

28 ottobre 2013

## La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona

di Roberto Cherchi

Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico - Università degli Studi di Cagliari

Abstract A partire dall'entrata in vigore della legge 40/1998 (cosiddetta Turco-Napolitano) è emersa nell'ordinamento una chiara distinzione tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri irregolarmente soggiornanti nel territorio nazionale. In virtù degli artt. 2 e 3 Cost., così come interpretati dalla Corte costituzionale, tutti gli stranieri, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, sono titolari di diritti inviolabili o fondamentali. Alcune norme contenute nel decreto legge 92/2008 (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito nella l. 125/2008, e la legge 94/2009 (disposizioni in materia di sicurezza pubblica) e applicabili agli stranieri irregolarmente soggiornanti, appaiono incostituzionali perché si traducono nella lesione del valore fondamentale della dignità umana e, altresì, in quanto presentano carattere discriminatorio. The 40/1998 Act (so-called "Turco Napolitano") has emerged a clear distinction between legal aliens and undocumented aliens on the national territory. By virtue of the interpretation of the articles 2 and 3 of the Italian Constitution, all the aliens, both legal residents and undocumented, hold fundamental rights. Some new rules in the decree law 92/2008 (urgent measures for public security), and the 94/2009 Act (regulations for public security), that can be implemented with regards to undocumented aliens, seem to be unconstitutional because they are in contrast with the fundamental constitutional value of human dignity and, furthermore, because they cause a discrimination of this kind of aliens.

Sommario: 1. Lo straniero e i diritti costituzionali. 2. Tecniche di giudizio nella giurisprudenza costituzionale in tema di condizione giuridica dello straniero. 3. Lo scrutinio "deferente" di ragionevolezza relativo alle norme direttamente connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori. 4. La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante e la legge 94/2009: dubbi di legittimità costituzionale. 5. Il rapporto tra lo straniero irregolarmente soggiornante e le pubbliche amministrazioni alla luce della legge 94/2009: la formazione degli atti di stato civile e l'accesso ai pubblici servizi. 6. Segue: la condizione giuridica dello straniero irregolarmente

*soggiornante e il principio di non discriminazione.*

### **1. Lo straniero e i diritti costituzionali.**

In questo scritto ci si propone di ricostruire lo status costituzionale del cittadino di paesi terzi e, altresì, di analizzare alcune norme, entrate in vigore tra il 2008 e il 2009, che hanno inciso su alcuni interessi propri dello straniero irregolarmente soggiornante. A tal fine, ci si è chiesti se tali interessi siano ascrivibili a diritti costituzionali fondamentali e se le norme che li limitano siano idonee a superare uno scrutinio di legittimità costituzionale e possano quindi essere considerate non illegittime.

Come è noto, solo a partire dalla metà degli Settanta si è registrato un massiccio aumento dei flussi migratori verso l'Italia<sup>[1]</sup>. La sostanziale carenza di flussi migratori nella prima metà del Ventesimo secolo ha influito sulla scrittura della Costituzione e sull'evoluzione dell'ordinamento legislativo. Nella Costituzione il fenomeno migratorio è stato preso in considerazione solo dal punto di vista dell'emigrazione, con l'affermazione del diritto costituzionale di emigrare e del principio della tutela del lavoro italiano all'estero (art. 35, comma 4 Cost.). Le disposizioni costituzionali relative ai diritti non fanno espresso riferimento allo straniero nel delineare l'ambito soggettivo di applicazione delle norme. La parola straniero compare solo nell'art. 10 Cost., in cui si riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero, in conformità delle norme e dei Trattati internazionali (art. 10, comma 2 Cost.). Sono numerosi i Trattati internazionali che recano norme applicabili allo straniero, la cui legge di esecuzione gode della copertura costituzionale di cui all'art. 10, comma 2 Cost.

A partire dalle sentenze 120/1967 e 104/1969 la Corte costituzionale ha affermato che i diritti fondamentali o inviolabili previsti dalla Costituzione spettano anche allo straniero. Nella sentenza 120/1967 si legge infatti che l'art. 3 Cost. deve essere posto "in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo", mentre l'art. 10, comma 2, Cost. prevede che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali: da ciò discende che "se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali". Il concetto è stato ripreso nella sentenza 104/1969, laddove però si è utilizzato, invece della formula "diritti fondamentali", quella di "diritti inviolabili": la Corte costituzionale ha specificato che le differenziazioni tra cittadino e straniero nel godimento dei diritti inviolabili non sono necessariamente illegittime in quanto "la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento"<sup>[2]</sup>. In base a queste prime decisioni e alla giurisprudenza costituzionale successiva, al cittadino sembrano spettare in via esclusiva i soli diritti politici e di incolato<sup>[3]</sup>. Occorre inoltre sottolineare che le norme europee e le norme interne che ricadono nella competenza dell'Unione europea in tema di immigrazione sono soggette al rispetto della Carta dei diritti, e che tutte le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono applicabili allo straniero in virtù della copertura costituzionale della legge di esecuzione, discendente dall'art. 117, comma 1 Cost. (Corte cost. sentt. 348/2007 e 349/2007).

E' quindi possibile che le norme di legge differenzino il regime giuridico di cittadini e stranieri: la diversa qualità del rapporto con il territorio – si pensi al fatto che solo il cittadino ha un diritto all'ingresso nel territorio nazionale – fa sì che alcune norme siano logicamente riferibili solo allo straniero e non anche al cittadino. Tuttavia, la "stratificazione civica"<sup>[4]</sup> che deriva dalla

differenziazione dei regimi giuridici incontra un limite di legittimità nella garanzia dei diritti fondamentali: la legge non semplicemente può, ma deve riconoscere e garantire a ogni individuo il godimento del nucleo minimo di tali diritti; inoltre le differenziazioni vigenti non devono avere carattere discriminatorio[5].

Date queste coordinate fondamentali, è possibile spiegare l'impianto della legge 40/1998 (legge Turco-Napolitano), le cui disposizioni sono successivamente divenute l'architrave del d. lgs. 286/1998 (testo unico per l'immigrazione). Il testo unico riconosce una tendenziale parità tra cittadino e straniero regolarmente soggiornante con riferimento al godimento di tutti i diritti, con esclusione dei diritti politici e di incolato. Il testo unico reca altresì norme applicabili allo straniero irregolarmente soggiornante. Il legislatore ha preso atto del fatto che, nonostante gli sforzi compiuti nella direzione della programmazione dei flussi migratori, in tutti i paesi industrializzati esiste uno "zoccolo duro" di stranieri irregolarmente soggiornanti, che solo le periodiche sanatorie sembrano in grado di riassorbire. Pertanto il testo unico contiene, oltre a norme di "polizia degli stranieri" (che prima erano contenute nel testo unico di pubblica sicurezza: r. d. 773/1931), anche il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dello straniero irregolarmente soggiornante (il diritto alla salute, all'adempimento dell'obbligo scolastico, alla difesa, alla protezione diplomatica e consolare: artt. 2, comma 5, 2, comma 7, 35, 38 TUI). La titolarità dei diritti fondamentali dello straniero è fatta discendere non dalla stipulazione di un "contratto" tra questi e lo Stato, ma dall'effettivo rapporto tra lo straniero e il territorio, rapporto che viene in essere a prescindere dalla regolarità del soggiorno[6]. La disciplina relativa a tali diritti può essere caratterizzata da una differenziazione tra gli stranieri in base alla regolarità del soggiorno: così, se lo straniero regolarmente soggiornante ha l'obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale ed è equiparato al cittadino per ciò che concerne i diritti e i doveri che dallo stesso discendono (art. 34 TUI), lo straniero irregolarmente soggiornante ha diritto di godere delle sole prestazioni urgenti o essenziali (art. 35 TUI)[7].

Questo impianto originario è stato modificato da diversi atti normativi successivi. Tra questi richiamiamo l'attenzione su alcuni atti normativi della XVI legislatura, facenti parte del cosiddetto "pacchetto sicurezza": il d.l. 92/2008 (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito nella l. 125/2008, e la legge 94/2009 (disposizioni in materia di sicurezza pubblica), per effetto dei quali sono entrate in vigore nuove norme – alcune delle quali non giustificabili con l'esigenza di garantire l'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori – che, come si avrà modo di vedere, incidono sull'effettivo godimento dei diritti fondamentali dello straniero irregolarmente soggiornante.

## ***2. Tecniche di giudizio nella giurisprudenza costituzionale in tema di condizione giuridica dello straniero.***

L'analisi della giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto le norme di rango legislativo relative allo straniero rivela una duplice tendenza: quando il giudizio ha ad oggetto norme legislative che non sono direttamente connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, la Consulta esercita un controllo penetrante sulla legittimità costituzionale delle norme sfavorevoli allo straniero; quando invece le norme oggetto del giudizio sono connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, lo scrutinio di legittimità costituzionale tende a essere deferente, a garanzia della discrezionalità del legislatore. Quest'ultima tendenza, come si vedrà, ha subito un processo di erosione nei giudizi in cui si lamenta la violazione della libertà personale, del diritto di difesa (in misura meno pregnante) e, altresì, in alcune recenti sentenze in cui il giudice *a quo* lamentava la lesione di diritti fondamentali protetti non solo dalla Costituzione ma anche dalla Cedu.

A partire dall'entrata in vigore del testo unico per l'immigrazione (d. lgs. 286/1998) sono numerose le decisioni, relative a norme sullo straniero non connesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, in cui la Consulta ha assoggettato le norme recanti disparità di trattamento a un controllo severo, mediante uno scrutinio "stretto" di ragionevolezza della legge, talvolta rafforzato dall'applicazione del divieto internazionale di discriminazione. In tali decisioni, la Consulta ha rifiutato di assumere la cittadinanza come ragione giustificativa di un diverso regime giuridico tra cittadino e straniero.

Vediamo alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza più recente. Nella sentenza 432/2005 la Corte costituzionale ha ritenuto illegittima una norma di legge della Regione Lombardia "nella parte in cui non include i cittadini stranieri, residenti nella Regione, fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea, riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili". Secondo la Consulta, anche quando – come nel caso di specie - il sindacato di legittimità ha ad oggetto una norma che prevede una misura *eccedente* il contenuto minimo di un diritto fondamentale (nella fattispecie il diritto alla salute), le disparità di trattamento tra cittadino e straniero regolarmente soggiornante sono accettabili solo "in presenza di una 'causa' normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria"<sup>[8]</sup>: arbitrario è stato ritenuto, in questo caso, fondare la disparità di trattamento sul criterio della cittadinanza<sup>[9]</sup>.

Analogamente, nella sentenza 306/2008, la Corte costituzionale ha reputato invalida una norma che distingueva lo straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo dagli altri stranieri regolarmente soggiornanti per ciò che concerneva il godimento del diritto a un'indennità di accompagnamento prevista per le persone inabili al lavoro. La norma è stata ritenuta illegittima in quanto sarebbe irragionevole distinguere gli individui in base a un criterio – il reddito percepito – che costituisce uno dei presupposti per il rilascio della carta di soggiorno, e in quanto la misura sarebbe lesiva degli artt. 2, 32 e 38 Cost., in quanto intaccherebbe il contenuto minimo del diritto alla salute, inteso come "diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza". La Corte ha infine fatto applicazione, oltre che del giudizio di ragionevolezza della legge, anche del principio di non discriminazione – da cui discende il diritto soggettivo dello straniero a non essere discriminato in base alla nazionalità - vigente in virtù di una consuetudine costituzionale "trasformata" (per dirla con Perassi) in norma interna dall'art. 10, comma 1 Cost.<sup>[10]</sup>

In senso analogo si collocano alcune ulteriori decisioni. Si pensi alla sentenza 11/2009, che ha dichiarato illegittima la norma che riconosceva il diritto alla pensione di inabilità a chi fosse stato titolare della carta di soggiorno, rilevando sia la violazione del principio di uguaglianza tra cittadini e stranieri regolarmente (e non occasionalmente) soggiornanti, che l'intrinseca irragionevolezza di una norma che subordinava il diritto alla pensione di inabilità alla disponibilità del reddito necessario per il rilascio della carta di soggiorno, laddove secondo l'ordinamento legislativo la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore a una determinata misura fissata dalla legge<sup>[11]</sup>.

Si pensi, altresì, alla sentenza 187/2010, che ha dichiarato illegittima una norma che subordinava la titolarità del diritto all'assegno mensile di invalidità per lo straniero al possesso della carta di soggiorno, in violazione del divieto di discriminazione nel godimento delle prestazioni sociali di cui all'art. 14 Cedu: la discriminazione è rilevabile – secondo la giurisprudenza della Corte edu – ove il trattamento "non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizzi, cioè, un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito" (Corte cost., sent. 187/2010).

Si pensi ancora alla sentenza 4/2013, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima, per violazione dell'art. 3 Cost., una norma di legge della Regione Calabria che finanziava interventi a favore di soggetti non autosufficienti, escludendo gli stranieri regolarmente soggiornanti che non fossero titolari di carta di soggiorno. Anche in questa decisione la Consulta ha ritenuto arbitraria la subordinazione dell'accesso a provvidenze e prestazioni di assistenza sociale alla disponibilità della

carta di soggiorno, non essendo possibile ravvisare una correlazione tra questo requisito “e le situazioni di bisogno o disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità di una provvidenza sociale”.

Parimenti, la Consulta ha ritenuto in violazione dell’art. 3 Cost., in quanto arbitrarie, le norme che subordinavano la fruibilità di certe provvidenze alla maturazione di un periodo minimo di residenza, non potendo essere in alcun modo desumibile da questo elemento il grado di bisogno in cui versano le persone (Corte cost. sentt. 40/2011 e 2/2013)[12].

Significativa è, altresì, la giurisprudenza costituzionale relativa a leggi delle Regioni Toscana, Puglia e Campania, che hanno previsto l’applicazione allo straniero irregolarmente soggiornante di misure di carattere socio-assistenziale[13]. Secondo la Consulta tali norme, pur se applicabili allo straniero irregolarmente soggiornante, non incidono sull’interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori per il solo fatto di prevedere diritti dello straniero irregolarmente soggiornante. La Corte costituzionale ha infatti rigettato la tesi, prospettata dalla difesa erariale, secondo la quale la garanzia di tali diritti avrebbe in qualche modo agevolato la permanenza sul territorio nazionale di tali stranieri, i quali, per il fatto di essere irregolarmente soggiornanti, commettono il reato “di clandestinità” di cui all’art. 10-*bis* TUI. Date queste premesse, una volta esclusa l’incidenza delle norme *de quibus* nella competenza legislativa esclusiva dello Stato di cui all’art. 117, comma 2 lett. b, e una volta ricondotte le norme regionali ad altri ambiti, come la salute, l’istruzione e l’assistenza sociale, ascrivibili a competenze concorrenti o residuali delle Regioni, la Consulta ha dichiarato tali norme non illegittime (Corte cost. sentt. 269/2010, 299/2010 e 61/2011)[14].

In ultima analisi, quindi, la giurisprudenza esaminata rivela una tendenza: laddove le norme oggetto del giudizio non sono direttamente connesse all’interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, esse sono illegittime se non rispettano i diritti costituzionali dello straniero e il divieto di discriminazione; parimenti esse non sono illegittime se sono norme regionali che comportano un arricchimento del livello di protezione dei diritti costituzionali dello straniero, anche se irregolarmente soggiornante, rispetto a quanto previsto dalla normativa statale.

### ***3. Lo scrutinio “deferente” di ragionevolezza relativo alle norme direttamente connesse all’interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori.***

Diverso è invece l’approccio della Corte costituzionale quando le norme di legge oggetto del giudizio sono direttamente connesse all’interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori: in questi casi, la linea di tendenza che emerge dall’analisi delle decisioni – a parte le eccezioni di cui si discorrerà - è nel senso di un *self restraint* a garanzia della discrezionalità del legislatore. In linea di principio, in tali giudizi la Corte costituzionale ha ritenuto di non poter interferire con la ponderazione e regolazione degli interessi pubblici in gioco, “quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione”, in quanto “tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un’ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli” (Corte. cost. sent. 62/1994). A differenza di quanto rilevato nel paragrafo precedente, in queste sentenze si è ritenuto non illegittimo fondare la disparità di trattamento sulla cittadinanza, e l’accoglimento della questione è stato reputato possibile solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrio manifesto.

Questo approccio è legato all’idea secondo la quale la decisione sull’ingresso e il soggiorno dello

straniero sarebbe ascrivibile al nucleo duro della sovranità dello Stato, che si traduce nel potere di controllare il territorio e presidiare le frontiere, ed è altresì un'eredità del peculiare rapporto che, sin dal costituzionalismo dell'Ottocento, si è instaurato tra i concetti di Costituzione, Stato e popolo.

Si pensi al modello statualistico di garanzia dei diritti costituzionali. E' nota la teoria che considera i diritti costituzionali come "diritti pubblici soggettivi": i diritti di libertà esisterebbero e sarebbero garantiti in virtù della vigenza di norme che prevedono una "autolimitazione" dello Stato. Poiché il popolo – e non la popolazione – è un elemento costitutivo dello Stato, ben può essere affermato che tale "autolimitazione" dei poteri sovrani sia vigente nei confronti del cittadino (e non dello straniero), in particolare se viene in evidenza il cruciale potere statale di controllo delle frontiere. E' significativo, in questo senso, il pensiero di Jellinek, per il quale "mediante il potere unitario dello Stato la pluralità dei membri si assomma nell'unità del popolo. Questa unità è quella del popolo dello Stato, della moltitudine statalmente unificata. Ed è questa la ragione per cui il popolo, nel senso giuridico, non può affatto concepirsi al di fuori dello Stato; e così parimenti il territorio è possibile soltanto nello Stato come estensione spaziale di questo"[\[15\]](#).

Si pensi, altresì, al modello individualistico di protezione dei diritti costituzionali. In esso si evoca il "contratto" come strumento per la costituzione dello Stato in funzione della garanzia della libertà originaria dell'individuo. Per Rousseau, "l'uomo è nato libero e ovunque è in catene"[\[16\]](#): il rimedio a questa condizione è da individuarsi nel contratto sociale, una forma di associazione funzionale alla garanzia della libertà (e dei beni)[\[17\]](#). Il ragionamento di Rousseau è tutto interno al perimetro popolo – totalità dei cittadini[\[18\]](#). L'idea di un contratto sociale tra cittadini può essere intesa come foriera di esclusione dello straniero. Muovendo da quest'ottica restrittiva ed "escludente", lo straniero, per poter beneficiare della garanzia dei diritti costituzionali, dovrebbe a sua volta concludere un "contratto" con lo Stato.

Questa lettura del rapporto tra Costituzione, Stato e cittadino, sia nella prospettiva statualistica che in quella individualistica, deve però essere conciliata con la distinzione, risalente alla rivoluzione francese, tra *droit de l'homme* e *droit du citoyen*, in base a cui alcuni diritti costituzionali dovrebbero essere propri anche dello straniero[\[19\]](#). Il potenziale conflitto tra le due prospettive di cui si discorre trova conferma nella formulazione linguistica degli artt. 2 e 3, comma 1, Cost. Se infatti, secondo l'art. 2 Cost., la Repubblica "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", di contro l'uguaglianza di fronte alla legge è affermata solo con riferimento ai cittadini, così come ai cittadini fa riferimento la rubrica della prima parte della Costituzione.

Quale dei due dati letterali dovrebbe essere valorizzato? Muovendo dalla qualificazione della Costituzione come "fatto politico", volto a regolare e limitare i poteri dello Stato in relazione ai cittadini, Alessandro Pace ha proposto di ritenere circoscritto a questi ultimi l'ambito soggettivo dei diritti costituzionali, fermo restando il potere dello Stato di autolimitarsi mediante la stipulazione di un "contratto" internazionale con altri Stati e tenuto conto del fatto che la razionalità/ragionevolezza della legge costituisce un limite di validità di ogni enunciato normativo. Sarebbe quindi l'art. 2 Cost. a dover essere interpretato alla luce dell'art. 3 Cost.[\[20\]](#)

Come si è visto, in linea di principio questa lettura non è stata fatta propria dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze 120/1967 e 104/1969. Eppure, l'eco della stessa è rinvenibile nella giurisprudenza relativa alle norme funzionali al controllo delle frontiere e dei flussi migratori: tali norme, proprio perché collegate alla garanzia di interessi statali primari, connessi all'esercizio del nocciolo duro dei poteri sovrani (la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione: v. Corte. cost. 62/1994) sarebbero annullabili solo se affette da manifesta irragionevolezza o arbitrio manifesto.

Deve però essere ricordato che, nella giurisprudenza più recente, si è assistito a una tendenziale erosione



di tale *self restraint*, che appare, peraltro, antistorico in un contesto in cui alla sovranità dello Stato-soggetto è subentrata la sovranità di una Costituzione il cui motivo ispiratore non è la mera regolazione dello Stato e dei suoi poteri, ma la valorizzazione della persona umana[21]. Vengono in evidenza, in primo luogo, le decisioni in cui parametro del giudizio sono il diritto di libertà personale e, in misura meno significativa, il diritto alla difesa[22].

La crisi dell'approccio deferente è poi confermata da alcune recenti sentenze in cui il giudice *a quo* ha indicato come parametro del giudizio anche norme della Cedu.

Si pensi alla sentenza 245/2011, in cui la Corte costituzionale ha giudicato illegittimo l'art. 116 c.c., modificato dall'art. 1, comma 15, l. 94/2009, nella parte in cui subordinava le pubblicazioni matrimoniali alla regolarità del soggiorno, per violazione dell'art. 29 Cost. e dell'art. 12 Cedu. La Consulta in tale decisione ha temperato il precedente orientamento di cui alla sentenza 62/1994, in virtù del quale dovevano essere fatte salve le norme "non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali", sostenendo che anche le norme connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori debbono comportare un sacrificio dei diritti fondamentali che sia proporzionato.

Si pensi, altresì, alla decisione 172/2012, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente irragionevole l'art. 1-ter, comma 13, lett. c, della legge 102/2009, che prevedeva il "nesso automatico" tra una sentenza non definitiva di condanna per un reato per cui fosse consentito l'arresto in flagranza e il diniego della regolarizzazione del rapporto di lavoro di cura. La Corte costituzionale, in questa decisione, sembra muovere dal tradizionale *self restraint* in questo tipo di giudizi in quanto ha dichiarato fondata la questione di legittimità costituzionale utilizzando la categoria della "manifesta irragionevolezza": il "nesso automatico" tra sentenza non definitiva di condanna e diniego di regolarizzazione è stato ritenuto illegittimo in quanto esso implica una presunzione di pericolosità del soggetto, escludendo una valutazione caso per caso, e altresì poiché lede gli interessi costituzionalmente rilevanti delle persone che da tale lavoro di cura traggono beneficio. Eppure, la decisione è significativa sia in quanto in tutti i giudizi sulle norme che prevedono il "nesso automatico" tra una sentenza non definitiva di condanna e il provvedimento di espulsione, la questione era stata ritenuta infondata, e sia in quanto in essa si è affermato che la ponderazione e regolazione degli interessi in gioco da parte della legge "deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario"[23]. E' infine significativa la recente sentenza 202/2013 in cui la Consulta, piuttosto che procedere a uno scrutinio deferente, ha ritenuto illegittima, in quanto lesiva del diritto alla vita privata e familiare di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost. e di cui all'art. 8 Cedu. Con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 5, comma 5, TUI, nella parte in cui prevede un'eccezione alla regola dell'automatismo espulsivo a favore di coloro che abbiano ottenuto un formale provvedimento di ricongiungimento familiare e non, invece, a favore di chi si trovi nella sostanza in analoghe condizioni in quanto risiede regolarmente in Italia con una famiglia. La Corte costituzionale, pur ribadendo la non illegittimità in linea di principio dei meccanismi di "automatismo espulsivo", ha corretto la propria tradizionale linea di *self restraint* giurisprudenziale in questi giudizi e ha affermato che la "discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino"[24].

Queste ultime decisioni, in cui l'interpretazione delle disposizioni costituzionali sui diritti è stata illuminata dalla Cedu (così come interpretata dalla Corte di Strasburgo), potrebbero divenire le pietre miliari di un nuovo indirizzo giurisprudenziale, diretto ad assicurare una piena espansione della garanzia dei diritti dell'uomo, a prescindere dalla eventuale diretta connessione della norma oggetto del giudizio con l'interesse alla regolazione e al controllo di flussi migratori.

Esaurita la trattazione dei diritti costituzionali dello straniero e della loro garanzia nella giurisprudenza costituzionale, le pagine che seguono saranno dedicate all'analisi di recenti norme relative allo straniero irregolarmente soggiornante, introdotte dal d.l. 92/2008, convertito nella l. 125/2008, (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), e dalla legge 94/2009 (disposizioni in materia di sicurezza pubblica), che incidono sul godimento di diritti fondamentali. Dalla ricostruzione del rapporto tra tali norme e l'interesse alla regolazione e controllo dei flussi migratori possono discendere conseguenze sul tipo di scrutinio di legittimità – stretto o deferente – cui tali norme potrebbero essere assoggettate.

#### ***4. La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante e la legge 94/2009: dubbi di legittimità costituzionale.***

Si è detto che il testo unico per l'immigrazione, nella sua originaria formulazione, recava norme tese a riconoscere allo straniero irregolarmente soggiornante il godimento del nucleo minimo dei diritti fondamentali e a non impedire lo sviluppo del rapporto tra lo straniero e il territorio. Tale disegno è stato in parte modificato dal d.l. 92/2008 (misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito nella l. 125/2008, e, più incisivamente, dalla l. 94/2009 (disposizioni in materia di sicurezza pubblica), il cui principio ispiratore è quello di fare “terra bruciata” intorno al “clandestino”[\[25\]](#).

Tali atti normativi recano norme relative all'accesso da parte dello straniero irregolarmente soggiornante alla formazione degli atti di stato civile e, più in generale, all'adozione di provvedimenti favorevoli da parte della pubblica amministrazione. Alla luce della giurisprudenza costituzionale in precedenza esaminata, in particolare di quella relativa alle leggi regionali, è da ritenersi che tali nuove norme non siano collegate all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori e dovrebbero quindi essere soggette a uno scrutinio “stretto” di ragionevolezza[\[26\]](#).

Il disegno di legge che è alla base della legge 94/2009 era, nella parte relativa alla condizione giuridica dello straniero, integralmente orientato a riconoscere il godimento di diritti ai soli stranieri che fossero parte di un “contratto” con lo Stato. Si negava quindi, quindi, l'approccio individualista al riconoscimento e alla garanzia del nucleo minimo dei diritti fondamentali, che sono propri dello straniero non in virtù di una concezione giusnaturalista della protezione dei diritti umani, ma in virtù di una specifica norma positiva – l'art. 2 Cost. – secondo la quale la Repubblica si impegna a rispettare (“riconosce”) e far rispettare (“garantisce”) i diritti inviolabili dell'uomo[\[27\]](#).

Tale originario disegno di legge, oltre a prevedere l'applicazione di un'importante sanzione penale detentiva nel caso in cui fosse stato commesso il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato[\[28\]](#), prevedeva altresì che - in virtù della proposta di modifica dell'art. 6, comma 2 TUI - nessun provvedimento nell'interesse dello straniero - neppure, quindi, quelli inerenti agli atti di stato civile e all'accesso a pubblici servizi – potesse essere adottato in assenza della esibizione del titolo di soggiorno. Inoltre, con specifico riferimento alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 TUI, il disegno di legge disponeva l'abrogazione della disposizione di cui all'art. 35, comma 5, recante il divieto di segnalazione alle autorità da parte degli operatori sanitari.

In seguito al dibattito parlamentare e alle polemiche che ne sono scaturite, nonché ai rilievi formulati, in punto di legittimità costituzionale, da parte degli uffici studi parlamentari, il disegno di legge è stato emendato nel procedimento legislativo. L'art. 6, comma 2 TUI, in seguito alla modifica introdotta dalla legge 94/2009, ora prevede l'obbligo di esibire il titolo di soggiorno per “il rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati”,



mentre non è necessaria con riferimento ai provvedimenti “riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli *inerenti all’accesso alle prestazioni sanitarie di cui all’articolo 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie*”. Inoltre, è stata espunta dal disegno di legge originario la disposizione che, se approvata, avrebbe abrogato il divieto di segnalazione dello straniero irregolarmente soggiornante da parte degli operatori sanitari (art. 35, comma 2 TUI).

L’effettività del diritto alla salute e del diritto all’istruzione dello straniero irregolarmente soggiornante è stata quindi fatta salva? Apparentemente sì. Il fatto stesso, tuttavia, che tale proposta di modifica del testo unico sia stata presentata ha ingenerato confusione negli stranieri e nella stessa pubblica amministrazione. Ciò è confermato dall’adozione di una circolare da parte del Ministero dell’interno con cui è stata ribadita la vigenza del divieto di segnalazione da parte degli operatori sanitari, e di un parere del Ministero dell’Interno dell’aprile 2010, indirizzato al Commissario straordinario del Comune di Bologna, con cui si è affermato che l’iscrizione scolastica dei minori stranieri non è subordinata all’esibizione di un documento attestante la regolarità del soggiorno dei genitori[29].

Alcune criticità sono comunque presenti con riferimento all’adozione dei provvedimenti correlati al godimento di tutti i diritti fondamentali, incluso il diritto all’istruzione, per effetto dell’introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10-*bis* TUI, aggiunto al testo unico dalla lettera a del comma 16 dell’art. 1, L. 15 luglio 2009, n. 94). Tale fattispecie di reato è stata dichiarata costituzionalmente non illegittima dalla Corte costituzionale (sent. 250/2010). A nostro avviso, tuttavia, la norma *de qua* è in grado di ledere il diritto alla dignità umana (artt. 2, 3, 27 e 32 Cost.) e sociale (artt. 2 e 3, comma 1 Cost.) dell’uomo, in quanto ha una ricaduta sul rapporto esistente tra lo straniero irregolarmente soggiornante e i pubblici poteri, poiché comporta l’insorgere dell’obbligo di segnalazione in capo al pubblico ufficiale e all’incaricato di pubblico servizio che sia venuto a conoscenza del reato nell’esercizio delle proprie funzioni (artt. 361 e 362 c.p.). Il divieto di segnalazione, come si è detto, è espressamente previsto solo per gli operatori sanitari. Da ciò consegue, ad avviso di scrive, l’illegittimità costituzionale della carenza di un divieto di segnalazione ogni qual volta il pubblico ufficiale e l’incaricato di pubblico di servizio siano venuti a conoscenza del reato nell’esercizio delle proprie funzioni, se queste sono correlate al godimento di diritti fondamentali dello straniero.

Si pensi al diritto all’istruzione. Come si è anticipato, l’art. 6, comma 2 TUI non prevede come obbligatoria, da parte dello straniero, la presentazione del titolo di soggiorno al fine di ottenere i provvedimenti inerenti le prestazioni scolastiche obbligatorie, cui ha diritto senza alcuna limitazione il minore straniero (art. 38 TUI). In base a tali norme, le scuole sono tenute ad accettare l’iscrizione del minore anche se la documentazione anagrafica è irregolare, incompleta o anche totalmente carente. Se in seguito non è stato possibile accertare l’identità dello studente, si fa affidamento su quella dichiarata[30].

Con riferimento a tale diritto, tuttavia, il testo unico non dispone il divieto di segnalazione alle autorità, per cui qualora l’irregolarità di soggiorno dello straniero fosse accidentalmente scoperta, nel corso degli studi, gli operatori scolastici dovrebbero – ai sensi degli artt. 361 e 362 c.p. – denunciare il reato di cui sono venuti a conoscenza in occasione o a causa dell’esercizio delle proprie funzioni.

Analoghe considerazioni valgono per il diritto costituzionale alla difesa di cui all’art. 24 Cost.: se venisse in evidenza in un processo la condizione di irregolarità del soggiorno di uno straniero, gli operatori giudiziari dovrebbero denunciare il reato di cui sono venuti a conoscenza. Il *vulnus* al godimento di tali diritti fondamentali potrebbe essere tuttavia sanato da sentenze additive della Corte costituzionale, che dichiarassero gli artt. 361 e 362 c.p. illegittimi nella parte in cui non prevedono il divieto di segnalazione dello straniero irregolarmente soggiornante, se l’attività svolta dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio è correlata all’esercizio di diritti fondamentali dello straniero.

Si pensi altresì al diritto al matrimonio. La novella del 2009 aveva modificato l'art. 116 c.c., prevedendo che le pubblicazioni matrimoniali, nel caso in cui uno dei nubendi sia straniero, sarebbero dovute essere precedute dalla presentazione del titolo di soggiorno. La norma era diretta a evitare la contrazione dei matrimoni "di comodo", finalizzati esclusivamente a conseguire un permesso di soggiorno per motivi familiari e, successivamente, la cittadinanza. Si trattava, quindi, di una norma direttamente connessa all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori e teoricamente soggetta, pertanto, a uno scrutinio deferente di ragionevolezza. Come si è anticipato, tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza 245/2011. Il giudice delle leggi ha ribadito la qualificazione del diritto al matrimonio come diritto fondamentale, e ha ritenuto manifestamente irragionevole la norma che non consentiva le pubblicazioni matrimoniali in assenza di titolo di soggiorno, in quanto lo stesso fine perseguito – la lotta ai matrimoni "di comodo" – può essere perseguito, nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, con strumenti meno invasivi rispetto a quello previsto con la modifica dell'art 116 c.c., che di fatto si traduceva in un divieto di matrimonio per lo straniero irregolarmente soggiornante. La Consulta ha inoltre ritenuto che la norma violasse l'art. 12 Cedu, che sancisce il diritto al matrimonio, in quanto già la Corte di Strasburgo aveva ritenuto tale diritto violato da norme britanniche di tenore analogo a quelle italiane (sentenza 14 dicembre 2010, *O'Donoghue e altri c. Regno Unito*, causa n. 34848/07)[31].

Parimenti lesa appare il diritto costituzionale all'abitazione dello straniero irregolarmente soggiornante. Tale diritto è generalmente qualificato come diritto fondamentale (Corte cost., sentt. 404/1988 e 61/2011; art. 25 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo) ed è quindi proprio dello straniero, anche se irregolarmente soggiornante[32]. Non è difficile ipotizzare la ragionevolezza delle norme che non includono lo straniero irregolarmente soggiornante tra gli aventi diritto ad un'abitazione (art. 40, comma 6 TUI), in virtù del carattere non necessariamente stabile e duraturo del rapporto tra questo straniero e il territorio, così come del fatto che lo straniero irregolarmente soggiornante non adempie – non può adempiere – al pagamento di alcuni tributi. Il contenuto minimo del diritto all'abitazione, con riferimento allo straniero irregolarmente soggiornante, dovrebbe essere, quindi, non un diritto sociale ma un diritto di libertà negativa, protetto nel suo contenuto *erga omnes*, sia nei confronti dello Stato che nei confronti di ogni altro soggetto pubblico o privato[33]. A ogni diritto costituzionale, ricostruito come principio giuridico, deve essere assicurato il rispetto del suo contenuto minimo (quindi, secondo la tesi sostenuta, il rispetto dello stesso come diritto di libertà negativa); tale diritto può poi essere implementato nella misura maggiormente possibile[34] (come accaduto ad opera di norme regionali)[35]. Date queste premesse, appaiono illegittime le nuove norme entrate in vigore nel 2008 e nel 2009 che qualificano come reato alcuni atti volti a soddisfare tale diritto fondamentale dello straniero, ancorché irregolarmente soggiornante. Si è infatti previsto che è punito con una pena da sei mesi a tre anni di reclusione chi da in alloggio o cede, anche in locazione, a uno straniero irregolarmente soggiornante, un immobile che sia sotto la sua disponibilità. Il reato si perfeziona se la cessione è a titolo oneroso e se vi è dolo specifico, e se la condizione di irregolarità sussisteva al momento della stipulazione del contratto e/o del suo rinnovo (art. 1, comma 14, l. 94/2009). L'alloggio può essere dato in via non esclusiva, così come in via esclusiva, mediante una cessione a titolo definitivo (è il caso della compravendita) oppure a titolo provvisorio (è il caso della locazione). La sentenza di condanna comporta la confisca dell'immobile, a meno che l'immobile non sia di proprietà di una terza persona estranea (art. 5, l. 125/2008).

##### ***5. Il rapporto tra lo straniero irregolarmente soggiornante e le pubbliche amministrazioni alla luce della legge 94/2009: la formazione degli atti di stato civile e l'accesso ai pubblici servizi.***

Si è detto che il testo unico, nella sua versione originaria, prevedeva l'obbligo di esibire il titolo di soggiorno per ottenere il rilascio di "licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati", ma non "per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo e per quelli inerenti agli atti di stato civile o all'accesso a pubblici servizi". Come si è anticipato, la disposizione è stata modificata: l'esibizione del titolo di soggiorno è divenuta necessaria per ciò che concerne la formazione degli atti di stato civile e l'accesso ai pubblici servizi (fatta eccezione per le prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 TUI e per le prestazioni scolastiche obbligatorie).

Le nuove norme appaiono sotto diversi profili di dubbia legittimità costituzionale. In primo luogo, la subordinazione della formazione degli atti di stato civile alla regolarità del soggiorno sembra essere in violazione di alcuni diritti fondamentali dello straniero. Si pensi al rapporto che esiste tra la formazione dell'atto di nascita e il diritto al nome. La nuova norma appare lesiva del valore costituzionale dell'infanzia e della gioventù (art. 31 Cost.), oltre che della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989, che agli artt. 7 e 8 prevede la registrazione del fanciullo al momento della nascita, il diritto a un nome, a una cittadinanza, a preservare la propria identità (ivi compresa la propria nazionalità, il proprio nome e le proprie relazioni familiari). Essa appare in violazione, altresì, dell'art. 24, comma 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in base a cui ogni fanciullo, dopo la nascita, deve essere registrato e deve avere un nome. Non a caso, una circolare ministeriale ha cercato di porre un rimedio a questa palese illegittimità della norma, escludendo che sia necessaria la presentazione del titolo di soggiorno<sup>[36]</sup>. La norma di legge non è stata tuttavia modificata con riferimento alla formazione dell'atto di nascita, che non potrebbe avere luogo senza la presentazione da parte dello straniero del titolo di soggiorno, con un conseguente, evidente disincentivo alla comunicazione dei decessi da parte degli stranieri irregolarmente soggiornanti agli ufficiali di stato civile, cui a sua volta dovrebbe seguire la comunicazione da parte dello Stato italiano alle autorità diplomatiche e consolari del paese di provenienza<sup>[37]</sup>. La norma vigente integra la violazione del diritto alla dignità umana, intesa come garanzia dell'integrità fisica e morale dell'individuo, diritto che si estende a dopo la morte e implica l'esigenza del rispetto della memoria della persona<sup>[38]</sup>.

L'innovazione più significativa, nel segno della "terra bruciata" attorno allo straniero irregolarmente soggiornante, è però la norma secondo la quale l'accesso ai pubblici servizi – fatta eccezione per le prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 TUI e per le prestazioni scolastiche obbligatorie – è subordinato all'esibizione da parte dello straniero del titolo di soggiorno. Lo straniero irregolarmente soggiornante, quindi, non può accedere, salve le eccezioni previste, ai pubblici servizi, oltre a essere, come si è detto, suscettibile di denuncia da parte del pubblico ufficiale e dell'incaricato di pubblico servizio.

La norma *de qua* è, a nostro avviso, costituzionalmente illegittima, in quanto in conflitto con il diritto-valore fondamentale della dignità umana dello straniero.

La dignità umana è infatti, al tempo stesso, un valore costituzionale e un diritto fondamentale della persona. Nell'ordinamento italiano non è in vigore una disposizione dal tenore analogo a quello dell'art. 1 della Legge fondamentale tedesca, che sancisce l'intangibilità della dignità dell'uomo e il dovere di ogni potere statale di rispettarla e proteggerla. Tale valore-diritto è però desumibile dall'art. 2 Cost. (che postula la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo e l'adempimento dei doveri di solidarietà); dall'art. 3, comma 1 Cost. (secondo il quale tutti i cittadini hanno pari "dignità sociale"); dall'art. 3, comma 2 Cost. (che impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli esistenti allo sviluppo della persona umana); dall'art. 13 comma 4 (secondo il quale "è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà"); dall'art. 27 Cost. (che sancisce il divieto di pene contrarie "al senso di umanità"); dall'art. 32 Cost. (che impone alla legge in tema di trattamento sanitario obbligatorio di non violare "i limiti imposti dal rispetto della persona umana"); dall'art. 36 Cost. (secondo il quale la retribuzione deve assicurare al lavoratore "un'esistenza dignitosa"); dall'art. 41 Cost. (secondo il quale l'iniziativa economica privata incontra il limite del rispetto della "dignità umana")<sup>[39]</sup>.

Nell'ordinamento dell'Unione europea la dignità umana è protetta dall'art. 1, capo I della Carta dei diritti e dall'art. 21 TUE. Nell'ordinamento europeo (come in quello tedesco) la dignità umana costituisce – secondo le spiegazioni alla Carta dei diritti elaborate dal *Presidium* - un valore costituzionale fondamentale su cui poggiano i diritti fondamentali e che, pertanto, non può essere oggetto di alcun bilanciamento o limitazione. La Corte di giustizia ha poi interpretato la disposizione di cui all'art. 1 della Carta dei diritti sia come diritto soggettivo (Corte di giustizia, sentenza 9 ottobre 2001, causa C-377/01, relativa alla direttiva del Consiglio e del Parlamento 6 luglio 1998, 98/44/Ce) che come principio generale dell'ordinamento (Corte di giustizia, sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, in tema di circolazione dei servizi)[40].

Il contenuto di tale diritto-valore fondamentale è il rispetto della persona nella sua integrità fisica e morale, del suo essere uomo non solo *uti singulus*, ma nel contesto di una società[41]. Dal diritto-valore della dignità umana discendono due corollari: il diritto alla capacità giuridica e il diritto a non essere discriminati. Diritti che – se ritenuti propri anche dello straniero irregolarmente soggiornante – dovrebbero indurre a ritenere illegittima la norma di cui all'art. 6, comma 2 TUI.

Per ciò che concerne il diritto alla capacità giuridica, è relativamente incontrovertito che tale diritto sia un diritto fondamentale dell'uomo ex art. 2 Cost.: ogni individuo è un soggetto di diritto astrattamente suscettibile di divenire titolare di situazioni giuridiche soggettive[42]. Questo diritto discende altresì dall'art. 16 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo il quale “ogni individuo ha diritto al riconoscimento *in qualsiasi luogo* della sua personalità giuridica”. Il contenuto di tale diritto (e quindi del diritto alla dignità umana) appare leso dalla norma di cui all'art. 6, comma 2 TUI, oggetto del nostro esame, che non consentendo l'adozione di provvedimenti amministrativi, produce un irragionevole pregiudizio alla sussistenza dello straniero sul territorio e alla sua vita di relazione.

#### ***6. Segue: la condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante e il principio di non discriminazione.***

Il secondo corollario che discende dal diritto alla dignità umana è il diritto a non essere discriminati. Occorre riflettere sulla possibilità di ritenere lo straniero irregolarmente soggiornante titolare del diritto a non essere discriminati, per poi valutare se la norma di cui all'art. 6, comma 2, TUI, sulla formazione degli atti di stato civile e sull'accesso ai pubblici servizi sia lesiva di tale diritto.

La possibilità di ritenere lo straniero irregolarmente soggiornante titolare di tale diritto è controversa. E' infatti noto che, nella carte internazionali dei diritti, nella giurisprudenza delle Corti internazionali e, altresì, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, il principio di uguaglianza di fronte alla legge viene declinato anche come diritto dell'individuo a non essere discriminato in quanto facente parte di un determinato gruppo sociale. Tale diritto non è espressamente affermato nella Costituzione, ma si desume dagli artt. 2 e 3 Cost., in particolare allorché si prevede il diritto alla “pari dignità sociale” e il divieto di differenziare i regimi giuridici in ragione del sesso, della razza, della lingua, della religione etc.[43] E' possibile applicare il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza o all'appartenenza ad un gruppo sociale anche nei giudizi in cui la disparità di trattamento colpisca lo straniero irregolarmente soggiornante? Spunti interessanti sono ravvisabili in alcune decisioni della Consulta. Con una risalente sentenza, la Corte ha precisato che “un'essenziale parità di trattamento deve essere mantenuta negli stessi rapporti tra stranieri e stranieri, quand'anche appartenenti a Stati diversi” (Corte cost. 54/1979). La decisione ha voluto affermare il divieto di discriminazione tra stranieri in base alla nazionalità, ma è comunque interessante perché contiene un'applicazione del principio oltre la mera dicotomia

cittadino-straniero. Infine, con una sentenza più recente, la Consulta ha affermato che possono essere sottoposte a uno scrutinio stretto di ragionevolezza le disparità di trattamento fondate sulla dicotomia straniero regolarmente soggiornante – straniero irregolarmente soggiornante (Corte cost. 78/2007)[44].

Il principio di non discriminazione è peraltro applicabile, ex art. 10 commi 1 e 2 Cost., in quanto è previsto da una consuetudine internazionale e da numerose convenzioni internazionali. Alla consuetudine internazionale ha fatto riferimento la Corte costituzionale nella già analizzata sentenza 306/2008, in un caso in cui veniva in evidenza la disparità di trattamento tra il cittadino e lo straniero regolarmente soggiornante. L'ambito soggettivo di applicazione della norma antidiscriminatoria – se cioè essa sia limitata allo straniero regolarmente soggiornante o debba piuttosto ricomprendere anche lo straniero irregolarmente soggiornante – è però controverso. Secondo la sentenza della Corte costituzionale, esisterebbe una norma di diritto internazionale consuetudinario che vieta la discriminazione “nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato”. La Consulta, almeno in questa decisione, sembra aver escluso l'applicabilità allo straniero irregolarmente soggiornante del divieto di discriminazione. Si afferma infatti che è consentito al legislatore “subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata”. Occorre però richiamare l'attenzione su alcune parole utilizzate: “l'erogazione di determinate prestazioni”. Nel giudizio veniva in evidenza la disparità di trattamento con riferimento a prestazioni eccedenti il nucleo minimo di un diritto fondamentale, che devono essere finanziate e che per questo possono legittimamente essere subordinate alla regolarità del soggiorno. Le nuove norme della l. 94/2009 che in questa sede abbiamo esaminato non riguardano, invece, il godimento di prestazioni pubbliche, ma la formazione di atti – si pensi agli atti di stato civile o a quelli inerenti l'accesso ai pubblici servizi, come l'allaccio alla rete elettrica o del gas – che non si traducono in un costo per l'erario e che sono essenziali per la sopravvivenza di un soggetto comunque presente sul territorio. E' solo il costo di alcuni diritti, considerata l'assenza dell'adempimento ad alcuni doveri tributari da parte dello straniero irregolarmente soggiornante, che può giustificare la disparità di trattamento a sfavore di quest'ultimo; tale premessa viene meno se gli atti non sono funzionali a implementare un diritto sociale. Un diverso ragionamento poggia, a nostro avviso, su un'erronea ricostruzione dei presupposti di fatto: quella secondo cui il rapporto tra lo straniero irregolarmente soggiornante e il territorio sarebbe necessariamente episodico e di breve durata. I dati statistici rivelano, al contrario, che in tutti i paesi industrializzati esiste una nutrita comunità di stranieri privi di titolo di soggiorno che hanno con il territorio un rapporto tendenzialmente stabile.

La motivazione di questa sentenza non sembra quindi idonea a illuminare, in modo certo e incontrovertibile, l'ambito soggettivo di applicazione della norma internazionale recante il divieto di discriminazione. *Ad adiuvandum*, giova ricordare che l'applicabilità del principio internazionale di non discriminazione allo straniero irregolarmente soggiornante è stata sostenuta in un noto parere, chiesto dal Messico alla Corte interamericana dei diritti umani sulla *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrant* (opinione OC 18/2003, Corte suprema Hoffman Plastic v. NLRB). In tale parere la Corte ha affermato che il principio di non discriminazione è *ius cogens* ed è “intrinseco alla natura umana in quanto riconosciuto da tutte le convenzioni internazionali sulla protezione dei diritti umani”; pertanto, il godimento dei diritti umani, in particolare nell'ambito del lavoro, non tollera la differenziazione tra straniero *documented* e *undocumented*. Questa celebre opinione è importante perché illumina l'ambito soggettivo del principio di non discriminazione, estendendolo allo straniero irregolarmente soggiornante, confermando l'approccio individualista alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo che è emerso nell'analisi dell'art. 2 Cost., ed è quindi un “materiale” argomentativo utile e spendibile anche in un eventuale giudizio di legittimità costituzionale relativo all'art. 6, comma 2 TUI[45].



Il principio di non discriminazione è altresì affermato da numerose convenzioni internazionali e in particolare dalla Cedu. L'art. 14 della Cedu sancisce il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti previsti dalla Carta; il protocollo n. 12 alla Cedu, firmato a Roma il 4 novembre del 2000 ed entrato in vigore il 1 aprile 2005, sancisce il divieto di discriminazione nel godimento di ogni diritto previsto dalla legge. E' stato rilevato che il limite delle convenzioni internazionali è quello di non prevedere espressamente la cittadinanza come motivo di discriminazione, per cui le disposizioni antidiscriminatorie potrebbero essere interpretate nel senso di consentire tali differenziazioni[46]. Ciò non è però accaduto con riferimento alla Cedu, in quanto in alcune decisioni la Corte di Strasburgo ha sanzionato l'illegittimità di differenziazioni fondate sulla cittadinanza[47].

In ultima analisi, quindi, riteniamo di poter concludere che, in virtù dell'art. 2 Cost. (e di numerose norme di diritto internazionale consuetudinario e pattizio), i diritti dello straniero, ancorché irregolarmente soggiornante, nascono non in virtù della stipulazione di un "contratto" con lo Stato, ma in correlazione al rapporto di fatto che viene in essere tra lo straniero e il territorio. Le norme di legge che regolano la condizione giuridica dello straniero devono quindi rispettare i diritti fondamentali e il divieto di discriminazione. Quest'ultimo divieto dovrebbe determinare l'illegittimità costituzionale delle norme che sanciscono l'esclusione sociale dello straniero irregolarmente soggiornante, ferma restando la non illegittimità delle norme che, implementando un diritto sociale, limitano l'estensione delle prestazioni al cittadino e allo straniero regolarmente soggiornante. Le norme relative allo straniero irregolarmente soggiornante che abbiamo esaminato, le quali non sono direttamente collegate all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori e non sono funzionali al godimento di diritti sociali, sono illegittime perché incidono arbitrariamente su diritti fondamentali e presentano un carattere irragionevolmente discriminatorio.

[1] Sui flussi migratori verso l'Italia a partire dagli Settanta e Ottanta, v. B. Nascimbene - A. Di Pascale, *I diritti dei migranti*, in G. Battistella (a cura di), *Migrazioni. Dizionario socio-pastorale*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 2010, p. 386; P. Carrozza, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 30.

[2] Secondo la stessa sentenza 104/1969, non può infatti escludersi che "tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti. Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati".

[3] Per una ricostruzione del catalogo dei diritti dello straniero nella prospettiva multilivello v. L. Ciaurro, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Federalismi.it*, 2008, pp. 28-29; P. Bonetti, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri e sulle discriminazioni* (Sasso



Marconi 23 settembre 2011), in *www.asgi.it*, p. 13 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 95; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012. Per alcuni autori, i diritti politici non sono propri dello straniero secondo la Costituzione, ma la legge potrebbe comunque estenderli allo stesso: cfr. M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 225; F. Cerrone, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 1995, p. 451; E. Grosso, *La titolarità del diritto di voto: partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 40 ss., 53 ss.; Id., «Straniero (status dello)», in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5793; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, pp. 84-85, 93-94, 319; G. Bascherini, *L'immigrazione e i diritti*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 429; Id., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 109; V. Raparelli, *Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati*, in *Federalismi.it*, n. 2/2006, p. 8 ss. 87. Vi sono inoltre autori che reputano il riconoscimento del diritto di voto allo straniero costituzionalmente necessario: cfr. V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, p. 19; A. Algostino, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2010, p. 10 ss.

[4] Su questo fenomeno v. L. Zanfrini, *Discriminazione*, in G. Battistella (a cura di), *Migrazioni. Dizionario socio-pastorale*, cit., p. 435.

[5] Sul modello individualistico e il modello statualistico come fondazioni teoriche delle libertà v. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 28 ss. e, con specifico riferimento all'art. 2 Cost. come norma su cui fondare un approccio individualista alla garanzia dei diritti costituzionali v. A. Barbera, *Sub Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss.

[6] La preminenza del criterio territoriale su quello "contrattuale" al fine della individuazione dell'ambito soggettivo dei diritti costituzionali fondamentali si fonda su tre ordini di argomenti. Il primo è costituito da una rilettura del principio di uguaglianza. La delimitazione del principio di uguaglianza ai cittadini, infatti, è stata al tempo della rivoluzione francese uno strumento di distruzione dei differenti regimi giuridici esistenti tra gli individui e non di promozione delle disuguaglianze. Il secondo argomento è quello secondo cui lo straniero, vivendo sul territorio, sviluppa una serie di rapporti di carattere economico e familiare che lo rendono parte di una società e che gli sono propri in virtù della condivisione del territorio. Dal rapporto con il territorio deriva, quindi, la titolarità dei diritti costituzionali fondamentali, a prescindere dalla regolarità del soggiorno. Il terzo argomento si fonda sulla natura costituzionalmente indefettibile del principio di legalità e del principio di costituzionalità: poiché infatti gli atti dei pubblici poteri producono effetti nei confronti della sfera giuridica dello straniero, non è costituzionalmente ammissibile che essi siano sottratti ad un controllo di legalità-costituzionalità in base a un parametro precostituito. Per un'ampia ricostruzione di queste tesi, v. M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 23 ss.

[7] Tale norma è coerente con la giurisprudenza della Corte costituzionale secondo la quale anche allo straniero irregolarmente soggiornante spetta il godimento del nucleo irriducibile del diritto alla salute (Corte cost., sent. 252/2001). Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale relativa al diritto alla salute dello straniero v. G. Bascherini, A. Ciervo, *L'integrazione difficile: il diritto alla salute e all'istruzione degli stranieri nella crisi del welfare state*, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 347-348.

[8] Per la Consulta, “la circostanza che la Regione abbia nella specie introdotto un regime di favore senz’altro eccedente i limiti dell’essenziale’, sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti ‘i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale’, non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria”.

[9] Secondo la Consulta, “distinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce dunque per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione”.

[10] In questa decisione, la Corte costituzionale ritiene che “sia manifestamente irragionevole subordinare l’attribuzione di una prestazione assistenziale quale l’indennità di accompagnamento – i cui presupposti sono ... la totale disabilità al lavoro, nonché l’incapacità alla deambulazione autonoma o al compimento da soli degli atti quotidiani della vita – al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l’altro, la titolarità di un reddito. Tale irragionevolezza incide sul diritto alla salute, inteso anche come diritto ai rimedi possibili e, come nel caso, parziali, alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza. Ne consegue il contrasto delle disposizioni censurate non soltanto con l’art. 3 Cost., ma anche con gli artt. 32 e 38 Cost., nonché – tenuto conto che quello alla salute è diritto fondamentale della persona (vedi, per tutte, le sentenze n. 252 del 2001 e n. 432 del 2005) – con l’art. 2 della Costituzione. Sotto tale profilo e per i medesimi motivi, la normativa censurata viola l’art. 10, primo comma, della Costituzione, dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall’appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato”.

[11] Secondo la Corte costituzionale, mentre “l’indennità di accompagnamento è concessa per il solo fatto della minorazione, senza che le condizioni reddituali vengano in alcun modo in rilievo, la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge. La subordinazione dell’attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, rende ancor più evidente l’intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio. Si riscontra, pertanto, la violazione, sotto un duplice profilo, dell’art. 3 Cost.”

[12] Si veda sul punto quanto affermato nella sentenza della Corte cost. 40/2011, secondo la quale l’esclusione di stranieri “fondata o sul difetto del possesso della cittadinanza europea, ovvero su quello della mancanza di una residenza temporalmente protratta per almeno trentasei mesi, non risulta rispettosa del principio di uguaglianza, in quanto introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quelle condizioni positive di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza europea congiunta alla residenza protratta da almeno trentasei mesi, appunto) e gli altri peculiari requisiti (integrati da situazioni di bisogno e di disagio riferibili direttamente alla persona in quanto tale) che costituiscono il presupposto di fruibilità di provvidenze che, per la loro stessa natura, non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno

e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale”.

In senso analogo la sentenza Corte cost. 2/2013 afferma che nella disciplina oggetto del giudizio “è stato ... introdotto un elemento di distinzione arbitrario, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la condizione di accesso dei cittadini extracomunitari alle prestazioni assistenziali in questione e le situazioni di bisogno o disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità di una provvidenza sociale. Non è possibile, infatti, presumere in modo aprioristico che stranieri non autosufficienti, titolari di un permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo – in quanto già presenti in precedenza sul territorio nazionale in base a permesso di soggiorno protratto per cinque anni – versino in stato di bisogno o disagio maggiore rispetto agli stranieri che, sebbene anch’essi regolarmente presenti nel territorio nazionale, non possano vantare analogo titolo legittimante. Come già affermato da questa Corte, mentre è possibile subordinare, non irragionevolmente, l’erogazione di determinate prestazioni sociali, non dirette a rimediare a gravi situazioni di urgenza, alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero alla permanenza nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata, una volta che il diritto a soggiornare alle predette condizioni non sia in discussione, l’accesso a una misura sociale non può essere differenziato in ragione della «necessità di uno specifico titolo di soggiorno» (sentenza n. 61 del 2011) o di «particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale» (sentenza n. 40 del 2011)”.

[13] Si fa riferimento alla legge della Regione Toscana 9 giugno 2009, n. 29 (“norme per l’accoglienza, l’integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri nella Regione toscana”), alla legge della Regione Puglia 4 dicembre 2009, n. 29 (“norme per l’accoglienza, la convivenza civile e l’integrazione degli immigrati in Puglia”) e alla legge della Regione Campania 8 febbraio 2010, n. 6 (“norme per l’inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania”).

[14] Su queste decisioni v. D. Strazzari, *Stranieri regolari, irregolari, “neocomunitari” o persone? Gli spazi d’azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un’ambigua sentenza della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e C. Corsi, *Immigrazione e diritti sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La Governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, cit., p. 237 ss.

[15] Cfr. G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, tr. it. di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano, 1949, p. 31 ss., in part. pp. 36-37.

[16] Cfr. J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, edizione a cura di Tito Magri, Laterza, Bologna-Roma, 1992, p. 60.

[17] Cfr. J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., p. 74, secondo cui è necessario “trovare una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima. Ecco il problema fondamentale di cui il contratto sociale dà la soluzione”.

[18] Cfr. J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., p. 78, secondo cui gli associati “ prendono collettivamente il nome di popolo, mentre, in particolare, si chiamano cittadini, in quanto partecipano dell’autorità sovrana, e sudditi, in quanto soggetti alle leggi dello Stato. Ma questi termini spesso si confondono e vengono scambiati; basta saperli distinguere quando sono usati in tutta la loro esattezza”.

[19] Cfr. F. Cerrone, *La cittadinanza e i diritti*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, p. 300 ss.

[20] Cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 315 ss

[21] In questo senso v. S. Niccolai, S., *Straniero*, in M. Ainis (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2000; sull'evoluzione del concetto di sovranità v. G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 70.

[22] Con riferimento al diritto di libertà personale è particolarmente significativa la sentenza 105/2001: con tale decisione, in cui oggetto del giudizio era una norma direttamente connessa alla regolazione e al controllo dei flussi migratori e parametro del giudizio era l'art. 13 Cost., la Corte costituzionale ha escluso che il bilanciamento dell'interesse alla libertà personale e degli altri interessi di rilievo costituzionale possa essere rimesso alla discrezionalità del legislatore, poiché "per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani". Numerose sono anche le decisioni della Corte costituzionale in cui parametro del giudizio è il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Quando viene in evidenza tale parametro, tuttavia, la Corte costituzionale, pur non rimettendo la regolazione degli interessi in gioco alla discrezionalità del legislatore, ha comunque seguito un approccio prudente, ha altresì affermato che è necessario bilanciare l'interesse ascrivibile a tale diritto con l'interesse a una sollecita definizione dei giudizi inerenti i provvedimenti di espulsione, a sua volta in connessione con "l'interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione da Paesi extracomunitari" (Corte cost. sent. 161/2000). Tale atteggiamento prudente ha indotto la Consulta a decidere facendo uso dello strumento invasivo delle decisioni di interpretazione conforme a Costituzione: sul punto v. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007, p. 217 ss., spec. p. 232; ci si consenta altresì di rinviare al nostro R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Jovene, Napoli, 2012, p. 37.

[23] Per una analisi di questa sentenza v. C. Corsi, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in Corte costituzionale, *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 56 ss.

[24] Data questa premessa, la Consulta ha ritenuto illegittima la norma oggetto del giudizio perché incide in modo sproporzionato e irragionevole sul diritto fondamentale alla vita privata e familiare di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost. e di cui all'art. 8 Cedu. Secondo la Corte, la disciplina che esclude l'automatismo espulsivo solo a favore di chi abbia ottenuto un provvedimento formale di ricongiungimento familiare comporta "una irragionevole disparità di trattamento rispetto a chi, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenerlo, non abbia formulato istanza in tal senso", e inoltre "reca un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 Cost.". Parimenti, per ciò che concerne il parametro di cui all'art. 8 Cedu, la Corte costituzionale ha affermato che, secondo la giurisprudenza della Corte edu, "quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico, ex art. 8, paragrafo 1, della Cedu. La ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento richiesto dall'art. 8 della CEDU implicano, secondo la Corte europea (*ex plurimis* pronuncia 7 aprile 2009, Cherif e altri c. Italia), la possibilità di valutare una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in

concreto di ciascun caso” ed esclude, quindi, la legittimità di meccanismi di “automatismo espulsivo”.

[25] Così L. Masera, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, in O. Mazza, F. Viganò, *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Giappichelli, Torino, 2009.

[26] Le norme regionali che prevedevano prestazioni pubbliche, diverse rispetto a quelle discendenti dal testo unico, a favore degli stranieri irregolarmente soggiornanti, sono state infatti ritenute non direttamente collegate a tale interesse e, pertanto, non ritenute ascrivibili alla materia “immigrazione” (di competenza esclusiva dello Stato). Alla luce di questa premessa, tale collegamento diretto è a nostro avviso ravvisabile solo con riferimento alle norme che regolano le funzioni amministrative dello Stato in tema di ingresso e allontanamento (procedimenti di espulsione, di esecuzione dell’espulsione, di trattenimento coattivo nei CIE) (v. *supra*, par. 2).

[27] Sul carattere storico e positivo dei diritti “naturalisti” v. N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, pp. XIII, 23 ss., 76 e s. e *passim*. Su questa interpretazione dell’art. 2 Cost. v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, p. 17 ss.

[28] Il fatto era qualificato come delitto, punito con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, il procedimento mediante giudizio direttissimo e, in caso di condanna, l’espulsione dello straniero dal territorio dello Stato (art. 9 del disegno di legge A.S. 733, nella sua originaria formulazione). Secondo l’attuale art. 10-*bis* TUI, il fatto costituisce una contravvenzione punita con la pena dell’ammenda da 5000 a 10000 euro.

[29] Per la circolare sul divieto di segnalazione cfr. Ministero dell’interno, Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione, circolare n. 12 del 27 novembre 2009; per un commento al parere in tema di diritto all’istruzione, v. G. Bascherini-A. Ciervo, *L’integrazione difficile: il diritto alla salute e all’istruzione degli stranieri nella crisi del Welfare state*, cit., p. 353.

[30] Cfr. G. Bellagamba, G. Cariti, *La nuova disciplina dell’immigrazione. Commento per articolo al testo unico 25 luglio 1998, n. 286*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 346.

[31] Sulla sentenza Corte cost. 245/2011 e sulla sentenza *O’Donoghue* della Corte di giustizia si veda R. Cherchi, *Il matrimonio dello straniero e l’uso dei precedenti non nazionali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2012, p. 10 e B. Nascimbene, *Comunitari ed extracomunitari: le ragioni del doppio standard*, in Corte costituzionale, *La condizione giuridica dello straniero nella*



giurisprudenza della Corte costituzionale, cit., p. 112 e s.

[32] Sul carattere fondamentale del diritto all'abitazione v. A. Ciervo, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., p. 367.

[33] Sul superamento dell'idea secondo cui le libertà sarebbero situazioni giuridiche soggettive protette solo nei confronti dello Stato, e non di qualunque altro soggetto di diritto, v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 23 ss.

[34] Cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 210 ss.

[35] Deve infatti essere ricordato che la Corte costituzionale ha ritenuto non illegittima una norma di legge regionale diretta a estendere il godimento di tale diritto, sia pure in forma precaria e temporanea, allo straniero irregolarmente soggiornante. Facciamo riferimento all'art. 17, comma 2 della legge regionale della Campania 6/2010, secondo il quale il soggiorno nei centri di accoglienza regionale della Regione è esteso agli stranieri irregolarmente soggiornanti: sul punto v. A. Ciervo, *Il diritto all'abitazione dei migranti*, in L. Ronchetti (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti*, cit., p. 287.

[36] V. Circolare n. 19 del 7 agosto 2009, Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, art. 3.

[37] Sul punto v. A. Casadonte, M. Pipponzi, *Il divieto di accesso agli atti di stato civile*, in *Dir Imm. citt.*, 4/2009, p. 166.

[38] Sul punto v. S. Mangiameli, *Processi migratori, principi europei e identità dell'Europa*, in L. Ronchetti (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 23.

[39] Sulla dignità umana come valore e diritto soggettivo nell'ordinamento italiano, nell'ordinamento tedesco e nell'ordinamento dell'Unione europea, v. P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, cit., p. 90 ss.; S. Mangiameli, *Processi migratori, principi europei e identità dell'Europa*, cit., p. 21.

[40] Sulla dignità umana nella Carta dei diritti v. P. Gianniti, *Problematiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea. la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, Il Foro italiano, Roma, 2013, p. 230 ss.

[41] Costituiscono sviluppo ordinamentale della dignità umana i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione o dalle Carte internazionali dei diritti, e segnatamente: per ciò che concerne i diritti dell'individuo *uti singulus*, il diritto alla vita, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto a non essere ridotto in schiavitù o a essere obbligato a un lavoro forzato, il diritto a non essere sottoposto a pene, trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti, la libertà di domicilio, la libertà e segretezza di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, la libertà di pensiero, la libertà di coscienza, il diritto di difesa. Per ciò che concerne la vita di relazione: il diritto al matrimonio; il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare; la libertà di religione e di culto; la libertà di riunione; la libertà di associazione; per ciò che concerne i rapporti con i pubblici poteri: il diritto di difesa. Tutti questi diritti si realizzano in virtù di comportamenti attivi od omissivi di altri individui, enti o pubblici poteri: si pensi al diritto al matrimonio, che – come si è detto – presuppone il dovere dell'ufficiale di stato civile di provvedere alle pubblicazioni matrimoniali a prescindere dalla esibizione del titolo di soggiorno. Su tale



collegamento tra il rispetto della dignità umana e l'esistenza di una *societas* di individui "liberi e responsabili, vincolati alla convivenza non per istinto – come accade nel mondo animale – ma per autonomo volere mosso da motivazioni razionali", v. M. E. Gennusa, L. Violini, *Dignità umana e diritto alla vita*, in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione europea. la Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 450, v. anche pp. 463-464, 470.

[42] Sulla nozione di capacità giuridica in relazione all'art. 2 Cost., v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 306.

[43] Sulla rilettura del principio di uguaglianza come diritto a non essere discriminati v. G. Brunelli, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1/2010, p. 63.

[44] Su queste decisioni v. F. Biondi Dal Monte, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, in *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in M. Vrenna (a cura di), *La Governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, cit., p. 92.

[45] Sulla tendenza delle Corti costituzionali a interpretare disposizioni e a costruire motivazioni utilizzando argomenti formulati da Corti straniere o sovranazionali v. G. Demuro, *Interpretazione e applicazione del diritto*, in Associazione italiana costituzionalisti, *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale. Padova, 22-23 ottobre 2004*, Cedam, Padova, 2008, p. 42 e T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 1/2011, p. 202. L'opinione può essere letta in [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf). Su questa opinione v. F. Biondi Dal Monte, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, *Le Regioni*, 2008, p. 1116; R. Baratta, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza costituzionale*, in P. Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Il Sirente, L'Aquila, 2008, p. 17 ss.

[46] In questo senso v. C. Favilli, *I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante*, in P. Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, cit., p. 295 ss.

[47] Facciamo riferimento ai casi *Gaygusuz v. Austria* 16/09/1996 (Appl. No., 17371/90) e *Poirrez v. Francia* del 30/9/2003 (Appl. No. 40892/98): su questo indirizzo giurisprudenziale della Corte dei diritti v. C. Favilli, *I diritti dell'immigrato irregolarmente soggiornante*, cit., p. 303.