

13 dicembre 2011

Il lavoro resta sempre un diritto fondamentale

di Antonio D'Andrea

1. Il fondamento costituzionale della distinzione tra stranieri comunitari e stranieri extracomunitari e i limiti che incontra il legislatore nazionale nel regolamentare l'ingresso e il soggiorno nel nostro Paese di questi ultimi.

Sussistono limiti di ordine costituzionale per circoscrivere la piena discrezionalità del legislatore nel determinare le condizioni per l'ingresso e per il soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale? Potrebbe apparire non agevole rinvenire con sicurezza obblighi costituzionali, in capo ai pubblici poteri ed *in primis* al legislatore, che vadano oltre la previsione del diritto di asilo per gli stranieri a cui sia impedito nei rispettivi paesi di provenienza l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione (art. 10, terzo comma).

La distinzione riguarda sicuramente gli stranieri comunitari da quelli extracomunitari a seguito dell'adesione del nostro Paese all'Unione europea. Ed in effetti l'art. 10, secondo comma, Cost. stabilisce che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge ma in conformità delle norme e dei Trattati internazionali. Per i primi, dunque, vale il decreto legislativo 6 febbraio 2007 n. 30 (modificato con il dc. Lgs. 28 febbraio 2008 n. 32) in attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari a circolare. Ingresso, circolazione e soggiorno sono, com'è noto, ampiamente riconosciuti e garantiti ai cittadini europei appartenenti ad uno Stato diverso dal nostro. La vera domanda è, viceversa, quella che coinvolge lo straniero extracomunitario che emigra o che vorrebbe emigrare nella nostra Repubblica per ragioni economiche, al fine di trovare un'occupazione che lo possa emancipare dallo stato di bisogno, e che viene o vorrebbe venire nel nostro Paese in cerca di "fortuna": egli gode di una qualche protezione-considerazione costituzionale? Per queste categorie di persone, a mio avviso, non rileva rispetto ai diritti in gioco la volontà di giungere in Italia per "fermarsi" o solo per il tempo necessario a guadagnare per sé e la propria famiglia (che magari resta fuori dai confini nazionali) quanto basta per superare l'indigenza di partenza e poi magari rientrare nel Paese d'origine.

Il diritto degli stranieri extracomunitari di entrare e di continuare a restare nello Stato italiano per trovare occupazione – per lavorare e sostenersi – non trova puntuale copertura costituzionale ed è dunque subordinato alle valutazioni contingenti di politica economica, sociale, internazionale rimesse agli

organi di indirizzo politico (ad esempio attraverso il noto metodo delle quote a scadenza annuale). Dunque, il fondamento del diritto di entrare e soggiornare per queste categorie di persone, se c'è, è solo di fonte legislativa. La stessa decisione di regolarizzare gli stranieri che, in ipotesi, soggiornano illegalmente nel nostro Paese, è un atto politico sostanzialmente discrezionale che sembra sfuggire, almeno a prima vista, a precisi vincoli costituzionali quanto alla individuazione delle categorie ammesse al beneficio (e a maggior ragione alla stessa cadenza temporale con la quale offrire tale opportunità agli irregolari da sanare sulla base di ragioni di pura opportunità politica).

Del resto la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 250 del 2010, con la quale aveva considerato legittimo il c.d. reato di clandestinità introdotto dalla legge n. 94 del 2009, ha avuto cura di precisare come il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti “un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio”. In questa stessa decisione il giudice costituzionale, riallacciandosi alla sua precedente giurisprudenza, rimarcava come lo Stato non possa “abdicare al compito ineludibile di presidiare le proprie frontiere” e debba pertanto dettare “regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di una adeguata accoglienza [che] vanno dunque rispettate, e non eluse [...], essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali (sent. n. 353 del 1997)”. La Corte, nella sentenza n. 250 del 2010, afferma altresì che “la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è difatti ‘collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione’ (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla ‘sostenibilità’ socio-economica del fenomeno”. Violare, dunque, le regole con le quali si esprime il controllo giuridico dell'immigrazione deve essere configurato per il giudice costituzionale come un fatto illecito salvo naturalmente determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata; il che viene stabilito dal legislatore che nella sua discrezionalità, ricorda la Corte, “ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia”. Ecco spiegato con esemplare chiarezza dal nostro giudice costituzionale perché “lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni legislative vigenti” ai sensi dell'art. 10-bis del T.U. n. 286/1998 aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a) l. n. 94 del 2009 può essere punito con l'ammenda da 5000 a 10000 euro, sostituibile con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a 5 anni. Attualmente, dunque, la violazione delle norme sulla regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri (in pratica solo se extracomunitari) assume una connotazione penale, anziché meramente amministrativa com'era prima dell'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009.

Devo tuttavia ricordare che neppure in questa materia, nella quale si esalta la sovranità dello Stato più per ragioni di romanticismo statalista che non di doverosità giuridica, la discrezionalità regolativa del legislatore può ignorare i limiti costituzionali di ordine generale preoccupandosi esclusivamente di una arcaica ineludibile “ragion di Stato”.

In premessa è bene sottolineare come le mature democrazie costituzionali occidentali, compresa la nostra fino a prova contraria, riconoscono, promuovono e tutelano i diritti fondamentali dell'uomo; da ciò si ricava che, con riguardo ad uno degli elementi qualificativi su cui si regge la democraticità di un ordinamento giuridico – appunto il riconoscimento dei diritti –, può persino affermarsi che lo Stato così concepito “perde inevitabilmente il riferimento soggettivo classico al suo popolo” per diventare un territorio aperto nel quale i destinatari del suo potere di imperio, quel che resta del suo potere di imperio, sono spesso “tutti” e non solo i “suoi” cittadini.

Anche abbandonando, tuttavia, questa prospettazione di teoria generale, i limiti costituzionali non superabili dal nostro legislatore sono adesso bene espressi dall'art. 117, primo comma, Cost. secondo il

quale l'esercizio della potestà legislativa statale e regionale deve avvenire non solo nel rispetto dei principi costituzionali, ma anche nell'osservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (come ben si sa e come abbiamo detto accennando alla condizione dei cittadini europei) e degli obblighi internazionali. Quanto al primo limite, quello dei principi costituzionali, ad esempio, l'eguaglianza declinata nel verso sostanziale, che cioè giustifica un trattamento differenziato solo se logico e ragionevole, non avrebbe consentito e non consente, a mio modo di vedere, la pretesa – in verità più degli interpreti che dello stesso legislatore – di escludere dalla “sanatoria 2009” gli immigrati irregolari che abbiano riportato una condanna in primo grado per non aver ottemperato all'ordine di allontanamento, disposto dal Questore, dal territorio dello Stato. E ciò perché tutti gli irregolari, e in quanto tali potenzialmente destinatari di quel provvedimento amministrativo, potevano accedere alla sanatoria sol che si fosse verificata la coincidenza fortuita, del tutto indipendente dal loro pregresso *status*, di essere sfuggiti alla “rete” di controllo di pubblica sicurezza che, invece, per i più sfortunati costituiva la premessa per riportare la condanna ostativa ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter del T.U. sull'immigrazione.

Questa assurda pretesa di voler distinguere tra immigrati irregolari (concedendo solo ad alcuni tra loro un qualche beneficio, sulla base di elementi del tutto estemporanei e discrezionalmente individuati dai pubblici poteri) può dirsi quanto meno abbandonata dal legislatore penale che, senza alcuna ipocrisia ma con molta “algida” freddezza e disarmante praticità, considera attualmente la condizione di clandestino (che è il primo passo per giungere poi all'ordine di espulsione e conseguentemente spostarsi sulle altre violazioni della legge penale) suscettibile di sanzione penale, senza alcun distinguo.

Quanto ai vincoli comunitari e internazionali è evidente che la loro sussistenza impedisce l'applicazione di norme interne con essi contrastanti ovvero ne determina l'illegittimità costituzionale: si pensi alle disposizioni del T.U. 286/1998 che contemplano le modalità di esecuzione del provvedimento di espulsione diretto nei confronti degli stranieri irregolari che, quale che sia l'origine dal quale scaturisce, è concepito essenzialmente come strumento coattivo in palese difformità con quanto stabilito dalla direttiva 2008/115/CE; si pensi altresì al recente accordo pattizio del nostro Paese con la Libia riguardante anche i respingimenti operati via mare, incompatibile con note convenzioni internazionali già ratificate e dunque da tempo esecutive per lo Stato italiano (ad esempio la Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, così come emendata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1976).

Non mancano, dunque, sul piano strettamente giuridico-costituzionale principi a cui il legislatore deve attenersi nel disciplinare l'ingresso, il soggiorno e l'uscita degli stranieri nel nostro Paese a cominciare, naturalmente, da quello notissimo rappresentato dall'art. 10, primo comma, Cost. secondo il quale “l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”. È auspicabile che, proprio sul piano del rispetto dei diritti inviolabili della persona, si realizzi anche nell'ordinamento italiano la tutela giuridica dello straniero ancorché irregolare. E difatti il giudice costituzionale è già intervenuto proprio sul T.U. 286/1998, così come modificato dalla l. n. 94 del 2009 (la stessa che ha introdotto il c.d. reato di clandestinità), nonché a proposito di una disposizione del codice penale (art. 61, n. 11-bis) introdotta sempre dalla legge n. 94 del 2009. Nel primo caso il giudice costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittima la previsione del reato contemplato dall'art. 14, c. 5-quater che punisce con pena detentiva da 1 a 5 anni lo straniero già espulso che non abbia ottemperato al nuovo ordine di allontanamento dal territorio nazionale in quanto non era stata contemplata dal legislatore la possibilità che in realtà sussista un giustificato motivo – un'esimente – per non aver adempiuto all'ordine della pubblica autorità, quale l'assoluta indigenza. Nel secondo caso la Corte ha dichiarato non conforme al principio costituzionale d'uguaglianza la circostanza che al cittadino straniero, presente illegalmente sul territorio nazionale e che già risponde autonomamente di tale condotta sul piano penale, fosse contestata la specifica “aggravante” della c.d. clandestinità in occasione della valutazione di una qualsiasi ipotesi di reato, con conseguente notevole aumento di pena

rispetto ad ogni ipotesi delittuosa.

Su questo terreno – il godimento dei diritti fondamentali – può dunque dirsi che il dettato costituzionale e la giurisprudenza della Corte sono andati ben oltre l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale (ancora formalmente in vigore e richiamato dallo stesso T.U. 286/1998 con riferimento alla posizione degli stranieri regolarmente soggiornanti) secondo il quale “lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali”. Quel che sembrerebbe non essere consentito allo straniero in tema di ingresso e permanenza sul territorio nazionale (non esiste un diritto a entrare e a restare), gli viene riconosciuto a proposito del godimento di diritti fondamentali sino a che egli resta nel nostro Paese.

2. Il diritto di emigrare per lavorare.

Senza volere e dover approfondire il “grande tema” dei diritti fondamentali, è sufficiente ricordare come la Corte, pur con qualche oscillazione, ha corretto nel tempo le irragionevoli discriminazioni a danno degli stranieri sul terreno dei diritti sociali e ha in effetti “difeso” – come osserva molto bene Valerio Onida – il diritto all'unità familiare e il diritto alla salute degli immigrati. È pacifico che il diritto al lavoro è un diritto fondamentale per la dottrina e per la stessa giurisprudenza costituzionale.

Piuttosto la domanda di ordine generale che si impone è la seguente: in che rapporto sta il diritto al lavoro tanto con la libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.) quanto con la stessa libertà di emigrare (art. 35 Cost.)?

Si tratta di un rapporto stretto, inscindibile che, con riguardo all'ordinamento italiano, è ben descritto dall'art. 120 Cost. secondo il quale le Regioni non possono “adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale”. Emigrare per lavorare è tuttavia altra cosa che uscire dal territorio nazionale e poi rientrarvi per qualsiasi altra ragione che non sia quella peculiare di garantirsi una retribuzione “in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa” (art. 36, primo comma, Cost.). Ed in effetti della libertà di uscire e poi tornare nel territorio dello Stato italiano si parla laddove al cittadino viene garantita la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), mentre del riconoscimento della libertà di emigrare si parla nella disposizione nella quale si sottolinea “la tutela” del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni” e del “lavoro italiano all'estero” (art. 35 Cost.) da parte della Repubblica. Appurato che la nostra Costituzione assegna un ruolo primario al lavoro affinché si possa realizzare la vera emancipazione dell'individuo rispetto al bisogno, e accertato che emigrare è un diritto di libertà riconosciuto ai cittadini, l'altro quesito da porsi è se sia possibile isolare, tra gli immigrati ancorché irregolari che sono arrivati e soggiornano nel nostro Paese, coloro i quali svolgono un'attività lavorativa (sia pure necessariamente irregolare o, comunque, non regolarizzata) da chi ancora non lavora ma vorrebbe essere messo nella condizione di trovare un'occupazione.

Credo davvero che si possa affermare una lettura costituzionale che parta dai diritti dei singoli (e non già dal diritto dello Stato a governare discrezionalmente il fenomeno dell'immigrazione) e dalla centralità del lavoro (incluso il riconoscimento della libertà di emigrare per lavorare) per far risaltare l'esistenza di un “giustificato motivo” affinché l'immigrato che lavora possa non dover essere costretto a lasciare il nostro Paese.

L'immigrato che lavora potrebbe avere infranto le regole per “entrare” ed essere chiamato a rispondere, eventualmente anche sul piano penale, di quella sua condotta, ma il suo *status* di lavoratore, una volta reso evidente e perciò “emerso”, dovrebbe consentire quanto meno una regolamentazione “temporanea”, forse assimilabile a quella che spetta ai cittadini lavoratori provenienti dai Paesi dell'Unione europea. Seppure non esiste in capo ai cittadini stranieri un diritto riconosciuto dalla Costituzione di entrare e

soggiornare nel nostro Paese (non si riconosce, in sostanza, il diritto di immigrazione e se tale diritto viene riconosciuto, a determinate condizioni, lo si può imputare al legislatore) secondo un'interpretazione sistematica degli artt. 3, 4, 35 Cost. sembrerebbe compatibile con quanto prescritto dal vigente dettato costituzionale un diritto del lavoratore straniero a non essere discriminato e a continuare a svolgere, previa emersione, un'attività dalla quale trae un reddito indispensabile al proprio sostentamento e a quello della sua famiglia ovunque residente. Un diritto dunque a non essere espulso e ad essere "individualmente" regolarizzato alle stesse condizioni di un cittadino straniero appartenente ad un Paese UE, a seguito del riconoscimento alla persona, e non solo ai cittadini italiani, tanto del fondamentale diritto al lavoro quanto della stessa libertà di emigrare.

La stessa Carta dei diritti fondamentali UE, che è parte integrante del Trattato di Lisbona, collega il diritto di lavorare alle persone e non già ai cittadini dell'Unione: "ogni persona – recita l'art. 15 della suddetta Carta – ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata". Credo davvero che non si possa discriminare un "lavoratore" sulla base del vincolo giuridico rappresentato dalla cittadinanza; ovviamente deve trattarsi di un lavoratore attivo, pur se irregolare. In questo caso non sembra aver rilievo l'interesse pubblico a regolarizzare questa o quella categoria sulla base di una scelta meramente opportunistica. Non so se sia giusto dire che il diritto di emigrare – riconosciuto anche dalla Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo all'art. 13, secondo comma – in realtà costituirebbe di per sé una condizione giuridica sufficiente per affermare che il migrante economico possa, in forza di quel diritto, entrare e soggiornare in qualsiasi Stato che si dichiari democratico. Anzi, poiché emigrare ed immigrare sono fenomeni assai diversi il diritto ad immigrare o è espressamente previsto da un certo ordinamento o non potrebbe considerarsi come il necessario contenuto del diritto ad emigrare pure ove questo fosse contemplato. Non mi sento, dunque, di proporre una lettura discriminatoria e irragionevole isolando la posizione giuridico-costituzionale degli immigrati irregolari che lavorano e che considero in possesso di un giustificato motivo quanto meno per non essere espulsi, rispetto alla posizione di chi cerca un lavoro e che dunque è in condizioni altrettanto (anzi peggiori) disagiate. Si tratta piuttosto del tentativo di fornire una lettura realistica che si fondi su argomenti giuridici plausibili per allargare, quanto più è possibile e in via pretoria, le maglie della c.d. regolarizzazione individualizzata facendo leva, senza barare, sulla decisiva prospettiva inclusiva della nostra Costituzione democratico-sociale. Una lettura volta a sensibilizzare più che non il legislatore del tempo presente, ancora una volta, l'autorità giudiziaria.

Mi rendo tuttavia conto che sono tempi difficili e che non è neppure onesto gravare di oneri supplementari coloro i quali, i magistrati della nostra Repubblica, incontrano difficoltà, come si può facilmente constatare, ad applicare norme che presentano sicuramente un minor grado di difficoltà interpretativa e che anzi "proteggono" rilevanti interessi pubblici.