge era completamente priva di disposizioni riguardanti la riunificazione familiare.³⁶ Tutto ciò rientrava nella logica del lavoratore ospite (*Gastarbeiter*), che concepiva gli stranieri come individui, lavoratori maschi adulti decisamente orientati a fare ritorno alla loro patria.

In assenza di un'azione legislativa, prima del 1990 veniva lasciato ai tribunali tedeschi e ai commentatori accademici di premere per i diritti degli stranieri. Come ha spiegato Christian Joppke, i loro obiettivi erano "subordinare il potere dello stato ai diritti degli individui e, in secondo luogo, garantire i più basilari di questi diritti senza fare distinzioni di nazionalità".³⁷ Infatti, i primi sette articoli della Costituzione difendono i diritti umani universali a prescindere dalla cittadinanza nazionale. Ciò è enfaticamente espresso dall'Articolo I, il quale stabilisce che "la dignità dell'individuo è inattaccabile". Lo stesso articolo introdusse anche il principio della sovranità limitata, costringendo lo stato a "rispettare" e "proteggere" la dignità dell'individuo.

Allontanandosi consapevolmente dalla tradizione statutale tedesca, cosa che avrebbe fatto piacere a Bickel, la Legge fondamentale mette al primo posto l'individuo e poi il collettivo. La sovranità dello stato è quindi limitata dai diritti individuali, spesso concepiti come legge naturale in opposizione alla tradizione legale positiva di Weimar.³⁸ La combinazione di questi fattori spiega perché non esista nella Germania post-'49 niente di analogo alla *plenary power doctrine* americana. Così come negli Stati Uniti le argomentazioni su costi/benefici e sull'interesse (*stake*) della persona hanno mediato tra le dottrine del potere plenario e del giusto processo, nella RFT il principio della proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) ha contribuito a riconciliare gli aspetti plenari dell'*Ausländerrecht* con l'universalismo dei diritti individuali della Costituzione. "La proporzionalità" richiede che "un intervento [legge, regolamentazione ecc.] sia adatto e necessario per il raggiungimento del proprio obiettivo. Non può gravare eccessivamente sull'individuo e deve, quindi, avere conseguenze ragionevoli su di lui".³⁹

A partire dai tardi anni Settanta, la proporzionalità ha cominciato a ricoprire un ruolo maggiore nel giudizio. In base a essa, un provvedimento non può causare svantaggi più grandi per il cittadino di quanto siano grandi i vantaggi derivanti per la comunità. E un provvedimento non deve solo essere adeguato e necessario per raggiungere l'obiettivo legittimo e prefissato, ma i mezzi e i fini devono essere in ragionevole proporzione, con una preferenza nell'attuazione per la soluzione meno restrittiva. Il modo in cui la Corte di giustizia della Comunità europea intende la proporzionalità è abbastanza simile.⁴⁰

Inoltre, dal momento che gli stessi diritti fondamentali universali costituiscono il criterio per la revisione giudiziaria (Articolo 1[3]), la Corte, nelle giuste circostanze, dovrebbe essere incline a tutelare tali diritti. Ogni restrizione di una libertà salvaguardata da un diritto fondamentale deve essere opportuna, necessaria e proporzionale, e ogni restrizione deve essere finalizzata a proteggere altri oggetti e valori (*Rechtsgüter*) considerati della stessa importanza dei diritti che vengono limi-

tati.

Come Isensee (1973), Schwerdtfeger (1980) e altri sembrano aver sostenuto con successo, la proporzionalità fa sì che, mancando quello che gli americani potrebbero chiamare un interesse primario dello stato, gli stranieri siano qualificati ad avere ampi diritti civili e sociali e che non esistano ragioni per cui tali diritti possano venire loro negati. Anche i diritti costituzionali garantiti ai tedeschi, come quello di associazione, di libero spostamento e di residenza, o alla scelta del lavoro, non sono preclusi agli stranieri. Da questo punto di vista, l'Articolo 2(1) della Legge fondamentale, che salvaguarda il "libero sviluppo della personalità", funge da generale diritto "residuo" (*Auffang-grundrecht*) che conferisce legittimità alle rivendicazioni degli stranieri anche in ambiti che trascendono il nucleo dei diritti *umani* basilari. Ad esempio, una volta che lo stato ha ammesso gli stranieri al mercato del lavoro, i principi di pari protezione legale e un potere statale auto-restrittivo proibiscono certe discriminazioni, come tasse più alte, divieti di iscriversi a sindacati o priorità nell'assunzione di tedeschi.⁴¹

Come ha dimostrato il caso *Landon v. Plasencia*, uno straniero può virtualmente ottenere l'intero salame una fetta per volta: quanto più lunga è la sua residenza, tanto maggiori sono la protezione e l'aiuto materiale richiesti in funzione del garantito "libero sviluppo della personalità". La residenza certa consente il pieno ingresso nel *Sozialstaat*, lo Stato sociale. Oggi, la Corte costituzionale sembra ritenere che la Legge fondamentale "rafforzi lo straniero, potenziando i diritti di cui gode, ai quali corrisponde un sistema di progressiva auto-limitazione dello stato".⁴² In altre parole, "Quanto più è lunga la sua permanenza nella Repubblica Federale e quanto più lo sviluppo della sua persona avviene nella sola Repubblica Federale, tanto più aumenta la protezione nei suoi confronti secondo l'Articolo 2(1)".⁴³

In questo modo banale, secondo Joppke, tra il 1973 e il 1987 le corti hanno ratificato il fatto che "il programma temporaneo del lavoratore ospite è diventato permanente, perfino autorafforzando l'immigrazione e indebolendo le politiche restrizioniste verso gli stranieri".⁴⁴

Il godimento dei diritti civili e sociali garantiti dalla Costituzione e dal *welfare state* dipendeva dalla sicurezza della condizione di residente. Due casi, in particolare, dimostrano l'evoluzione banale in termini di costi/benefici/proporzionalità di quella condizione, mentre un terzo caso ne lascia intendere i limiti. Immediatamente dopo l'assassinio degli atleti israeliani alle olimpiadi di Monaco del 1972, un tribunale amministrativo ordinò l'espulsione di due studenti palestinesi sospettati di avere avuto contatti con i terroristi. Nel rinviare la loro deportazione, la Corte costituzionale decretò che gli stranieri avevano diritti protetti dalla Costituzione che potevano pesare di più degli interessi dello stato.⁴⁵ Come la Corte decretò nel caso *Arab*, "l'interesse pubblico [deve] bilanciarsi con gli interessi privati dello straniero in questione, cioè, l'effetto della deportazione sulla sua vita economica, professionale e privata [...] e anche su altri legami sociali".⁴⁶

In modo analogo al caso *Plasencia*, la Corte costituzionale, nel "Caso

indiano” del 1978, trovò che come crescevano gli interessi di un residente straniero nel paese ospite, la proporzionalità esigeva di più che i meri interessi del potere sovrano per giustificare la interruzione della residenza di quello straniero. I rinnovi dei permessi di residenza, quindi, dovevano essere concessi in base a condizioni diverse e meno rigorose di quelle iniziali. Il caso riguardava una persona di nazionalità indiana, entrata per la prima volta nella RFT nel 1961 come apprendista metalmeccanico e che dal 1967 lavorò con rapporto continuativo in un’impresa edilizia, usufruendo di permessi di residenza rinnovati automaticamente. Nel 1973, la *Auslandsamt* locale rifiutò di rinnovargli il permesso, spiegando che una sua ulteriore permanenza avrebbe danneggiato gli interessi della RFT, perché egli era in cerca di una sistemazione permanente, che non corrispondeva all’originale proposito di imparare un mestiere. Una corte amministrativa statale convalidò la decisione, sulla base della politica anti-immigrazione del governo federale. Nel ribaltare la decisione del tribunale inferiore, la Corte costituzionale sostenne che i precedenti rinnovi automatici avevano dato luogo a un “interesse basato sulla fiducia” (*Vertrauensschutz*) nella residenza prolungata che era protetto costituzionalmente. Semplicemente, l’interesse basato sulla fiducia dimostrava di aver maggior peso della politica anti-immigrazione dello stato: “Per rifiutare il rinnovo del permesso di residenza non è sufficiente far riferimento alla norma generale secondo cui la Repubblica Federale non è un paese di immigrazione”.⁴⁷ La politica di espulsione e rimpatrio forzato fu quindi sconfessata per motivi di incostituzionalità.

L’ultimo caso. L’articolo 6 della Legge fondamentale protegge l’integrità del matrimonio e della famiglia. Appurato che le assunzioni nella Germania del *Wirtschaftswunder*, del miracolo economico, erano soprattutto di maschi, non è strano che il nodo della immigrazione/riunificazione della famiglia venisse infine al pettine. Nel “Caso turco e jugoslavo” del 1988, la Corte ritenne che il principio fondamentale dell’articolo 6 non implicava il diritto costituzionale d’entrata per i coniugi non residenti. Tuttavia, i familiari non residenti possedevano, in base allo stesso articolo, diritti di famiglia che dovevano essere rispettati in maniera proporzionale. In altre parole, c’erano limiti alle barriere (come requisiti di residenza e investigazione triennale nei confronti dei matrimoni fasulli) che lo stato avrebbe potuto frapporre alla riunificazione familiare. Nel far ciò, la Corte tedesca, agendo su principi minimali si spinse lontano almeno tanto quanto era avvenuto nella causa *Fiallo v. Bell*, in cui la “convenienza amministrativa” del potere sovrano era importante almeno quanto le ragioni di parentela.⁴⁸

In conclusione, al rischio di apparire in controtendenza, mi pare che sia negli Stati Uniti sia in Germania ci sia stato, sotto molti aspetti, un miglioramento limitato ma evidente della condizione degli stranieri. Si è trattato, come ho cercato di mostrare, di miglioramento avvenuto a partire da principi di basso profilo, se non addirittura banali, piuttosto che da nobili gesti e ideali etico-filosofici.