

## **LO STATUTO COSTITUZIONALE DEL NON CITTADINO: LE LIBERTÀ CIVILI**

### SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. – 2. Il quadro costituzionale di riferimento: la “condizione di libertà del non cittadino” come parte della “condizione giuridica dello straniero” ex art. 10, co. 2, Cost. – 3. La fonte internazionale e la sua attitudine conformativa in ordine ai diritti inviolabili dello straniero: gli effetti indotti dall’art. 117, co. 1, Cost. (come riformulato dalla l. cost. n. 3/2001) sull’art. 10, co. 2, Cost. – 4. Il “trattamento regionale” dello straniero – 5. Il concetto di cittadinanza e la sua (presunta) dissoluzione. – 6. L’avvento della “cittadinanza dell’Unione”: sua succedaneità e complementarità rispetto alla cittadinanza nazionale. – 7. L’impiego dell’art. 3 Cost. come parametro di conformità: esame critico della giurisprudenza costituzionale. – 8. Il (presunto) superamento del dato testuale ex art. 3, Cost. per opera del diritto internazionale (e del diritto primario dell’Unione): il principio di non discriminazione. – 9. La natura inviolabile delle libertà civili del non cittadino e la “sufficienza” dei contenuti irriducibili di tutela derivabili dalla Costituzione (e dalla fonte internazionale). – 10. La (condizionata) sopravvivenza della clausola di reciprocità. – 11. La carenza (o parzialità o incompletezza) di normazione internazionale inerente allo *status libertatis* dello straniero: effetti sulla estensione del bilanciamento esperibile del legislatore. – 12. L’assetto protettivo delle libertà civili nel diritto internazionale convenzionale: analogie e differenze con il regime di garanzia apprestato dalla Costituzione. – 13. Ambito e limiti dello scrutinio della Corte costituzionale nelle q.l.c. aventi ad oggetto la legge conformativa delle libertà civili dello straniero: il *tertium comparationis*. – 14. Esemplicazioni in ordine all’impiego del parametro di costituzionalità nelle q.l.c. aventi ad oggetto la disciplina conformativa delle libertà civili dello straniero. – 15. Le “tutele minime” riconducibili ai diritti di prestazione. – 16. Le “garanzie minimali” dello straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

### **1. Considerazioni introduttive.**

Il primo, e più complesso, dei problemi che ineriscono al riconoscimento, estensibilità e marginazione dei diritti di libertà civile in confronto al non cittadino è rappresentato dalla costante utilizzazione da parte del Costituente di locuzioni che, almeno apparentemente, inducono una situazione non solo di tendenziale differenziazione fra cittadino e straniero ma di vera e propria contrapposizione. Ci si riferisce, ovviamente e prima di tutto, alla esplicitazione, in tali disposti, volta a volta di tendenze conglobative o uniformanti (esplicitate attraverso il riferimento all’“uomo” o a “tutti” o all’“individuo” o alla “persona” o alla “persona umana”) o, invece, riduttiviste (formalizzate attraverso la cennata individuazione della esclusiva categoria di destinatari rappresentata dal cittadino). Si veda, a tal ultimo proposito, il complesso normativo entro cui si situano gli artt. 3 e 10, co. 2, Cost., nonché le singole norme in cui appare il testuale riferimento ai cittadini (artt. 4, 16, 17, 18, 38, 48, 49, 50, 51). L’antitesi ora vista pare manifestarsi, nei suoi termini più evidenti ed estremi, negli artt. 2 e 3 della Costituzione, ovvero nelle due norme-principio centrali ai fini della fissazione dell’assetto protettivo che inerisce alle libertà dello straniero. Al di là delle esemplificazioni ora fatte, non si può mancar di segnalare che la stessa intitolazione della Parte prima della Costituzione parrebbe ricondurre il proprio portato normativo ai soli “Diritti e doveri dei cittadini”; sì che si potrebbe persino – e sbrigativamente - presumere, per ciò solo, che anche le formule ivi contenute, molte delle quali sembrano invece estendere a tutti il rispettivo assetto garantista, dovrebbero invece reputarsi operare entro l’altro, e più ridotto, margine<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L’intitolazione (e l’impianto) della Parte prima della Costituzione parrebbe, poi, contraddire all’intento universalistico che sembra permeare il capostipite fra i documenti che hanno formalizzato il regime di garanzia inerente alle libertà civili, ovvero la “Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino” del 1789; la quale, fin dalla sua intitolazione (oltre che nel Preambolo), si rivolge comprensivamente all’uno ed all’altro dei destinatari sopra detti. Dei 17 articoli di cui consta la *Déclaration* sono, in effetti, pochi quelli in cui si faccia esclusivo riferimento al cittadino. Si può, anzi, dire che le disposizioni che evocano il solo cittadino pertengano ai doveri (e ai diritti politico-partecipativi) più che ai diritti di libertà civile propriamente detti (v. gli art. 13 e 14 ed, altresì, l’art. 6). Ma, anche laddove non si rivolge in via indeterminata a tutti - e non adopera le consuete espressioni onnicomprensive del tipo: “*nul homme ne peut...*” o “*tout homme...*” o “*chaque homme...*” (v. gli artt. 4, 5, 8, 9, 10, 17) – la Dichiarazione accomuna, entro un univoco ambito, l’uomo ed il cittadino; ciò che risulta evidente proprio alla luce delle disposizioni che ineriscono alle libertà civili più importanti: si vedano, a conferma di ciò, gli incisi contenuti nell’art. 7 (sulla libertà dagli arresti) e nell’art. 11 (sulla libertà di pensiero), in cui risalta la cennata utilizzazione alternata (ma avente analogo significato e – si crede - rivolta alla medesima categoria di soggetti) del termine uomo e cittadino. Il dibattito che si svolge in Assemblea Costituente e nel periodo della Convenzione meriterebbe attenzione particolare per l’influenza che ebbe sulla redazione delle Carte successive (fra cui, indubitabilmente, la Costituzione italiana). Qui mette conto quanto meno di rammentare che il concetto di *citoyenneté* ebbe rilievo centralissimo – e ben maggiore, bisogna ammettere, di quanto non ne abbia avuto in Italia all’interno della A.C. – e rappresentò argomento di divisione e contesa anche aspro. Si può a tal proposito

Senza aver la pretesa d'aggiungere alcunché in ordine alle analisi che hanno preso ad esame il tema della gestazione, in Assemblea Costituente, dei disposti relativi al sistema delle garanzie fondamentali e, in particolare, dei diritti di libertà civile, preme segnalare che gli aspetti antitetici poc'anzi riferiti, presenti in Costituzione, sembrano rappresentare l'ennesima conferma della compresenza, all'interno della A.C., della molteplicità di apporti o di "anime" in riferimento al tema della natura e qualificazione dei diritti di libertà civile; cosa di cui, oltre tutto, permane traccia evidente anche negli interventi che hanno riguardato la disciplina della "condizione giuridica dello straniero"<sup>2</sup>. In ogni caso la distinzione operata dal Costituente rappresenta un dato reale, di cui non è possibile non tener conto; situazione, questa, che impone all'interprete di rifuggire da letture semplificate o, peggio, tratlative del testo costituzionale in ordine alla continenza o ricomprensione dello *status libertatis* del non cittadino entro il portato normativo di quelle disposizioni che paiono a questo non fare riferimento; e, se del caso, di rileggere criticamente una qual certa giurisprudenza costituzionale che denuncia una sorta d'indulgenza nell'approccio esegetico a problemi che appaiono invece di ben più complessa ed ardua portata.

Invero, chi affronta il tema della condizione giuridica e del trattamento del non cittadino alla stregua dei principi costituzionali introduttivi del regime di garanzia delle singole libertà fondamentali, soprattutto avendo riguardo ai diritti propriamente inviolabili, rischia di esporsi ad un primo equivoco che occorre immediatamente segnalare. L'equivoco è quello di affrontare il tema in questione non già nei suoi termini propri, tecnico-giuridici, ma, invece, perseguendo un approccio, già definito di tipo universalistico<sup>3</sup>, che privilegia un tipo di analisi in cui il profilo umanitaristico o socio-antropologico<sup>4</sup> o, ancor peggio, ideologico prevale in confronto a qualunque altro. Ma, seppur su d'un piano diverso, analoghe perplessità parrebbero doversi manifestare in confronto a quelle impostazioni che utilizzano oltre il dovuto elementi di ordine valoriale; la qual cosa, in un ambito quale quello in esame già di per sé così multipolare ed instabile dal punto di vista delle fonti di disciplina e degli elementi parametrici di raffronto, rischia di determinare

---

fuggevolmente segnalare che, più che caratterizzare la cittadinanza in funzione del legame di appartenenza, le tendenze che si manifestarono in evo illuministico-rivoluzionario o ne ricollegavano la sussistenza alle virtù proprie del soggetto privato ed alle sue attitudini naturali e partecipative (culturali, morali, censuarie) – in tal senso l'uomo è cittadino soprattutto in quanto capace di manifestarsi "en société" nella pienezza delle proprie capacità e potenzialità e dei propri "talenti" – oppure, in termini più marcatamente politici, ne individuavano la condizione essenziale nella "lealtà" o "fedeltà" o aderenza agli ideali e valori rivoluzionari. Si vedano, a tal ultimo proposito, le formulazioni contenute nelle Costituzioni girondina e montagnarda del 1793, nonché nei *textes* redatti – nel periodo della Costituente (1788-91) e, soprattutto, della Convenzione (1792-95) – dagli esponenti degli ambienti rivoluzionari più estremisti. Su tali aspetti cfr. L. JAUME (a cura di), *Les Déclarations des droits de l'homme (du débat 1789-1793 au préambule de 1946)*, Paris, 1989, 123 ss. Può comunque assumersi che i teorici dello stato liberale di diritto derivarono il presupposto del carattere universale delle libertà civili dall'impianto della *Déclaration*. Si vedano, in tal senso, gli apporti di BENJAMIN CONSTANT nelle *Réflexions sur les Constitutions et les Garanties* del 1815 (trad. it. di L. Cirusuolo, Roma, 1999, 163); e, già prima, ne *La liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, Paris, 1814. Per Constant, essendo entità "ferme", pre-statali e pre-ordinamentali le libertà civili non sarebbero, in sé, suscettibili di qualificazioni relativistiche; il che dovrebbe farne presumere la rapportabilità ad un omologo ed univoco statuto protettivo.

<sup>2</sup> Cfr. A. CASSESE, *Commento agli artt. 10-11*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali (art. 1 -12)*, Bologna-Roma, 1975, 509, il quale sottolinea come in A.C. emergessero propensioni di tipo "etico" e, perciò universalistiche, nelle posizioni di Moro, La Pira e soprattutto nell'intervento di Leone; di contro alla posizione espressa dagli esponenti della sinistra marxista. Si veda, in effetti, soprattutto l'intervento di Togliatti, ispirato ad una marcata sfiducia, se non vera e propria diffidenza, in particolare verso gli apporti della fonte internazionale.

<sup>3</sup> Il rischio in parola è evocato, criticamente, soprattutto da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003, 315, per rimarcare la necessità di una maggiore attenzione al dato costituzionale. Talune dottrine contestano a principio la discriminabilità delle situazioni di libertà sulla base della diversa condizione giuridica del soggetto privato che ne è il destinatario. Tal cosa contrasterebbe con la integrale e necessaria pertinenza di queste, nessuna esclusa, al soggetto privato. In tal senso le garanzie fondamentali rappresenterebbero un patrimonio originario dell'uomo in quanto tale, prescindendo dagli interventi qualificatori (e discriminatori) operati dello stato in funzione della cittadinanza. Si veda, in tale ultimo senso, L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Bari, 2007, 740 ss. Si vedano altresì, sul punto, G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 765, C. AMIRANTE, *Cittadinanza (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XII, 2004, spec. 7-10; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, spec. 213 ss.; A. CASSESE, *Commento*, cit., 513; F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 1995, spec. 455-462 e 475; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali (art. 1 -12)*, Bologna-Roma, 1975, 116-7.

<sup>4</sup> Una analisi dell'approccio sociologico al tema in esame è svolta da S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, IV, Napoli, 2008, 2191 ss., il quale sottolinea le "irruzioni" di ordine sociologico all'interno di talune ricostruzioni giuridiche.

forme ulteriori d'incertezza circa la portata ed efficacia prescrittiva delle norme costituzionali introduttive dell'assetto protettivo che inerisce alle libertà civili del non cittadino<sup>5</sup>.

Il rischio che si corre è, allora, quello di utilizzare categorie interpretative che inducono un progressivo distacco dal piano giuridico-formale in ordine alla ricostruzione di un fenomeno che è sì fortemente intriso di valenze e significati plurimi (economici, sociali, politici, etici, religiosi) ma che, ai fini che qui interessano, deve permanere circoscritta entro i margini di ogni indagine che abbia come essenziale punto di riferimento il parametro costituzionale e i principi da questo espressi. Il tal senso si dimostra viziata in partenza la pretesa di omologare in confronto alla straniero, acriticamente e a prescindere dal costante riferimento al parametro costituzionale, regimi di garanzia e forme di tutela che, invece, o sono *a principio* non equiparabili in virtù di esplicite previsioni costituzionali o abbisognano, in ogni caso, di una accurata sistemazione sul piano logico e dommatico; la quale, in particolare, fissi l'ampiezza ed i limiti di tale equiparazione.

L'impostazione del presente lavoro, la quale potrebbe apparire *prima facie* di tipo riduttivista, si crede non lo sia affatto; si ritiene, anzi, che quello ora indicato sia il solo *modus operandi* attraverso cui derivare un assetto o sistema protettivo in ordine al trattamento dello straniero; e, ciò, al fine, eminentemente garantista, di individuare quell'insieme irriducibile o nucleo o contenuto essenziale<sup>6</sup> – per utilizzare una espressione tradizionalmente impiegata (e finanche abusata) in riferimento ai diritti fondamentali - che, avendo riguardo alle singole garanzie costituzionali, possa con sicurezza reputarsi riconosciuto al non cittadino.

## **2. Il quadro costituzionale di riferimento: la “condizione di libertà del non cittadino” come parte della “condizione giuridica dello straniero” ex art. 10, co. 2, Cost.**

Alla luce delle considerazioni ora espresse sarà opportuno fissare alcune basi di ordine sistematico attraverso le quali puntualizzare gli elementi parametrici da cui si ritiene non si possa prescindere ai fini della prosecuzione della presente indagine. Tali elementi inducono ad affermare: **a)** che entro la locuzione “condizione giuridica dello straniero”, ex art. 10, co. 2, Cost., vada ricompreso anche l'ambito che inerisce allo *status libertatis* del non cittadino e, quindi, alle libertà civili esercitabili da questo nell'ordinamento italiano, **b)** che, pertanto, l'art. 10, co. 2, cit., debba ritenersi, la norma-principio fondamentale ai fini della disciplina di quella che potrebbe definirsi “condizione di libertà del non cittadino”, **c)** che residui, oltre il campo applicativo coperto dall'art. 10, co. 2, cit., e debba a questo ritenersi estraneo, un insieme o apparato di garanzie che, in quanto direttamente ascrivibile alle (e derivabile dalle) norme costituzionali concernenti i diritti propriamente inviolabili, deve ritenersi riconosciuto in confronto al soggetto privato in quanto tale (ed a prescindere dal requisito della cittadinanza) e, dunque, sottratto *a principio* a qualsivoglia meccanismo di recezione, immissione o riconoscimento per opera di altra fonte, ivi comprese quelle prevedute dallo stesso art. 10, co. 2 ; **d)** che la preclusione derivabile dal riferimento dell'art. 3 Cost. ai soli cittadini debba ritenersi possedere pieno vigore prescrittivo, ma che la stessa Costituzione consenta la costante e continua omologazione della condizione giuridica dello straniero a quella del cittadino, ivi compresa quella sua parte che attiene allo *status libertatis*, e ciò segnatamente per il tramite degli apporti provenienti dalla fonte internazionale, sia consuetudinaria sia, soprattutto, pattizia di natura convenzionale; **e)** che l'art. 10, co. 2,

<sup>5</sup> Un punto o elemento di criticità, nella analisi che ci si accinge a svolgere, è rappresentato proprio dalla percepibile traslazione della categoria dei diritti in quella dei valori. Ciò che è avvertibile, esemplarmente, nella classificazione operata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come è stato notato da G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, consultabile in rete al sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). L'A. segnala la problematicità (ed i rischi) di tal nuova sistematica, la quale, presupponendo il superamento di gerarchizzazioni ed omologando il rango dei diritti, induce la uniformità dei parametri di riferimento alla stregua dei quali le corti sono solite effettuare il bilanciamento. Sicché la flessibilità dell'assetto normativo di riferimento e la connessa ampiezza ed elasticità dello scrutinio fanno sì che si amplifichi “lo spazio per l'intervento dei giudici e delle Corti, cui viene rimesso il compito di dare seguito e concretezza all'indeterminatezza dei precetti”. Analoghe perplessità esprime P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Torino, 2006, 118-9, in ordine alla vastità e duttilità delle operazioni di ponderazione e bilanciamento che si riconnettono, in particolare, al cd. pluralismo dei valori, laddove questo “esprima orientamenti confliggenti con riferimento allo stesso diritto ... ovvero produca collisioni o interferenze fra gli ambiti di protezione di differenti diritti”, per cui “la omologazione della efficacia prescrittiva della costituzione ai canoni di un diritto giurisprudenziale segnerebbe l'approdo a un vero e proprio ‘impoverimento’ del diritto costituzionale”. Sempre P. RIDOLA, op. ult. cit., 175, pone in evidenza che per la teoria dei valori l'interpretazione dei diritti si risolve “in un'operazione scientifico-culturale, che deve far risalire in superficie il valore racchiuso in ciascun diritto, disvelandolo attraverso la correlazione con la coscienza culturale collettiva che si viene storicamente evolvendo”.

<sup>6</sup> Se ne veda la più recente formalizzazione nell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., nonché nell'art. 52. co. 1, Carta dei diritti.

cit., sia tuttora espressivo del criterio fondamentale ai fini della individuazione delle fonti di disciplina dello *status libertatis* del non cittadino, nonché della distribuzione delle relative competenze, e che essa disposizione presupponga, avendo specifico riguardo alla disciplina operata dalle fonti di diritto internazionale pattizio (anche di tipo convenzionale), la procedura di adattamento ed il necessario intervento (esclusivo) della legge ai fini della immissione della normazione sopra detta nell'ordinamento italiano, essendo fra l'altro rinvenibile, all'interno della disposizione, una riserva di legge assoluta (e rinforzata)<sup>7</sup>; **f**) che l'art. 10, co. 2, cit. vada interpretato alla luce dell'intervento normativo operato dalla l. cost. n. 3 del 2001 ed, in particolare, alla luce dell'art. 117, commi 1, 2 lett. a), b) ed i) e 3, per come riformulato dalla legge di revisione ora richiamata.

Va immediatamente segnalato, con riferimento a quanto ora affermato *sub f*), che proprio l'avvento del nuovo art. 117 – o, meglio, la necessità di effettuare una lettura integrata di tale ultima norma e dell'art. 10, co. 2, cit. – rappresenta un importante elemento di novità ai fini di una possibile ridefinizione – seppur limitata e nei termini che fra breve si esporranno – dell'assetto concernente la distribuzione delle competenze normative in ordine all'esercizio ed al godimento dei diritti di libertà civile del non cittadino. Si vedrà, infatti, come le previsioni introdotte dall'art. 117, cit., manifestino, in particolare, un (opportuno) aggiornamento ed una attualizzazione del meccanismo cui già si ispirava l'art. 10, co. 2; e, ciò, alla stregua delle esigenze indotte dal processo di integrazione europea, da un lato, e dalla progressiva espansione del modello di internazionalizzazione dei rapporti giuridici interstatuali, dall'altro; innovazioni, quelle operate dall'art. 117, che tuttavia non sconvolgono – né potrebbero mai farlo – la conformazione originaria del sistema desumibile dall'art. 10, co. 2.

Va dunque esclusa, sulla base di tali premesse, la attenuazione del vigore precettivo dell'art. 10, co. 2, cit. e la introduzione di un diverso meccanismo di adattamento, situazione che si potrebbe determinare, in via del tutto ipotetica, in seguito all'avvento di un sistema in cui assumesse rilievo la attitudine della fonte esterna (anche di quella pertinente al diritto internazionale pattizio) ad operare senza intermediazione legislativa all'interno dell'ordinamento italiano<sup>8</sup>; attraverso, cioè, la sostituzione del meccanismo implicante la ratifica e l'esecuzione per opera della legge ordinaria con l'altro, di adattamento automatico, analogo a quello preveduto dal primo comma dell'art. 10. Deve, pertanto, ritenersi che quest'ultimo permanga tuttora riferibile alle sole ipotesi di recezione del diritto internazionale consuetudinario, ovvero delle “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”<sup>9</sup>. Analogamente, va fin d'ora escluso che l'effetto indotto dall'art. 117, co. 1, cit. sia tale da innovare radicalmente al sistema delle fonti sì da determinare la tendenziale pari ordinazione della fonte internazionale, regolarmente immessa all'interno dell'ordinamento, rispetto alla fonte costituzionale e, nel caso di specie, indurre la concorrenza (ed eventuale prevalenza) dei

<sup>7</sup> Cfr. A. CASSESE, *Commento*, cit., 510.

<sup>8</sup> D'altro canto, è vero che si sostiene, per ciò che concerne i diritti umani riconosciuti a livello internazionale, che si dovrebbe reputare costituita ed operante una norma-principio, verosimilmente di tipo consuetudinario, in base alla quale ciascuno stato, e non solo la comunità internazionale attraverso i suoi organismi, sarebbe destinatario, volta a volta, del diritto di esigere da un altro stato il rispetto dei diritti in questione e, reciprocamente, dell'obbligo di assoggettarsi a tale richiesta; tuttavia tali ricostruzioni paiono limitare le facoltà d'intervento in parola ai soli casi di lesioni particolarmente estese o “macroscopiche” dei diritti umani, ovvero alle ipotesi in cui venga ad essere travolto e vanificato, all'interno di uno stato, l'intero patrimonio di garanzie che pertengono al “diritto umanitario”; e non certamente laddove lo stato, nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, operi delle scelte in ordine all'esercizio ed al godimento di un singolo diritto. Ragion per cui, venendo al problema qui in esame, la diretta ingerenza ora detta non potrebbe manifestarsi (né invocarsi) laddove si tratti, come di norma accade presso gli stati di democrazia avanzata, della formalizzazione di indirizzi legislativi operanti nella materia del trattamento dello straniero, oltre tutto in attuazione di principi costituzionali che già presuppongono un regime protettivo estensibile al non cittadino e che, in particolare, sanciscono, come fa l'art. 10, co. 2, Cost., la necessaria conformità della normazione interna al diritto internazionale. Su tali questioni cfr. O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra “diritto internazionale dei diritti umani” e “integrazione costituzionale europea”*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Torino, 2006, 233-4.

<sup>9</sup> L'art. 10, co. 2, cit., allorché dispone che la condizione giuridica dello straniero è “regolata in conformità delle norme e dei trattati internazionali” non opera, infatti, come è stato esattamente rilevato da A. D'ATENA, *Gerarchia delle fonti e adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. cost.*, 1989, 1483, in termini analoghi all'art. 4 della Costituzione di Weimar (“I principi fondamentali riconosciuti dal diritto delle genti hanno valore di parti integranti del diritto tedesco”). Che neppure alla luce di quanto disposto dall'art. 117, co. 1 si possa presumere introdotta una forma di adattamento automatico a riguardo della “condizione giuridica dello straniero”, per ciò che concerne la disciplina operata dal diritto internazionale pattizio, è rimarcato con chiarezza dalla recente C. cost. n. 348/2007, in cui si sottolinea la necessità di far luogo al meccanismo di adattamento tipico anche in riferimento ai trattati multilaterali di tipo convenzionale. E' poi da dire che la C. cost. n. 349/2007 sottolinea, con specifico riferimento alla CEDU, che l'effetto ascrivibile all'avvento del nuovo art. 117, co. 1, Cost. è quello di aver realizzato “un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata ‘norma interposta’” (v. punto 6.2, cons. dir.).

principi da quella espressi rispetto agli altri desumibili dalle disposizioni costituzionali; segnatamente avendo riguardo alla ipotesi in cui la fonte internazionale in discorso esprima un minor grado protettivo in relazione al regime di garanzia ed ai modi d'esercizio dei diritti di libertà civile da parte del non cittadino. Basterà rammentare, in ordine alla scarsa plausibilità dell'assunto ora formulato, che l'art. 10, co. 2, cit., si situa, anche topograficamente, fra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed esprime un criterio che può con certezza annoverarsi fra quelli che ineriscono all'assetto originario di questo<sup>10</sup>; il che, da sé solo, induce a considerare quanto meno opinabile la eventualità della sua avvenuta rimozione – o, comunque, di una riduzione della sua portata prescrittiva – per il tramite di forme atipiche o surrettizie di abrogazione (o modificazione), quale potrebbe essere quella connessa all'avvento di una norma di diritto internazionale (in particolare di tipo consuetudinario).

Si vedrà quali siano le conseguenze indotte da una eventuale antinomia fra disciplina internazionale introduttiva di un determinato regime di garanzia a riguardo delle libertà civili del non cittadino e disciplina operata dalla legge ordinaria<sup>11</sup>. Per ora basti rilevare che la questione è assai pertinente al tema qui in esame in quanto, a prescindere dall'affermata vigenza dell'art. 10, co. 2, Cost., gli stati – specie quelli particolarmente esposti, quanto alla rispettiva stabilità ordinamentale, ai sommovimenti indotti dalla fenomenologia migrazionista – nonché dal multiculturalismo<sup>12</sup>, dalla globalizzazione<sup>13</sup>, dalla mondializzazione dei mercati (e dei rapporti di lavoro), dalla incontrollata espansione delle relazioni economiche la cui regolamentazione viene sempre più sottratta alle sedi istituzionali e tradizionali e di fatto affidata ad organismi sovrastatali<sup>14</sup> – avvertono il bisogno di adeguare il trattamento dello straniero ad esigenze specifiche, in genere di tipo protettivo (o protezionistico in senso lato)<sup>15</sup>, e finalizzate, volta a volta, alla riaffermazione e difesa dei “beni” della sicurezza interna, della laicità, della conservazione della

---

<sup>10</sup> L'art. 10, infatti, così come l'art. 11 Cost., esprime i principi-base volti a fissare i rapporti fra lo stato italiano e l'ordinamento internazionale. Uno di essi è, appunto, quello rappresentato dalla “condizione giuridica dello straniero”; gli altri sono quelli, evocati dall'art. 11, relativi al ripudio della guerra ed alle “limitazioni di sovranità” finalizzate alla pace ed alla giustizia fra le nazioni. Cfr., da ultimo, in ordine alla natura di principio fondamentale del disposto dell'art. 11, L. CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione ad operazioni militari*, in N. Ronzitti (a cura di), *Nato, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, 171. Nell'uno e nell'altro degli ambiti ora visti si opera, da parte della Costituzione, una serie di riferimenti ai modi di immissione del diritto internazionale nel diritto interno. E' proprio tale assetto che costituisce un principio da ritenere originario e costitutivo dell'ordinamento costituzionale vigente (e che, come tale, è stato inserito fra i principi fondamentali). Di ciò danno conferma gli stessi lavori della A.C. In particolare, non pare si siano ancora prodotte le condizioni atte a legittimare la sostituzione del sistema dei rapporti internazionali prefigurato dagli artt. 10 e 11 Cost. con un altro improntato alla primazia o “signoria” assoluta del diritto internazionale. Ciò che obbliga a reputare ancora attuali (e soprattutto vigenti ed efficaci) quei principi costituzionali che presuppongono il diretto e necessario consenso dello stato italiano in ordine alla immissione sopra detta, nella specie, di quelle qualificazioni evolutivo-universalistiche del concetto di cittadinanza cui si è fatto riferimento (ferma le ipotesi di traslazione diretta ed automatica ex art. 10, co. 1; meccanismo che, peraltro, trova a sua volta formale abilitazione in Costituzione ed è da questa legittimato).

<sup>11</sup> Occorre peraltro subito richiamare le chiarificazioni operate dalle C. cost. nn. 348 e 349 del 2007 – ribadite dalla recente C. cost. n. 39/2008, su cui v. il commento di cfr. R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, consultabile al sito [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) – in ordine alla particolare resistività (e sostanziale atipicità) della legge di esecuzione di quei trattati internazionali di tipo convenzionale, quale la CEDU. Premesso che la CEDU non può essere assimilata alle fonti dell'ordinamento comunitario e che, dunque, non vale, in ordine ad eventuali difformità fra questa e norme di legge ordinaria, il meccanismo della diretta disapplicazione, rimane il fatto che la legge che ha ratificato e reso esecutiva la CEDU (l. n. 848/1955) non è più “potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive” in quanto, segnatamente a seguito dell'avvento del nuovo art. 117, co. 1, Cost., le norme della CEDU (nella interpretazione della Corte europea di Strasburgo) vanno intese “come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma” (C. cost. n. 348/2007).

<sup>12</sup> Sulle molte ambiguità che contraddistinguono l'approccio al multiculturalismo, specie in seno alla cultura giuridica e, in particolare, sulla natura solo apparente o “di facciata” di taluni esiti giurisprudenziali in tema di equiparazione degli assetti di garanzia in confronto al non cittadino migrante, cfr. le pessimistiche – e condivisibili – riflessioni di G. AZZARITI, *cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico*, in *Pol. dir.*, 2008, 1, 188.

<sup>13</sup> Sui plurimi momenti di interferenza fra globalizzazione e cittadinanza, cfr., in particolare, l'analisi di F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Torino, 2006, 332-40.

<sup>14</sup> Un esame delle conseguenze indotte dall'incidenza dei rapporti economici sulla forma di stato è effettuato da C. AMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, 2008, 29 ss., cui si rinvia per l'analisi dei profili evolutivi della trasformazione che ha interessato le democrazie contemporanee. Anche C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 45, segnala il fenomeno della progressiva erosione prodottasi in forza della “asimmetrica” traslazione di larga parte dei poteri decisionali dagli organi istituzionali titolari della funzione politica e di governo verso forme e processi ultronei, situabili all'esterno dell'apparato statale e operanti, appunto, su di un ambito globalizzato.

<sup>15</sup> Su cui cfr. L. FERRAJOLI, op. cit., 750.

identità nazionale<sup>16</sup>; la qual cosa si riverbera, a sua volta, sulla correlata esigenza di aggiornare ed attualizzare con sempre maggiore frequenza la legislazione interna secondo assetti che sovente si distaccano da quelli fissati in sede internazionale<sup>17</sup>. Da qui la eventualità di difformità e deviazioni, anche rilevanti, rispetto ai cennati principi espressi dalla fonte internazionale, in particolare di quella di tipo convenzionale, la quale, come si vedrà, detta la disciplina fondamentale in ordine allo *status libertatis* dello straniero e deve essere assunta a necessario termine di raffronto da parte di tutta la normazione interna operante nell'ambito in discorso. Di ciò costituisce esempio immediato, per restare al caso italiano, la instabilità della legislazione che inerisce alla controversa materia dell'ingresso, soggiorno e allontanamento del non cittadino nel (e dal) territorio nazionale, del diritto d'incolato<sup>18</sup>, della cd. polizia degli stranieri; e la periodica riscrittura, sovente alla stregua d'intenti politici distanti fa loro<sup>19</sup>, della disciplina che concerne, in particolare, il trattamento sanzionatorio in confronto ai cd. extracomunitari irregolari o clandestini<sup>20</sup>.

Fermo quanto ora detto, non si può mancar di rilevare che il secondo comma dell'art. 10 Cost. introduce una significativa differenziazione rispetto al regime individuato dal primo comma della disposizione laddove estende il cennato rapporto di conformità non solo in confronto al diritto internazionale consuetudinario ma anche a quello pattizio (ribadendo la necessità di tal relazione). Avendo riguardo alla disciplina di quella parte o frammento della "condizione giuridica dello straniero" che inerisce ai modi d'esercizio delle libertà civili del non cittadino, appare dunque lecito presumere che la stessa Costituzione legittimi un rapporto di conformità, se non più incisivo, quanto meno più certo e razionalizzato rispetto a quello individuato dal primo comma dell'art. 10. Ciò non vuol dire che la normazione interna di rango legislativo eventualmente difforme rispetto a quella internazionale possa, per ciò solo e prescindendo dalla immissione della disciplina internazionale nell'ordinamento (cioè anche in assenza della attivazione dei meccanismi di adattamento), essere condotta innanzi alla Corte costituzionale perché questa ne dichiari la incostituzionalità<sup>21</sup>; significa soltanto che, avendo riguardo alla "condizione di libertà dello straniero", è plausibile sostenere che la stessa Costituzione legittimi – se non una differenziazione rispetto alla sua ordinaria configurazione – una specificazione ed un rafforzamento del rapporto di necessaria conformità intercorrente fra fonte (legislativa) interna e fonte internazionale; ciò, in particolare, a seguito dell'avvento della l. cost. n. 3 del 2001 e nei termini che qui di seguito si analizzeranno.

### ***3. La fonte internazionale e la sua attitudine conformativa in ordine ai diritti inviolabili dello straniero: gli effetti indotti dall'art. 117, co. 1, Cost. (come riformulato dalla l. cost. n. 3/2001) sull'art. 10, co. 2, Cost.***

<sup>16</sup> Cfr. ancora G. AZZARITI, op. loc. ult. cit., il quale definisce le società europee "gelose delle proprie culture e tradizionalmente chiuse".

<sup>17</sup> In certo qual modo le reazioni ora descritte – ed, in specie, la non linearità e, sovente, intempestività delle medesime – appaiono inversamente proporzionali, quanto a intensità e numerosità, a quella progressiva perdita di sovranità, evocata da M. LUCIANI, *L'Antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, II, Padova, 1998, 733.

<sup>18</sup> Quanto al diritto di stabilirsi sul territorio nazionale va rammentato che il codice civile del 1865 si ispirava a concezioni assai meno restrittive - definite dalla dottrina "giusnaturaliste e cosmopolite" (così F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, cit., 329) - di quelle poi fatte proprie dal codice civile del 1943, con particolare riguardo alla previsione, da parte di quest'ultimo, della condizione di reciprocità.

<sup>19</sup> La cosa è rimarcata dalla C. cost. n. 22/2007.

<sup>20</sup> Valga per tutti l'esempio del reato di clandestinità o, meglio di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato", che soltanto con la l. n. 94/2009 (v. l'art. 1, co. 15, cd. legge Maroni) è stato introdotto nell'ordinamento penale. E valga, altresì e soprattutto, per restare al caso più recente, il fatto che proprio in riferimento a tale fattispecie di reato, ed a pochi giorni dalla entrata in vigore della legge istitutiva (preveduta originariamente per l'8 agosto 2009), si sia assistito ad una sorta di *revirement* legislativo (alla luce delle conseguenze, a dir poco paradossali, che la previsione avrebbe potuto provocare); per cui, in riferimento ad alcune categorie di soggetti, si è introdotta una deroga che palesemente si pone in contraddizione rispetto alla primitiva *ratio* (ovvero all'intento di irrigidire ed inasprire, in modo generalizzato, le misure volte a contrastare la clandestinità ed il lavoro svolto dai cd. extracomunitari irregolari). Ci si riferisce alla cd. procedura di emersione preveduta dall'art. 1-ter, D.L. n. 78/2009 (conv. in l. n. 102/2009), il quale prevede, appunto la sospensione dei procedimenti penali (ed amministrativi) nei confronti di badanti e colf relativamente a violazioni inerenti all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale (comma 8). Si badi, che lo stesso art. 1-ter prevede, altresì, che, salvo casi particolari, nelle more della definizione del procedimento di emersione, "lo straniero non può essere espulso" (comma 10). A parte l'esempio ora fatto, la conferma della instabilità normativa di cui nel testo può agevolmente derivarsi dall'elenco delle leggi e degli atti con forza di legge via via succedutisi nella materia *de qua*. V., in ordine alla successione delle discipline sulla immigrazione, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali – L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 160 ss.

<sup>21</sup> Permane, infatti, fermo, anche per l'ambito in esame, il presupposto della estraneità dei due plessi ordinamentali (interno e internazionale); e permane altresì fermo l'altro presupposto della non ipotizzabilità del sindacato di legittimità che assuma a parametro norme-principio che, seppur vigenti in seno all'ordinamento internazionale, debbono reputarsi improduttive di effetti nell'ordinamento interno sino alla ratifica ed alla entrata in vigore della legge di esecuzione.

E' in ordine alle considerazioni espresse nel par. precedente che l'avvento del nuovo art. 117, segnatamente alla luce del primo comma della disposizione, pare assumere un significato peculiare e chiarificatorio (oltre che una efficacia propriamente integrativa). Quanto poc'anzi detto in ordine alla caratteristica relazione di conformità esplicitata dal secondo comma dell'art. 10 Cost., infatti, appare ora, oltre che ribadito, espresso in termini più incisivi attraverso la formalizzazione operata, nella sede (propria) della revisione, dalla l. cost. n. 3 del 2001, la quale, allorché stabilisce che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato "nel rispetto dei vincoli derivanti ... dagli obblighi internazionali", rafforza, inequivocabilmente, il disposto dell'art. 10, co. 2, definendo con una intensità e compiutezza precettiva maggiore - avendo, cioè, riguardo alla qualità e natura del vincolo di conformità - quanto già tale ultima norma disponeva in ordine al rapporto intercorrente fra fonte legislativa e fonte internazionale. L'art. 117, co. 1, in particolare attualizza, fissandone in modo più esaustivo i contenuti, quel legame di (necessaria) conformità - e gli effetti che a questo si correlano - che, antecedentemente alla sua entrata in vigore era, in termini più "diffusi", ascrivibile al solo art. 10, co. 2; e che ora assume testualmente, sulla base della formula espressa dall'art. 117, co. 1, il connotato (e la valenza) della obbligatorietà e vincolatività.

Quanto ora accennato trova, poi, una conferma ulteriore nel fatto che espliciti e testuali riferimenti sono operati dal secondo comma dell'art. 117 - nelle formule contenute, rispettivamente, nelle lett. a) e b) - a settori normativi limitrofi ed, anzi, del tutto analoghi a quelli cui si riferisce l'art. 10, co. 2, e ricomprensivi, pressoché integralmente, della "materia" da tale ultima disposizione individuata. Nel primo dei due disposti si fa, infatti, riferimento, con locuzione pressoché identica all'altra dell'art. 10, co. 2, alla "condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea" (oltre che al "diritto di asilo"); nel secondo alla "immigrazione". Sicché è del tutto plausibile affermare che quella stretta correlazione tra l'art. 117, co. 1 e l'art. 10, co. 2, sopra segnalata, sia avvalorata da un elemento di ordine letterale<sup>22</sup>. Sempre il secondo comma dell'art. 117, poi, alla lett. i), fa esplicito riferimento alla cittadinanza, ribadendo anche per tale ambito la competenza esclusiva statale; il che, a sua volta, avvalora quanto detto in ordine alla *ratio*, desumibile dal disposto costituzionale, di racchiudere entro un univoco plesso normativo - quello, appunto, che presuppone l'esclusivo intervento statale - tutto quanto pertiene a quel vasto ambito che ricomprende sia il trattamento dello straniero (ivi compreso il suo *status libertatis*) sia la disciplina dello *status civitatis*<sup>23</sup>.

L'accenno ora fatto alla attualizzazione operata dall'art. 117, co. 1, Cost. in riferimento alla fattispecie cui si riferisce l'art. 10, co. 2<sup>24</sup>, che è rappresentativa di un intento di tipo integrativo-innovativo - nei limiti in cui tale attitudine possa riconoscersi ad una legge di revisione, qual è la l. cost. n. 3/2001, in riferimento ad un disposto che si situa fra i principi fondamentali -, consente di evidenziare le più rilevanti conseguenze in ordine al problema in esame. Avendo riguardo all'oggetto specifico del presente studio, si può dire che l'art. 117, co. 1, Cost. "forza" (senza, ovviamente, scardinarlo) quel presupposto normativo che in Costituzione s'incentra sulla dicotomia "tutti" / "cittadino" (o, altrimenti detto, "uomo" / "cittadino"), nel senso che rappresenta una valida base formale al fine di consentire e legittimare una lettura che ben si potrebbe definire, nei limiti che si vedranno, di tipo ampliativo, la quale non sarebbe stato possibile esperire, quanto meno nei termini estensivi ora cennati, anteriormente alla apparizione della disposizione (cioè in vigenza del solo art. 10, co. 2)<sup>25</sup>; sicché si potrebbe affermare che la norma in parola può indurre una attenuazione

---

<sup>22</sup> La analogia fra il disposto dell'art. 10, co. 2 e dell'art. 117, co. 2, lett. a), in ordine al campo materiale cui gli stessi si rivolgono, permane nei sensi evidenziati nel testo nonostante la presenza del termine "straniero" nell'uno e del termine "cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea" nell'altro. Tale ultima locuzione, infatti, vale soltanto a sottintendere la necessità di distinguere coloro che nel lessico del diritto comunitario vengono definiti "cittadini di paesi terzi" dai cittadini di uno stato membro dell'Unione (a loro volta cittadini dell'Unione). La *ratio* della (solo apparente) difformità è, dunque, quella, di adeguare il disposto costituzionale in parola agli esiti del processo di integrazione europea ed, in particolare, di sancire il formale (ancorché indiretto) accoglimento, a livello costituzionale, di quel punto d'arrivo rappresentato dalla cittadinanza dell'Unione.

<sup>23</sup> La presenza dell'art. 117, co. 2, lett. i) costituisce, oltre tutto, evidente conferma dell'accoglimento della nozione di cittadinanza in Costituzione e, altresì, del fatto che la relativa disciplina non può che operarsi attraverso la legge (nella specie la sola legge dello stato); e non, invece, derivarsi *aliunde*.

<sup>24</sup> Vanno, peraltro, ritenute condivisibili quelle posizioni che rilevano la scarsa attitudine innovativa (e la natura "ricognitiva") della formula contenuta nell'art. 117, co. 1, Cost. in riferimento ad altri ambiti normativi quale, probabilmente, quello afferente al diritto dell'Unione; stante la diretta ascrivibilità di questo (e dei suoi effetti) all'art. 11 Cost. Cfr. sul punto, in particolare, F. SORRENTINO, *I vincoli dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali*, consultabile al sito [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4.

<sup>25</sup> La prima di tali conseguenze risiede nel fatto che, con molta probabilità, l'art. 117, co. 1, incide direttamente sul quadro teorico e sul modello di riferimento che si riteneva di poter assumere a parametro antecedentemente all'avvento di tale norma ai fini della fissazione, nei suoi aspetti generali, del sistema delle garanzie riconoscibili ai non cittadini e dei limiti entro cui i singoli diritti inviolabili di libertà

significativa del conflitto tra l'assetto – sia consentito il neologismo – cittadino-centrico della Costituzione e quello tendenzialmente universalista del diritto internazionale convenzionale. L'art. 117, co. 1, si pone, in tal modo, da un punto di vista formale, come l'elemento parametrico – correttamente situato a livello costituzionale - atto a consentire l'interpretazione, sotto diversa e più attuale prospettiva, di taluni degli elementi di carattere testuale poc'anzi evocati presenti in Costituzione. Laddove la norma rafforza la posizione del diritto internazionale ed afferma con rinnovata intensità che la legge deve "rispettarne" i vincoli, essa presuppone, incontestabilmente, che gli obblighi che l'Italia assume sul piano internazionale si rappresentano - se non con una efficacia o forza formale diversa da quella che era possibile desumere precedentemente all'avvento dell'art. 117, co. 1- quanto meno con un vigore nuovo in confronto all'ordinamento interno italiano.

Poiché è proprio il diritto internazionale pattizio di carattere convenzionale (si vedrà, in particolare, quale ruolo centrale rivesta la CEDU) che esprime in modo sempre più espanso quella tensione al superamento della antitesi sopra richiamata – segnatamente laddove la fonte internazionale prende in considerazione, ai fini della fissazione del regime di garanzia che inerisce alle libertà civili, l'individuo o l'uomo o la persona umana in quanto tali, perseguendo in tal modo la instaurazione di un sistema protettivo volto alla tendenziale uniformizzazione del livello di tutela che discende dalle situazioni di libertà qui in esame -, riesce, alla luce dell'art. 117, co. 1, assai più facile sostenere, da un lato che sia lecito operare una lettura meno "tassativa" del disposto costituzionale (segnatamente di quelle norme che operano un testuale riferimento al solo cittadino ai fini della individuazione del destinatario della situazione di vantaggio), dall'altro che la legge che intervenisse a disciplinare i casi ed i modi entro cui lo straniero è ammesso a godere dei diritti di libertà civile, sia assoggettabile, specie quanto alla sua giustiziabilità, ad una forma di scrutinio che presuppone l'assunzione a parametro delle norme-principio contenute nella fonte internazionale.

Ben potrebbe allora affermarsi che, nella specie, la disciplina dello *status libertatis* dello straniero introdotta in attuazione – oltre che "in conformità" (art. 10, co. 2, cit.) e "nel rispetto" (art. 117, co.1, cit.) - della normazione internazionale, non solo debba definirsi satisfattiva di una riserva di legge di tipo rinforzato ma, altresì, debba ritenersi ascrivibile ad una legge atipica, quale è la legge che, sola, possiede la forza di operare in quel determinato ambito e che, in quanto tale, non può dissociare il proprio contenuto normativo rispetto ai principi essenzialmente derivabili *ab externo* (e, per la restante parte, desumibili dalla Costituzione, avendo però esclusivo riguardo al nucleo o contenuto essenziale dei singoli diritti). E' in tal senso che la legge in parola si rappresenta come vera e propria fonte atipica, più che come *lex specialis*; in quanto è astretta, nel suo lato attivo e nella sua attitudine innovativa, dalla necessaria conformità ai principi immessi dalla fonte internazionale ed è rafforzata, nel suo aspetto passivo, dalla capacità di opporsi e di resistere (per ciò che attiene alla disciplina conformativa da essa dettata) ad eventuali abrogazioni, modifiche, deroghe da parte di quelle leggi successive operanti nell'ambito, solo apparentemente limitrofo, dello *status libertatis* del cittadino<sup>26</sup>. Il novellato art. 117, co. 1, cit., in particolare, rendendo ancor più obbligato il cennato rapporto di conformità, impone di ritenere riaffermata e ribadita la "distanza" fra le leggi atipiche ora dette e le altre leggi ordinarie; e, quindi, di reputare ancor più incisivamente fissata quella condizione di unicità ed esclusività che già poteva dirsi prefigurata dall'art. 10, co. 2, Cost.

#### **4. Il "trattamento regionale" dello straniero.**

Il disposto dell'art. 117, co. 2, lett. a), che potrebbe a prima vista apparire come *inutiliter* introdotto o, quanto meno, meramente iterativo di un assetto già precedentemente tracciato in Costituzione anteriormente

---

civile possono supporre da tali soggetti esercitabili. La norma in questione, infatti, opera – se non come una vera e propria norma sulla produzione, cioè come norma abilitativa di un processo di produzione normativa affatto nuovo (che si svolgerebbe, nella specie su di un livello intermedio fra quello legislativo e quello costituzionale) - come una sorta di norma valvola in ordine al modo di rappresentarsi di taluni effetti giuridici connessi alla apparizione di fonti esterne. La C. cost. n. 349/2007 pare attribuire al nuovo art. 117, co. 1, una attitudine propriamente innovativa laddove rimarca il fatto che questo abbia "colmato una lacuna" in ordine alla definizione dei rapporti fra fonte legislativa interna e fonte internazionale di carattere convenzionale e parla di "rinvio mobile" (v. punto 6.2, cons. dir.). E' da dire, tuttavia, che pur se il rinvio mobile suddetto potrebbe avvicinarsi a quello di una "norma valvola" - in quanto immette non già un nuovo processo di produzione (nella specie a livello sovraordinato a quello primario) ma autorizza la costante riferibilità ad un parametro esterno da parte della legge -, rimane il problema, per ciò che concerne la "condizione giuridica dello straniero", della presenza della esplicita previsione della riserva di legge nell'art. 10, co. 2, il che fa presumere che l'adattamento sia sempre necessario.

<sup>26</sup> Si veda, nei termini ora detti, esemplarmente, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 209-10.



alla riforma del 2001, a ben osservare vale, a sua volta, ad operare alcune importanti chiarificazioni, la più rilevante delle quali riguarda la titolarità della potestà legislativa nell'ambito in discorso. Alla luce della norma in esame, infatti, non solo non si può più nutrire dubbio alcuno circa la natura della riserva di legge come riserva di legge statale, ma si può ricavare, con sufficiente nitidezza, il quadro delle residuali competenze della fonte legislativa regionale in ambiti, per dir così, collegati a (ma non affini né incorporabili entro) quello della "condizione di libertà dello straniero". La regione potrà, infatti, esercitare la propria potestà legislativa solo nei settori che lambiscono indirettamente ed *ab externo* quello in parola; in particolare laddove si possano individuare, in riferimento ad alcune delle materie di competenza concorrente, punti di intersecazione, più o meno obbligata, con l'ambito in esame, sì da far ritenere e situare la disciplina legislativa regionale in posizione, per dir così, ausiliaria o di supporto rispetto a quella statale.

Ciò vale soprattutto avendo riguardo alla disciplina di quei profili che possono riconnettersi, *pro parte*, al trattamento dello straniero in quanto attengono alle materie di competenza concorrente espressive di una più spiccata valenza sociale (tutela e sicurezza del lavoro, istruzione, tutela della salute, promozione e organizzazione di attività culturali); ma vale, altresì e in generale, per tutti quegli ambiti che - pur non potendo ritenersi afferenti alle materie ora elencate ed essendo, invece, ricollegabili all'esercizio di veri e propri diritti di libertà civile - presuppongono l'apprestamento di misure finalizzate alla attuazione di politiche regionali o territoriali di partecipazione ed integrazione sociale<sup>27</sup>. Si pensi, per tutte, alle libertà collettive (associazione e riunione, in specie) ed alla liceità di quei provvedimenti (anche di ordine legislativo) che ne assecondino l'esercizio attraverso la previsione o l'apprestamento di interventi di natura economica o organizzativa e, più in generale, di tipo ausiliativo<sup>28</sup>.

A parte tali ultime notazioni, e tornando al problema poc' anzi evocato dei limiti entro cui può reputarsi lecita l'attività legislativa della regione negli ambiti afferenti al trattamento dello straniero, va qui richiamato quanto rilevato dalla dottrina circa la cd. trasversalità<sup>29</sup> che è tipico elemento caratterizzante la più parte fra le materie elencate dal terzo comma dell'art. 117; le quali posseggono, com'è noto, la attitudine a coprire ambiti assai distanti e diversificati; il che si verifica anche nella ipotesi di specie. Sarebbe, anzi, auspicabile che le stesse leggi ordinarie introdotte per soddisfare alla riserva di legge *ex art. 10, co. 2, Cost.* - ed attuative, al contempo, del disposto dell'art. 117, co. 2, lett. a) e b) - agissero (anche) da legge cornice, introducendo per i settori poc' anzi elencati, ed in riferimento al "trattamento regionale" dello straniero (specie avendo riguardo alle categorie meno protette ed ai territori maggiormente coinvolti dal fenomeno migrazionista), i principi fondamentali atti a consentire - con un grado di certezza maggiore rispetto a quanto la legge regionale è costretta a fare in mancanza di tali presupposti, dovendo ricercare ed enucleare autonomamente i suddetti principi - il successivo intervento della regione in funzione delle rispettive esigenze. Sembra, poi, non residuare alcun frammento o aspetto di normazione regionale - sempre avendo riguardo a quello che si è definito trattamento regionale dello *status libertatis* dello straniero - che possa ritenersi esser ricompreso nella materia "rapporti internazionali ... delle Regioni", di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. (ma v. anche l'ultimo comma dello stesso art. 117, relativo alla conclusione di "accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato"). Non si può infatti ripetere, in riferimento a tale

---

<sup>27</sup> Si veda, ad esempio, la recente l. n. 13/2009 della Regione Marche recante "Disposizioni a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri immigrati". E' da segnalare, tuttavia, che la legge in questione è stata impugnata dal Governo innanzi alla Corte costituzionale e che i profili di (presunta) illegittimità si riconnettono, essenzialmente, al contrasto con i principi fondamentali desumibili dal T.U. Immigrazione. Il ricorso rimarca, con particolare enfasi, la incompetenza della legge regionale, nella specie in ordine alla previsione e disciplina di forme di intervento in confronto ad immigrati irregolarmente presenti sul territorio nazionale; motivo che, per altri versi, si riallaccia alla previsione dell'art. 117, co. 2, lett. m), in quanto molti degli interventi in questione attengono a quei minimali trattamenti riconducibili alla sfera della dignità umana che la stessa Corte costituzionale, in plurime occasioni (di cui si darà conto), ha additato come aspetti ed elementi caratterizzanti un insieme irriducibile di tutela.

<sup>28</sup> Cfr. A. PACE, *Problematica della libertà costituzionali, Parte generale*, cit., 120, secondo cui, oltre che in riferimento ai diritti sociali, il legislatore (nella specie statale) può intervenire laddove "gli stessi diritti di libertà civile necessitano, 'per essere più adeguatamente esercitati, di un intervento di natura pubblicistica (anche meramente normativo)". Lo stesso A. ribadisce tale concetto in *I progetti "PC ai giovani" e "PC alle famiglie": esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, in *Giur. cost.*, 2004, 3222. Su tali problemi, ma in riferimento specifico alla questione del rapporto fra libertà negative e diritti di prestazione, con particolare riguardo alle perplessità suscitate dall'art. 117, co. 2, lett. m), Cfr. G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, 547-8.

<sup>29</sup> Per le ragioni che si oppongono alla utilizzazione del concetto di "materia" ai fini della interpretazione del terzo comma dell'art. 117, e della individuazione - appunto *ratione materiae* - degli ambiti di competenza legislativa concorrente ivi elencati, cfr. A. ANZON, *I poteri delle regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003, 218 ss.

ambito specifico, quanto sopra detto in ordine alla liceità di una differenziazione della disciplina in funzione delle singole esigenze territoriali, e consentire, eventualmente, la conclusione dei relativi atti negoziali previsti dall'ultimo comma dell'art. 117. Tale specifico aspetto è, infatti, da ritenersi totalmente assorbito entro il plesso normativo rappresentato dalla "condizione giuridica dello straniero" di cui all'art. 10, co. 2, Cost.; per cui non pare ammissibile, nella specie, un intervento diretto regionale (sia pur di dettaglio)<sup>30</sup>.

### **5. Il concetto di cittadinanza e la sua (presunta) dissoluzione.**

Occorre a questo punto riservare alcune brevi considerazioni a quegli apporti teorici che possono accomunarsi in quanto, al fine di legittimare la tendenziale omologabilità della condizione di libertà dello straniero e del cittadino, partono dal presupposto della liceità di una ridefinizione del concetto di cittadinanza. Pressoché tutti i tentativi in discorso, molti dei quali assai apprezzabili sul piano speculativo, mirano ad una più o meno radicale riconsiderazione del concetto di cittadinanza e si propongono di ricercarne una rappresentazione più aperta ed espansa, enucleandone una "dimensione dinamica"<sup>31</sup> o, comunque, tendendo a forzarne ed ampliarne l'originario significato. Univoco punto di partenza di tali approcci – che postulano, a loro volta, se non il superamento, quanto meno la attenuazione della portata del dato formale derivabile dalla Costituzione – è rappresentato dall'assunto della progressiva erosione del concetto di sovranità e della crisi di quella nazionalità, cui si accompagnerebbe il decadimento dell'altro, di cittadinanza appunto, che a questi strutturalmente si riconnette<sup>32</sup>. E', questa, una via che potrebbe in effetti consentire, attraverso la lettura evolutiva della relazione di appartenenza, che dello *status civitatis* è ritenuto elemento essenziale e costitutivo, il possibile svilimento dei connotati originari della cittadinanza; e, attraverso questo, il (più o meno definitivo) superamento di quegli impacci che, per quanto qui particolarmente interessa, si frappongono alla uniformizzazione del trattamento del cittadino e dello straniero quanto al godimento delle libertà civili<sup>33</sup>. Diverrebbe, in effetti, agevole, una volta scollegata tal relazione dalle matrici ora dette (di sovranità e nazionalità), operare una radicale riconfigurazione degli elementi costitutivi dello *status civitatis*; il che produrrebbe, com'è facilmente intuibile, immediati effetti anche sul piano strettamente giuridico<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup>Altra cosa, come accennato, sono le possibili forme di intervento e le misure apprestate dalla regione e dagli enti territoriali soprattutto a fini partecipativi e per corrispondere alle istanze di integrazione indotte dalla fenomenologia immigratoria. La dottrina qualifica non a caso tali forme come di "integrazione diffusa" e come "istituti in prevalenza *prater legem*", la più parte introdotti in "una fase di sperimentazione ..., a fini inclusivi e di espansione dei diritti". Le espressioni ora richiamate sono di S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza*, cit., 2204, il quale annovera, fra gli interventi in parola, "Consulte di immigrati, Consigliere aggiunto (ai vari livelli: comunale, provinciale, regionale), Consigli territoriali per l'immigrazione". Si rammenta che il T.U. Immigrazione prevede, rispettivamente agli artt. 3, co. 6 e 42, co. 4, i "Consigli territoriali per l'immigrazione" e la "Consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie". Inoltre, l'art. 42, co. 6, cit. T.U. prevede che le regioni possano, a loro volta, istituire consulte per i problemi dei lavoratori extracomunitari e delle loro famiglie "con competenza nelle loro materie loro attribuite dalla Costituzione e dalle leggi dello Stato" (sic!). L'A., op. cit., 2205, non manca, peraltro, di segnalare l'esito a dir poco deludente che ha caratterizzato l'attivazione del cennato strumentario partecipativo. Il vero è che i (pur lodevoli) intendimenti cui s'ispira, in particolare, l'azione di taluni enti territoriali rischiano di scontrarsi con la "dura realtà" quotidiana del migrante. Si vuol dire che lo scarso successo delle politiche di inclusione e di integrazione sociale formalizzate attraverso gli istituti sopra elencati discende, essenzialmente, dalla difficoltà di innescare un processo partecipativo all'interno di un universo, quale quello degli immigrati, già di per sé caratterizzato da *deficit* inerenti a beni ed interessi che appaiono ben più primari ed essenziali – sia consentita tale espressione – rispetto a quelli partecipativi in discorso. Esito non difforme da quello ora visto - e questa volta formalizzato in una serie di atti provenienti dal Consiglio di Stato e dal Consiglio dei Ministri (elencati sempre da A. STAIANO, op. cit., 2207-09) - è quello conseguito ad alcuni tentativi che hanno ad oggetto l'esercizio di diritti politici veri e propri, quale, in particolare, la estensione allo straniero del diritto di voto, segnatamente avendo riguardo alla elezione dei consigli comunali. E' noto, infatti, che la divaricazione di prospettiva, in specie alla luce dei pareri emessi dal C.d.S., a seconda che l'elettorato attivo investa i consigli circoscrizionali o quelli comunali, s'innerva proprio sulla natura dei primi (e non degli altri) come organi meramente partecipativi e consultivi, nonché sulla presenza della riserva di legge statale ai fini della disciplina dell'elettorato attivo propriamente detto *ex artt. 48, 51 e 117*. Permane dunque attuale, alla stregua dei pareri emessi dal C.d.S. in ordine alle limitazioni esperibili in confronto al non cittadino circa il godimento di un diritto fondamentale, la netta separabilità dei diritti di libertà civile in confronto ai diritti politici.

<sup>31</sup> Cfr. C. AMIRANTE, *Cittadinanza (Teoria generale)*, cit., 6 ss. e spec. 9-10.

<sup>32</sup> Sul punto v. sempre C. AMIRANTE, op. ult. cit., 5, il quale sottolinea che la cittadinanza, quanto alla sua originaria connotazione, ovvero nella fase storica che ne vide l'apparizione (l'evo illuministico-rivoluzionario e, soprattutto, quello della *Déclaration* del 1789 che ne formalizzò l'avvento) "manifesta un stretta vicinanza al concetto di nazionalità con la conseguenza che i due concetti si intrecciano e si influenzano reciprocamente".

<sup>33</sup> Sulla validità ed attualità del rapporto intercorrente fra tutela dei diritti fondamentali e *status civitatis* cfr. G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 11 ss.

<sup>34</sup> Su tali profili, e con ampio riferimento alla teoria generale del diritto kelseniana, cfr. S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi*, cit., 2183-5.

Le prospettazioni che privilegiano il percorso ora accennato appaiono possedere un grado di certezza ed una consistenza dommatica maggiore delle altre cui si accennava in avvio del presente lavoro; e ciò in quanto si basano non su mere propensioni universalistiche né, tanto meno, su caratterizzazioni più o meno direttamente derivate dalla scienza sociale; ma, invece, su elementi qualificativi che sarebbero oggettivamente rilevabili ed in concreto verificabili in sede propriamente giuridica<sup>35</sup>; in quanto desumibili, in buona sostanza, attraverso la analisi dei processi evolutivi che hanno caratterizzato la forma di stato, segnatamente a far data dal secondo dopoguerra<sup>36</sup>. Si prende a modello, a tal proposito, pressoché costantemente, da un lato il processo d'integrazione europea e le trasformazioni ivi intervenute (prima fra tutte quella che ha ad oggetto l'avvento della "cittadinanza dell'Unione")<sup>37</sup>, dall'altro la progressiva (ed inarrestabile) traslazione dal piano interno a quello sovranazionale delle sedi (istituzionali e non) entro cui viene a "collocarsi" il soggetto privato, ed alla cui stregua viene a determinarsi la condizione giuridica di quest'ultimo<sup>38</sup>, con particolare riguardo agli aspetti che ineriscono ai diritti fondamentali. Da qui la apparizione, in seno alla comunità internazionale, di quella serie sempre più estesa di accordi multilaterali di tipo convenzionale nei quali il destinatario dei diritti fondamentali – ed è questo il punto maggiormente significativo ai fini che qui interessano – non è più il cittadino ma, volta a volta, l'"uomo" o l'"individuo" o la "persona"<sup>39</sup> in quanto tale, a prescindere dalla sua nazionalità o identità o "appartenenza"; atteggiamento, questo, che troverebbe ulteriore conferma nelle clausole concernenti il divieto di discriminazione presenti, oltre che all'interno delle cennate Convenzioni, nelle Dichiarazioni e nelle Carte che – a prescindere dal rispettivo valore giuridico – costituirebbero, a loro volta, un elemento di raffronto assai significativo. Al di là - e al di sopra - di tali specifici accadimenti, vi sarebbe, poi, una causa efficiente di ben più estesa attitudine erosiva, la quale viene costantemente evocata nei contributi che hanno ad oggetto le trasformazioni ultime della forma di stato – tanto da divenire un vero e proprio *leitmotiv* - e che assume le sembianze della cd. globalizzazione. Sarebbe in forza degli effetti da questa prodotti, infatti, che si verificherebbe l'inesorabile decadimento della sovranità ed identità statale, ovvero quella sorta di resa incondizionata che si fa corrispondere alla cessione, più o meno consapevole, dell'originario e tradizionale potere d'imperio da parte dello stato a favore di nuove ed estemporanee soggettività, situate e dislocate, volta a volta, nella sede sovrastatale o interstatale o mercantile, ma pur sempre globalizzata.

Senonché, pur convenendo in ordine al verificarsi, nelle forme più evolute dello stato costituzionale di diritto, di una serie di mutazioni che appaiono incontestabilmente incidere in termini innovativi sulla

---

<sup>35</sup> Una estesa analisi della cittadinanza, con particolare riguardo alla evoluzione della sua disciplina ed alle matrici filosofiche dei mutamenti via via intervenuti, è svolta da F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, cit., 277 ss.

<sup>36</sup> V. sempre C. AMIRANTE, op. loc. ult. cit.

<sup>37</sup> Cfr. G. BASCHERINI, *L'immigrazione e i diritti*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Torino, 2006, 430.

<sup>38</sup> Cfr. U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, 1997, 129 ss.

<sup>39</sup> Altra questione è quella della utilizzazione in senso proprio o in senso generico, da parte dei documenti in discorso, dei sostantivi elencati nel testo, dal momento che privilegiare l'uno o l'altro di essi non è senza significato, possedendo ciascuno di tali termini una propria valenza assiologica. Una importante conferma di quanto ora detto pare discendere dall'"adattamento" (e connessa revisione lessicale) operato dal Trattato di Lisbona del 2007 in confronto alla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. Vale rammentare che il Trattato in parola ha, altresì, operato la riformulazione dell'art. 6 del Trattato UE. Ciò che qui importa sottolineare è che il Trattato di Lisbona ha operato, appunto in sede di "adattamento", la sostituzione del termine "persona" all'altro "individuo" negli articoli che recavano il riferimento a quest'ultimo. Il problema sotteso alla situazione ora vista non è, del resto, diverso da quello indotto dalle differenze lessicali rintracciabili all'interno della stessa Costituzione italiana, la quale utilizza i termini sopra elencati con diverse valenze. Basterebbe qui evocare la diversa portata della locuzione "persona umana" (v., in particolare, l'art. 3, co. 2, Cost.) di contro a quella che viene attribuita alle altre forme verbali con cui vengono identificati volta a volta i destinatari dei diritti fondamentali. Si veda in proposito – con particolare riferimento al rilievo che ebbero le questioni ora richiamate nei lavori della A.C. - soprattutto l'analisi di A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 47 ss. Peraltro, proprio la riformulazione effettuata dal Trattato di Lisbona (in modo generale ed indistinto) potrebbe indurre a ritenere che il termine "persona" non possieda né esprima – almeno all'interno del diritto primario dell'Unione - quel significato che, nella esperienza costituzionale italiana, viene per solito ricollegato agli apporti della componente cristiano-sociale operante in A.C. (su cui v. A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, cit., 50-3). Potrebbe, dunque, ritenersi che in seno all'Unione il significato di "persona" non differisca radicalmente da quello di "individuo" o, comunque, che la distinzione non assuma rilievo analogo a quello che si fa comunemente discendere dalla utilizzazione del termine in questione da parte della Costituzione italiana; e che, dunque, l'impiego ora detto sottintenda soltanto l'intento di estenderne quanto più possibile la portata garantista (e non di voler svilire la protezione dei diritti di libertà che si collegano ad interessi di natura individualistica).

caratterizzazione dei concetti di sovranità e nazionalità<sup>40</sup> poc'anzi richiamati (e quindi sul concetto di cittadinanza come derivabile, nella sua essenza, da questi), non si ritiene che, quanto meno avendo riguardo agli esiti attuali di tale trasformazione, sia lecito recidere detto legame né, tanto meno, presumere un drastico ridimensionamento<sup>41</sup>. Tali conclusioni sembrano avvalorate dal fatto che, nel tempo presente, ed a malgrado dell'inesorabile processo disgregativo connesso alla globalizzazione, è dato rilevare non già solo la sostanziale tenuta dei concetti di nazionalità e sovranità, bensì finanche una sorta di esasperata attualizzazione degli stessi<sup>42</sup>. Si vuol dire che, il più delle volte, laddove si è prodotto il dissolvimento di una soggettività statale, ciò è avvenuto in funzione della instaurazione di un'altra entità avente una caratterizzazione identitaria finanche più intensa di quella precedente; e non, invece, al fine di assecondare un processo volto al travolgimento o superamento del legame di appartenenza fra cittadino e stato. Ci si riferisce alle difese dell'idea di nazione ed alla rivendicazione del carattere e della identità nazionale per come manifestate - talvolta in termini estremi (non di rado fino al vero e proprio conflitto armato) - presso molti degli stati che hanno riacquisito la sovranità a seguito degli epocali sconvolgimenti conseguiti alla "caduta del muro di Berlino". È sufficiente, a tal proposito, evocare le vicende che hanno accompagnato la dissoluzione della ex Jugoslavia (ed i ben noti episodi di disumanità che in tale scenario hanno caratterizzato gli scontri e le rivalità di tipo inter-etnico)<sup>43</sup>. E, del resto, conferma non ultima di quanto ora espresso appare proprio l'avvertibile irrigidimento, anche all'interno dei paesi di consolidata democrazia e della stessa U.E., delle scelte inerenti alle politiche migratorie ed, in specie, della normazione regolativa dell'ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero.

Permangono, dunque, attuali (e condivisibili) quelle ricostruzioni secondo cui la cittadinanza si caratterizza, essenzialmente, per la cennata condizione di appartenenza<sup>44</sup>, la quale a sua volta discende, quanto alla fissazione dei suoi elementi costitutivi e, dunque, alla sua conformazione sul piano giuridico-formale, in via tendenzialmente esclusiva dallo stato<sup>45</sup>. Si prescinde, in tal modo, da caratterizzazioni della cittadinanza che postulino la liceità di letture espansive<sup>46</sup>, ovvero la estensibilità dello *status civitatis* per il tramite del superamento o della sottovalutazione (della centralità ed essenzialità) dell'intervento dello stato

---

<sup>40</sup> È soprattutto in riferimento al passaggio dallo stato di diritto di matrice liberale allo "Stato costituzionale" che E. CHELI, *Intorno ai fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in *Quad. cost.*, 2006, 266-7, rileva che "un profilo di novità espresso dallo 'Stato costituzionale' attiene al superamento della nozione storica di *sovranità*, conseguente al declino dello Stato nazionale" (c.vo dell'A.). L'A., tuttavia, non manca di soggiungere che nel vigente ordinamento costituzionale italiano il concetto di sovranità non viene affatto totalmente espunto. Per il tramite del collegamento operato dall'art. 1 Cost. la sovranità stessa viene imputata al popolo che "la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione", sicché, al "centro ordinante rappresentato, nello Stato liberale, dalla sovranità si sostituisce, dunque, nello 'Stato costituzionale', il centro ordinante rappresentato dalla Costituzione". Non pare che la ricostruzione in parola contrasti, nella sostanza, con la linea qui seguita. Ed, infatti, pur essendo indubitabile che il concetto di sovranità abbia subito una radicale mutazione, ciò che appare essenziale è il fatto che la rappresentazione attuale di essa debba trovar base ed esclusivo parametro di riferimento in Costituzione, nel senso che è solo dalla Cost. che è lecito derivarne l'attuale "impronta"; ed è proprio in seno al disposto costituzionale, e non altrove, che, ad avviso di scrive, può ancora rintracciarsi quell'ultima connotazione di sovranità che vale a far presumere la permanenza del legame tra essa medesima ed il concetto di cittadinanza; in quanto non elide in modo definitivo quel legame di appartenenza che della cittadinanza costituisce elemento qualificante.

<sup>41</sup> Appaiono, a tal proposito, condivisibili i rilievi di L. CONDORELLI, *I diritti umani nel diritto internazionale: il caso Kosovo*, in Associazione studi e ricerche parlamentari - *Quaderno n. 15*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, 2005, 46, a riguardo del presunto inarrestabile decadimento del principio di sovranità degli stati, nei cui confronti "è di moda affermare che va celebrato il funerale e cantato il *de profundis*".

<sup>42</sup> Le considerazioni ora svolte trovano conferma nell'avvento, all'interno delle più evolute democrazie pluraliste, di una costante - e, si direbbe, ormai endemica ed irrimediabile - condizione di instabilità, se non di vera e propria contrapposizione sociale. Appaiono in tal senso condivisibili le conclusioni cui giunge P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 18 ss.

<sup>43</sup> Ma, seppur in termini meno estremi, anche i controversi rapporti fra paesi appartenenti alla ex Unione Sovietica e Federazione Russa danno contezza del fatto che quivi - oltre a motivi ricollegabili ai rispettivi interessi economici - è tuttora fortemente presente il dato caratterizzante ed unificante rappresentato dalla difesa dei valori nazionalistici ed identitari sopra richiamati.

<sup>44</sup> Anche T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, 2002, 31, nonostante prospetti un assetto ridefinitivo in ordine alla nozione di cittadinanza, che s'incentra sulla tripartizione - in termini civili, sociali e politici - degli elementi che la caratterizzerebbero, reputa il presupposto della appartenenza e l'altro del conferimento (ovvero del necessario e formale riconoscimento dello *status civitatis*) come elementi essenziali ed ineludibili ai fini della fissazione del concetto.

<sup>45</sup> Si vedano, in proposito, le centralissime prospettazioni di R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Nss. dig. it.*, III, p. 315-6 e G. BISCOTTINI, *Cittadinanza (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, 145.

<sup>46</sup> Cfr., invece, C. AMIRANTE, *Cittadinanza*, cit., spec. 6 ss., il quale assume come un dato ormai acquisito, se non la scomparsa della cittadinanza intesa come appartenenza, "la sua articolazione in cittadinanza-appartenenza e cittadinanza-partecipazione". Va, peraltro, segnalato che anche tale A. rimarca la centralità, nella qualificazione di tale assetto evolutivo, della Costituzione. Essendo "la cittadinanza uno degli elementi costitutivi di uno stato contemporaneo non può dunque che essere la costituzione a definirne i caratteri essenziali".

nella definizione delle condizioni e dei limiti entro cui può formalizzarsi il legame del soggetto privato alla comunità ordinamentale ai fini della inclusione in essa come cittadino<sup>47</sup>. In tal guisa appare tuttora corretto assumere che la relazione sopra detta, che vale a connotare la cittadinanza, si strutturi sulla base di una condizione di appartenenza fissata e determinata, come mera situazione giuridica<sup>48</sup>, in via esclusiva dall'ordinamento statale, e da cui discende una serie intensa di conseguenze sul piano strettamente giuridico<sup>49</sup>. E', dunque, all'ordinamento giuridico, e non ad altra causa, che deve imputarsi, discrezionalmente e "unilateralmente"<sup>50</sup>, la conterminazione dello *status* di cittadino; sicché è alle sole manifestazioni che promanano dalla sovranità dello stato che deve ricollegarsi tal qualità.

Quanto ora affermato in ordine alla centralità (ed esclusività) dell'intervento dello stato ai fini della formalizzazione dello *status civitatis* (e della sua disciplina) non si pone in contraddizione con ciò che si è segnalato in ordine alla sussistenza del legame di appartenenza. Questo, infatti, non vuol affatto significare che la cittadinanza si acquisisca, *naturaliter*, per il fatto che un soggetto o una più o meno estesa cerchia di soggetti si ritengano inclusi in una determinata comunità statale, né che l'ordinamento debba, per necessità, assecondare tale propensione identitaria attraverso la obbligata formalizzazione del legame stesso; per cui permane essenziale, ai fini della perdita e dell'acquisto della cittadinanza, l'intermediazione dell'ordinamento, e permane, altresì, necessaria la introduzione, da parte di questo, di un assetto normativo a ciò riferibile<sup>51</sup>. In tal senso, le "regole sull'acquisto e la perdita della cittadinanza, intesa come appartenenza ad un determinato ordinamento giuridico statale, esauriscono ogni discussione"<sup>52</sup>. Semmai la cennata propensione identitaria o altre eventuali caratterizzazioni da cui indurre la condizione di liminarietà o pertinenza alla comunità statale potranno essere considerate come presupposti, ed essere presi in considerazione dall'ordinamento ai fini dell'acquisto della cittadinanza, ma non certo rappresentarsi nei termini di una pretesa cui possa farsi corrispondere un obbligo da parte dello stato. In tal senso la cittadinanza non può venire apparentata ad un qualunque diritto sociale<sup>53</sup>, che il soggetto privato possa far valere in confronto all'ordinamento, né, tanto meno, come una situazione di vantaggio che trovi in Costituzione una garanzia diretta ed immediata e che sia, come tale, giustiziabile.

Ciò detto, altra cosa è ritenere che, alla luce della evoluzione delle relazioni all'interno della comunità internazionale e del diritto che ivi si produce, non sia consentita l'attivazione di strumenti protettivi che abilitino uno stato a "mettere il naso in quello che lo Stato straniero fa con riguardo ai suoi propri cittadini"<sup>54</sup> o a qualunque altro soggetto che si trovi nel territorio di quest'ultimo. E', questo, il vero e più rilevante profilo evolutivo, manifestatosi a partire dalla Carta delle Nazioni Unite e dalla Dichiarazione

<sup>47</sup> Si veda, da ultimo, a fini esemplificativi, quanto disposto dall'art. 1, commi 11 e 12, l. n. 94/2009 (cd. legge Maroni) recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", introduttiva di una serie di modifiche alle ipotesi di elezione, acquisto, riacquisto, rinuncia o concessione della cittadinanza. La innovazione più significativa (e restrittiva) riguarda i modi di acquisto della cittadinanza da parte del coniuge straniero (o apolide) di cittadino italiano.

<sup>48</sup> Così, infatti, R. QUADRI, *Cittadinanza*, cit., 315.

<sup>49</sup> Anche la Corte costituzionale pare accedere ad una nozione tutt'altro che evolutiva di cittadinanza laddove sottolinea il "legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano" che connota in maniera del tutto tipica lo *status civitatis*. Ed è (anche) la mancanza nello straniero di tale condizione che, secondo la Corte "conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano" (v. sentt. nn. 244/1974 e 62/1994). Analogamente, la sent. 104/1969 rimarca che le situazioni di fatto e le connesse valutazioni giuridiche che incidono sull'apprezzamento del legislatore in ordine al trattamento del non cittadino sono "rilevabili in ogni ordinamento e si fondano tutte sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo" (così la sent. n. 104/1969).

<sup>50</sup> Anche per A. CASSESE, *Commento*, cit., 513-4, appare attuale il concetto di appartenenza. Per tale A., infatti, può reputarsi ragionevole differenziare il trattamento dello straniero in quanto dalla Costituzione si può trarre il principio secondo cui è il legame della persona con "una comunità statale che è diversa da quella italiana" che facoltizza tali discriminazioni rispetto al cittadino.

<sup>51</sup> Suffraga quanto detto la attuale legislazione in materia di cittadinanza, in cui appare privilegiato il carattere etnico e l'acquisizione *iure sanguinis* della stessa, imperniata sull'elemento della discendenza o della filiazione e risalta, per converso, l'atteggiamento svalutativo e riduttivista in confronto alla derivabilità *iure soli* ed, altresì e soprattutto, lo scarso rilievo che assume l'elemento del legame con il territorio e della residenza. Si vedano, a tal riguardo, i contributi di M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, 48 ss., e ID., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, spec. 4 ss., consultabile al sito [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>52</sup> Così F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, cit., 324, in riferimento al normativismo kelseniano.

<sup>53</sup> La impossibilità di prefigurare un vero e proprio diritto alla cittadinanza è rimarcata da M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero*, cit., 5.

<sup>54</sup> Per adoperare la colorita espressione di L. CONDORELLI, *I diritti umani nel diritto internazionale*, cit., 47.

universale del 1948, in ordine ai rapporti fra stati sovrani<sup>55</sup>; i quali, pur permanendo tali, dichiarano di consentire ad una serie di “limitazioni” (per usare il lessico dell’art. 11 Cost.) che, pur finalizzate al mantenimento della pace, si estendono a ricomprendere quelle condizioni che di tale assetto costituiscono premessa ineludibile e che vanno, pertanto, reputate, “elemento essenziale di pacificazione delle relazioni internazionali”<sup>56</sup>: tra queste i diritti umani evocati, in special modo, dagli artt. 1 e 55 della Carta delle Nazioni Unite. Non è, allora, dal concetto di sovranità né da quello di cittadinanza – e dal loro presunto decadimento – che si potranno desumere gli spazi di libertà riconoscibili allo straniero, bensì dalla strenua e costante comparazione (ed integrazione) – che potrà essere anche non agevole e presupporre la composizione di tensioni e discrasie fra l’uno e l’altro ordinamento - del duplice parametro rappresentato dai principi costituzionali che ineriscono al plesso dei “diritti inviolabili dell’uomo” e dagli altri principi ricollegabili alla nozione di “diritti umani” desumibili dalle fonti sovranazionali; ciò, peraltro, come detto, nei limiti ed alle condizioni che la stessa Costituzione consente di ritenere plausibili, ovvero alla stregua dei presupposti costituzionali manifestati, essenzialmente, dall’art. 2, nonché dalle disposizioni costituzionali concernenti le singole libertà civili e introduttive del rispettivo regime di garanzia<sup>57</sup>.

Le considerazioni ora espresse appaiono, poi, suffragate dal vigente assetto ordinamentale; dal momento che è proprio alla luce del disposto costituzionale che può dirsi recepita ed accolta - attraverso le numerosissime formule che contengono la puntuale evocazione dello *status* di cittadino e che presuppongono, pertanto, la distinzione tra questo e lo straniero - la nozione di cittadinanza ora vista. E, del resto, conferma ancor più puntuale della esattezza di quanto ora affermato discende dalla positiva enunciazione contenuta nell’art. 117, co. 2, lett. i), Cost., in cui si fa testuale riferimento alla “cittadinanza”; e se ne deferisce la disciplina alla potestà legislativa esclusiva statale. Di tal che tale previsione costituisce una chiara ed inequivoca riaffermazione di quanto si diceva a proposito della diretta conformabilità, per il tramite della legge - che ne determina le condizioni ed i termini - dello *status* di cittadino.

### **6. L’avvento della “cittadinanza dell’Unione”: sua succedaneità e complementarità rispetto alla cittadinanza nazionale.**

In ordine ai profili presi in esame nel par. precedente alcune ulteriori considerazioni vanno riservate al processo d’integrazione europea ed alla sua possibile incidenza sulla originaria configurazione della nozione di cittadinanza. La causa principale di tali presunti effetti (o, comunque, il punto d’arrivo del percorso evolutivo ora evocato) viene per solito identificata nell’avvento della cittadinanza dell’Unione, la quale postulerebbe una relazione di appartenenza, per dir così, ultronea o finanche concorrenziale rispetto all’altra, che configura, secondo quanto detto, il concetto originario di cittadinanza. Si parla, a tal proposito, di nuove dimensioni della cittadinanza e, ancor più specificamente, di “cittadinanza pluridimensionale”, proprio per sottolineare il carattere innovativo delle previsioni contenute nei Trattati di Maastricht<sup>58</sup> ed

<sup>55</sup> Si veda, a tal proposito, la posizione di A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità*, cit., 6-7. L’A., censurando l’atteggiamento della Corte espresso nelle sent. nn. 348 e 349 del 2007 in ordine alla sostanziale adesione della stessa ad un concetto arcaico della sovranità, fa propria “l’idea secondo cui la sovranità dello Stato, nella sua più densa e genuina espressione, assiologicamente connotata, può essere fino in fondo apprezzata e compiutamente realizzata proprio grazie all’apertura internazionale e sovranazionale dell’ordine interno”. Come si vede, non si tratta, per la dottrina ora cit., di negare a principio il concetto di sovranità, bensì di attualizzarlo proprio per il tramite di una consistente apertura agli apporti provenienti dalla fonte internazionale, e ciò, in specie, avendo riguardo alle garanzie fondamentali. Secondo l’A., infatti, l’apertura in discorso “non equivale ad una pur parziale rinuncia (ad una limitazione, appunto) alla pretesa di un’incondizionata *primauté* dell’intera tavola dei *nostri* principi fondamentali, una volta che si convenga che di questi ultimi è elemento costitutivo proprio l’apertura suddetta e che, pertanto, solo facendo luogo a quest’ultima le istanze che fanno capo ai principi stessi possono essere fino in fondo appagate” (c.vi dell’A.).

<sup>56</sup> V. ancora L. CONDORELLI, op. cit., 48

<sup>57</sup> Quanto espresso nel testo induce, ancora una volta, a ritenere che gli strumenti di garanzia inerenti alle situazioni di libertà e partecipazione da riconoscere al non cittadino debbano essere rinvenuti alla stregua di un assetto protettivo positivo e formalizzato, e non, invece, per il tramite delle cennate letture evolutive o dinamiche del concetto cittadinanza. Anche F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, cit., 332, che, più di altri, pone l’accento sulla caratterizzazione “inclusivista” dell’impianto costituzionale avendo riguardo alla situazione di libertà del non cittadino, in quanto “la cittadinanza democratica si sforza di non partire da una nozione escludente, ma da un punto di apertura, da uno sforzo di integrazione”, conviene sul punto che “si è cittadini o non in base alle vecchie (o nuove) regole sull’acquisto della cittadinanza, regole fissate dalle fonti del diritto di rango primario”. Ciò che, inoltre, mette conto di segnalare è che la ricostruzione di tale A. non solo non esclude la centralità di altri e più diretti parametri al fine di fissare quello che si è definito assetto minimo od essenziale delle garanzie del non cittadino, ma, all’opposto, esplicitamente richiama la norma-principio costituzionale che più d’ogni altra fornisce qualità e consistenza ai parametri ora evocati, ovvero l’art. 2 Cost.

<sup>58</sup> La cittadinanza dell’Unione è stata istituita dal Trattato di Maastricht del 1992 (v. l’art. 8, co. 1).

Amsterdam, ed in particolare la liceità, alla luce di queste, di variegare il concetto di cittadinanza in funzione della “sfera dei diritti di volta in volta esercitati”<sup>59</sup>. E’ subito da dire che la cittadinanza europea, pur rappresentativa di un incontestabile atteggiamento innovativo, ascrivibile anche all’ordinamento interno italiano attraverso la ratifica e la esecuzione dei trattati che l’hanno preveduta e disciplinata, non è sufficiente, di per sé sola, a ridimensionare sostanzialmente quei presupposti teorici che valgono – secondo quanto esposto al par. precedente - ad identificare gli elementi essenziali e costitutivi dello *status civitatis*. Ciò in quanto – anche a prescindere dalle obiezioni che s’innervano sulla discontinuità del processo di integrazione europea e sui plurimi ostacoli che questo sta incontrando, specie a far data dall’infelice esito del Trattato costituzionale e, più recentemente, della mancata ratifica irlandese del Trattato di Lisbona – occorre subito rimarcare il fatto che la cittadinanza dell’Unione individua e disciplina una condizione giuridica che si appaia, per dir così, all’altra – nazionale - ma né sostituisce né sopravanza né, tanto meno, espunge quest’ultima; e, ciò, in virtù di quella qualità e forza che in essa assume quella relazione formale di appartenenza che della cittadinanza costituisce l’elemento centrale.

Si parla, infatti, di cittadinanza europea come complementare rispetto all’altra, nazionale; e tale (residuale) caratterizzazione risulta in modo incontrovertibile proprio alla luce del diritto primario dell’Unione, in cui, appunto, si presuppone la sussistenza del requisito rappresentato dalla “cittadinanza di uno Stato membro” ai fini della acquisizione dell’altra, europea, ed in cui, ancor più esplicitamente, si stabilisce che la “cittadinanza dell’Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce”<sup>60</sup>. Dal che discende, con immediatezza, che anche il diritto dell’Unione, ai suoi livelli più elevati, non solo non disconosce la competenza di ciascun ordinamento statale a fornire, esso soltanto, i criteri atti a individuare la condizione di cittadino, ma anzi la ribadisce proprio laddove si serve dei criteri approntati dallo stato membro al fine di identificare, a sua volta, le categorie di soggetti cui è possibile riconoscere lo *status* di cittadino europeo. Né è da dire che gli esiti più recenti del processo d’integrazione forniscano una caratterizzazione della cittadinanza dell’Unione in termini di alternatività o, quanto meno, di più intensa concorrenzialità rispetto a quella nazionale; dal momento che, invece, anche nel più rilevante fra i documenti di quest’ultimo periodo – ci si riferisce al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 – viene pressoché integralmente recepita la formula contenuta nel Trattato CE : “È cittadino dell’Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell’Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce” (art. 8). Che, anzi, la formula ora richiamata farebbe presumere proprio un intento contrario a quello che alla stessa si vorrebbe ascrivere; in particolare laddove utilizza la locuzione “si aggiunge” in luogo della originaria “costituisce un complemento”; sicché il portato normativo della prima espressione potrebbe venire legittimamente inteso come di tipo riduttivo, quanto meno nel senso di vieppiù sottolineare la essenzialità e primazia del requisito della cittadinanza nazionale (e, dunque, degli apporti qualificatori provenienti dallo stato membro), di contro alla mera succedaneità della cittadinanza dell’Unione.

### **7. L’impiego dell’art. 3 Cost. come parametro di conformità: esame critico della giurisprudenza costituzionale.**

Quello della “tenuta” del concetto di cittadinanza - e della sua incidenza sulla questione della estensibilità al non cittadino del regime di garanzia che inerisce ai singoli diritti di libertà civile – è profilo centrale da indagare soprattutto in riferimento alla giurisprudenza costituzionale. Il giudice delle leggi utilizza, infatti, sovente, nelle q.l.c. che investono la “condizione di libertà dello straniero” l’art. 3, co. 1, Cost. Sebbene il principio di eguaglianza venga il più delle volte ad integrarsi con altri elementi parametrici (in particolare con le norme costituzionali relative ai singoli diritti di libertà cui si rivolge l’azione conformativa della legge ordinaria, nonché con l’art. 2)<sup>61</sup>, va, peraltro, segnalato che anche alla luce della più recente giurisprudenza, e non solo di quella più risalente, può trarsi il dato della “sufficienza” (della lesione) del principio di eguaglianza a determinare la declaratoria di illegittimità, il che - come si vedrà - induce alcuni

<sup>59</sup> Così M. RUOTOLO, *Le libertà di riunione e di associazione*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, II, Torino, 2006, 711, seppur dubitativamente.

<sup>60</sup> “La cittadinanza dell’Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest’ultima” (così l’art. 17, co. 1, Trattato CE).

<sup>61</sup> La Corte costituzionale utilizza frequentemente i “combinati disposti” dell’art. 3 e delle norme costituzionali disciplinatrici le singole libertà civili. In generale, sull’impiego dei combinati da parte della Corte, cfr. V.A. MOSCARINI, *Principio di eguaglianza e diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, II, Torino, 2006, 404-12.

elementi di contraddittorietà con l'impostazione che la stessa Corte assume di tener per ferma<sup>62</sup>. Secondo la Corte, in ogni caso, la presenza del riferimento ai cittadini nell'art. 3 non osterebbe alla estensione della relativa garanzia allo straniero<sup>63</sup>; la norma in questione sarebbe, pertanto, utilizzabile sia per legittimare il riconoscimento di quelle situazioni di vantaggio che la legge presumesse attribuibili al solo cittadino sia per impedire preclusioni inerenti alle stesse. Tal cosa però si verifica, nella maggior parte dei casi, allorché la disciplina legislativa discriminatoria interseca, incidendone il contenuto garantista, un diritto fondamentale o propriamente inviolabile, sì che l'apprezzamento operato dal legislatore si rappresenta, nella specie, nei termini della manifesta o palese o evidente irragionevolezza, e come tale viene censurato dalla Corte<sup>64</sup>.

Si vedano, a tal ultimo proposito ed conferma di quanto detto, quelle asserzioni, reiterate con implacabile regolarità, del tipo seguente: “se é vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, é anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare quei diritti fondamentali”<sup>65</sup>. L'assunto in questione appare, nella sua versione più aggiornata, così espresso: “il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero solo quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo [...]: così da rendere legittimo, per il legislatore ordinario, introdurre norme applicabili soltanto nei confronti di chi sia in possesso del requisito della cittadinanza – o all'inverso ne sia privo – purché tali da non compromettere l'esercizio di quei fondamentali diritti” (C. cost. n. 432/2005)<sup>66</sup>. A parte le varianti del primitivo postulato (e la improprietà del riferimento ai diritti inviolabili e fondamentali operato in modo confusivo ed indifferenziato), basterebbe effettuare, a ritroso, una rapida analisi della giurisprudenza costituzionale in materia per rendersi conto della impossibilità di rintracciare una pronuncia capostipite in cui la Corte si faccia carico di esplicitare in modo esaustivo l'assunto della superabilità del dato testuale presente nell'art. 3 Cost.; e, soprattutto, di ricostruire un quadro sufficientemente compiuto circa gli effetti che, al di là delle mere assunzioni di principio, si producono in ordine alla utilizzazione, collocazione e reale espansività del canone di ragionevolezza; e, ciò, in riferimento sia alle ipotesi in cui la discriminazione fra cittadino e straniero pertenga ad un diritto propriamente inviolabile (o originario), sia al caso in cui questa venga operata in riferimento ad un diritto fondamentale.

Sebbene il presupposto in discorso sia dato per acquisito pressoché pacificamente, anche in dottrina<sup>67</sup>, permane oscuro, e resta nella sostanza carente di motivazione, il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale; con particolare riguardo alla individuazione degli elementi di ordine logico-sistematico che

<sup>62</sup> Esemplare, fra le pronunce più recenti in cui l'art. 3, co. 1, Cost. provoca, in quanto assunto da sé solo a parametro, la declaratoria di incostituzionalità, è la sent. n. 432/2005.

<sup>63</sup> Così M. RUOTOLO, *Le libertà di riunione e di associazione*, cit., 710, in riferimento alle C. cost. 62/1994, 219/1995, 509/2000, in cui appare immediato il superamento del dato testuale in discorso.

<sup>64</sup> V. C. cost. nn. 306/2008, 148/2008, 361/2007, 206/2006.

<sup>65</sup> Così, per la primigenia assunzione di tale principio, la C. cost. n. 120/1967. Si vedano, altresì, le seguenti asserzioni: “La Corte ha accolto [...] il punto di vista che il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale” (C. cost. n.104/1969); “la Corte, pur precisando che il principio in questione, quantunque riferito, nell'art. 3 della Costituzione, ai cittadini, debba ritenersi esteso allo straniero allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili, ha tuttavia chiarito che il principio stesso trova delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero” (C. cost. 244/1974); “quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo [...] il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero” (C. cost. n. 62/1994).

<sup>66</sup> Nello stesso senso: “la diversa posizione dello straniero [...] é 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 tema di immigrazione. E 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” (C. cost. n. 62/1994 e, pressoché identicamente, C. cost. nn. 148/2008, 206/2006, 144/1970, 104/1969). Analogamente, per quanto riguarda i diritti sociali ed in particolare il diritto alla salute, la Corte è solita affermare che il “nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve [...] essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso” (C. cost. n. 252/2001 e, analogamente, nn. 509/2000, 309/1999, 267/1998).

<sup>67</sup> Va, peraltro, segnalata la posizione di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, cit., 315-22 e spec. 316-7, la cui linea interpretativa si distacca da quella della dottrina prevalente proprio laddove tale A. rimarca fortemente (e correttamente) la centralità del riferimento ai cittadini operato dall'art. 3 Cost. In particolare appare pienamente condivisibile l'affermazione secondo cui “va sottolineato che la proclamazione dell'eguaglianza (art. 3 Cost.) riguarda formalmente i soli cittadini; e quindi è la Costituzione medesima ad ammettere che la cittadinanza possa giocare un ruolo diversificante nella disciplina delle situazioni giuridiche soggettive” (sottolin. dell'A.).



consentirebbero di operare una lettura aperta o estensiva dell'art. 3 e, conseguentemente, la liceità di una sostanziale sottovalutazione del dato testuale – il termine “cittadini”, oltre tutto, ricorre sia nel primo che nel secondo comma della disposizione - al fine di determinare, volta a volta, il grado di godimento del singolo diritto ed il relativo margine d'esercizio da parte dello straniero. Mette conto, in ogni caso, di rilevare la – almeno apparente - contraddittorietà di un assetto esegetico che, dovendo prescindere dal concetto di cittadinanza o comunque sfumarne la originaria valenza ed attitudine ai fini della estensione allo straniero dei regimi di garanzia sopra detti, utilizza, più di qualunque altro parametro, proprio la norma costituzionale che pare esprimere, in maniera paradigmatica, quanto meno sul piano testuale, l'intento del Costituente di destinare il relativo ambito di garanzia al solo cittadino<sup>68</sup>; il che, si crede, imporrebbe di procedere alla stregua di un corredo interpretativo di più elevata consistenza dommatica rispetto a quanto solitamente si faccia da parte del giudice delle leggi.

Il fatto è che il tentativo di rinvenire una pronuncia “chiarificatrice” quale quella ora evocata è destinato a fallire per il semplice motivo che la lettura evolutiva, nei sensi ora cennati, del disposto contenuto nell'art. 3 (come di quelli contenuti nelle altre norme costituzionali che recano il formale riferimento al cittadino) non pare possibile ipotizzare sul piano della mera interpretazione letterale, apparendo insuperabile il riferimento, ivi espresso, ai soli cittadini. Si vuol dire che la Corte, allorché, fin dalle più risalenti pronunce in materia, manifesta l'intento di superare gl'impacci testuali indotti dall'art. 3 Cost., ciò fa aderendo ad un indirizzo interpretativo che non trova – o trova solo in via approssimata - la propria base legittimante nel dato formale fornito dalla Costituzione; e che postula, inevitabilmente, un approccio valoriale latamente sistematizzante, in cui la adesione ad una serie di presupposti storico-evolutivi assume carattere preponderante ed, anzi, decisivo. Permangono, in tal senso, plausibili le perplessità poc'anzi manifestate<sup>69</sup>. Né va sottaciuto, a tal proposito, il carattere il più delle volte tralatizio delle asserzioni impiegate dal giudice delle leggi, le quali, per la frequenza con cui vengono espresse, potrebbero assimilarsi a quel tipico espediente retorico rappresentato dai cd. *obiter dicta*.

#### **8. Il (presunto) superamento del dato testuale ex art. 3, Cost. per opera del diritto internazionale (e del diritto primario dell'Unione): il principio di non discriminazione.**

Come si è avvertito, *supra*, § 2, è lecito ritenere che il riferimento dell'art. 3 Cost. ai soli cittadini non assuma carattere preclusivo e che la fonte internazionale, sia consuetudinaria che pattizia di natura convenzionale, sia abilitata dalla Costituzione ad introdurre norme-principio atte a determinare la estensione dell'apparato protettivo inerente alla “condizione di libertà dello straniero” ed, eventualmente, a provocare la tendenziale omologazione di questa in confronto a quella del cittadino<sup>70</sup>. Non pare dubbio, infatti, che sia la stessa Costituzione a consentire, proprio attraverso la previsione dei meccanismi individuati dall'art. 10 (e, altresì, attraverso il rafforzamento della posizione della fonte internazionale operato dall'art. 117, co. 1), il cennato processo di parificazione della condizione giuridica dello straniero a quella del cittadino; di tal che l'effetto preclusivo che potrebbe presumersi indotto dalla formulazione dell'art. 3 può ritenersi, se non di tipo condizionato o relativo, quanto meno non impeditivo della attitudine della disciplina internazionale ad operare nei modi ora cennati. Deve rimanere, comunque, per fermo che il vigore precettivo della disciplina internazionale permane ad un livello sotto ordinato rispetto a quello della norma costituzionale e

<sup>68</sup> Si veda, invece, la diversa impostazione, proprio avendo riguardo alla formulazione testuale del disposto costituzionale, dell'art. 3, *Grundgesetz* in cui non appare alcun riferimento al cittadino: “Art. 3. – (I) Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge.// (II) Gli uomini e le donne sono equiparati nei loro diritti. // (III) Nessuno può essere danneggiato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche”

<sup>69</sup> Non pare possibile accogliere quelle drastiche assunzioni di principio secondo cui quello della applicabilità o meno dell'art. 3, co. 1, Cost. allo straniero sarebbe uno “pesudo problema” (o un problema “privo di senso”). Così A.S. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali (art. 1 -12)*, Bologna-Roma, 1975, 127-8. Pur ammettendosi, infatti, che il principio di eguaglianza non “possa essere inquadrato tra le categorie giuridiche relative al soggetto” (p. 124) e non prefiguri, dunque, una situazione o posizione giuridica soggettiva, resta il fatto che la stessa dottrina ora richiamata non può non convenire circa l'incidenza della mancata ricomprensione dello straniero entro la formula costituzionale e, conseguentemente, riconoscere che le questioni riguardanti eventuali discriminazioni in confronto a questo vanno risolte (sia pure indirettamente) alla stregua dell'art. 3, ovvero partendo dalla previsione, nell'art. 3, cit., della distinzione in parola.

<sup>70</sup> V. la C. cost. n. 306/2008, in cui la disciplina viene censurata perché essa “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” (punto 10, cons. dir.).

che attraverso tale disciplina non si potrà mai operare la espunzione del disposto contenuto nell'art. 3, commi 1 e 2, Cost. Pertanto la estensione del regime protettivo potrà soltanto manifestarsi non in modo diretto ed immediato – attraverso la detta espunzione della norma costituzionale – ma soltanto in modo indiretto e progressivo, ovvero attraverso la costante introduzione, da parte della fonte internazionale, di norme-principio volte alla parificazione della condizione giuridica dello straniero a quella del cittadino. Ciò impone di ritenere, in particolare, che il cd. principio di non discriminazione, enunciato dalla fonte convenzionale e di cui fra breve si darà conto, non incide direttamente, né potrebbe mai farlo, sull'art. 3, ma, invece, si rappresenta come la base normativa atta a legittimare il processo di omologazione poc'anzi richiamato.

In nessun modo, infatti, si potrebbe attribuire il presunto superamento del dato testuale presente nell'art. 3 ad una di quelle “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, di cui all'art. 10, co. 1, Cost. In effetti, anche a prescindere dalle obiezioni che s'incentrano sulla inattitudine della fonte internazionale consuetudinaria ad operare in senso modificativo in confronto alla disposizione costituzionale (stante il rango elevatissimo di quest'ultima), la Corte costituzionale, le volte in cui ha avuto modo di chiarire quando possa dirsi sussistente (e validamente immessa nell'ordinamento) una norma internazionale del tipo in esame, ha sottolineato la necessità di fornire – segnatamente da parte del giudice rimettente - elementi giustificativi attraverso i quali desumere quanto meno gli indizi rivelatori della avvenuta formazione della consuetudine<sup>71</sup>. La giurisprudenza costituzionale, cioè, presuppone la necessità di una “dimostrazione” circa la vigenza della norma; e, ciò, per il tramite di una serie di indici, il più importante (e probante) dei quali è rappresentato dall'univoco trattamento di una determinata fattispecie da parte degli stati membri della comunità internazionale<sup>72</sup> (il che farebbe presumere, per l'appunto, l'ossequio alla norma consuetudinaria); ragion per cui la sussistenza di una disomogeneità di disciplina (o, ancor più, la tendenziale identità di disciplina ma in senso opposto a quello che si vorrebbe indotto dalla presunta norma consuetudinaria), nella specie verificabile in seno alle legislazioni nazionali, porterebbe ad escludere l'avvenuta formazione della consuetudine ed il vigore della norma di diritto internazionale generale in discorso, implicando la improprietà ed erroneità della evocazione del meccanismo di adattamento automatico *ex art. 10, co. 1*.

Ora, è proprio sulla base dei motivi ora cennati che si dimostra opinabile l'assunto di derivare da una fonte consuetudinaria esterna all'ordinamento la trasformazione dell'impianto prescrittivo dell'art. 3 Cost. Ed, infatti, non pare dubbio che le misure poste in essere dai singoli stati - sia in passato sia nel periodo più recente - inerenti alla disciplina della condizione giuridica dello straniero - e, per ciò che qui particolarmente interessa, dello *status libertatis* di questo in confronto a quello del cittadino - non solo non possano reputarsi uniformi, nel senso di una progressiva omologazione del trattamento dell'uno e dell'altro, ma denotino, all'opposto, una sostanziale rigidità (e finanche un progressivo inasprimento) proprio a riguardo del presupposto rappresentato dalla discriminabilità delle due condizioni (e conseguente differenziabilità delle rispettive situazioni di vantaggio, segnatamente in riferimento al godimento dei diritti di libertà civile). E, ciò, a malgrado della (ed, anzi, in palese contraddizione con la) impostazione che sembrerebbe permeare il diritto internazionale pattizio di carattere convenzionale<sup>73</sup> - si veda soprattutto la CEDU ed i Protocolli a questa annessi e via via succedutisi per integrarne ed aggiornarne il disposto - ratificati dagli stati medesimi e cui gli stati stessi assumono di adeguarsi. Ulteriore e forse ancor più

---

<sup>71</sup> Cfr., sulle modalità di verifica in discorso, G. GAJA, *Sull'accertamento delle norme internazionali generali da parte della Corte cost.*, in *Riv. dir. internaz.*, 1968, 322.

<sup>72</sup> Si veda, a tal proposito, la C. cost. n. 536/1989, in cui si segnala che la formazione della detta norma consuetudinaria è da ritenersi esclusa laddove si riscontri “una grande eterogeneità di soluzioni” in ordine alla disciplina di un medesimo oggetto, la quale si ricolleggi, a sua volta, alla varietà di tipi e modelli di trattamento presenti nei vari paesi ed alla connessa esigenza di “assicurare il rispetto delle concezioni nazionali”; al che corrisponde la difficoltà di pervenire “ad ottenere ampie adesioni a convenzioni internazionali”.

<sup>73</sup> Oltre che quella rinvenibile nella Dichiarazione universale del 1948, la quale, pur non essendo comparabile alle fonti convenzionali ora dette sul piano della efficacia, dovrebbe, forse ancor più di queste, valere come elemento di prova della avvenuta formazione della predetta consuetudine internazionale. E', infatti, frequente il diretto riferimento a tale documento, operato all'interno dei trattati bilaterali o multilaterali, proprio allo scopo di individuare un parametro cui le parti contraenti debbono adeguarsi in ordine al rispetto di talune condizioni essenziali di garanzia. Si veda, in proposito, quanto recentemente preveduto dal “Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008” (ratificato e reso esecutivo con l. n. 7/2009), il cui art. 6 reca: “*Rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali - Le Parti, di comune accordo, agiscono conformemente alle rispettive legislazioni, agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*”.

probante conferma di quanto ora detto proviene dalla stessa Unione Europea, la cui azione s'incentra, per ciò che qui interessa, non certo sul presupposto della progressiva omologazione delle condizioni giuridiche sopra dette, ma, invece, sull'altro - diverso ed, anzi, opposto - che si basa su talune opzioni di fondo, le più rilevanti delle quali risultano essere: la netta e pregiudiziale differenziazione fra cittadino U.E. e "cittadino di paese terzo"<sup>74</sup>; la tendenziale strumentalità degli interventi e delle scelte politiche in materia di flussi migratori alle esigenze riconosciute ai mercati nazionali del lavoro<sup>75</sup>; la acquisizione, in seno alle politiche comunitarie, del principio della regolamentazione, finalizzata al controllo ed al contingentamento degli ingressi e dei flussi attraverso il meccanismo delle quote; la esternalizzazione ed il progressivo diretto coinvolgimento, sebbene secondo un percorso per null'affatto lineare e tuttora assai problematico nella sua esatta configurazione, nella attività di contrasto alla immigrazione cd. irregolare. Si vedano da ultimo, a conferma di quanto espresso, le priorità stabilite dal "Patto europeo sull'immigrazione e sull'asilo", nel testo approvato a Bruxelles dal Consiglio d'Europa il 16 ottobre 2008, e risultanti dalla stessa intitolazione dei singoli punti programmatici del "Patto" stesso.

Escluso che l'avvenuto superamento del dato testuale presente nell'art. 3 Cost. si possa far derivare dall'art. 10, co. 1, Cost., a conclusioni non dissimili si perviene laddove si presuma di utilizzare l'art. 11. L'obiezione più consistente che si oppone alla desumibilità dall'art. 11 di un tale effetto è quella che discende dalla estraneità al sistema delle fonti comunitarie (che da tale norma derivano la diretta applicabilità all'interno dell'ordinamento italiano) - ed al diritto primario dell'Unione, in particolare - della "materia"<sup>76</sup> che riguarda la garanzia in discorso, non essendo avvenuta né essendo ipotizzabile - almeno nel momento attuale - la "comunitarizzazione" di quelle fonti, prodotte all'infuori dell'ordinamento italiano, che presuppongono il superamento di qualunque graduazione del principio di eguaglianza, segnatamente in dipendenza dello *status civitatis*; ciò che presuppone, dunque, la subalternità alla Costituzione - e, a maggior ragione, ai principi supremi da questa espressi - delle fonti in parola, che eventualmente ampliassero il portato precettivo dell'art. 3. Ovviamente è soprattutto alla CEDU - ed ai suoi percepibili intenti omologanti - che l'attenzione va rivolta, con particolare riguardo all'art. 14 della Convenzione; norma che, in ordine al "divieto di discriminazione", espressamente include quello fondantesi sulla "origine nazionale". Ma è proprio a tal riguardo che si appalesano le difficoltà poc'anzi preannunziate, dal momento che la CEDU non possiede certamente una attitudine innovativa così estesa da poter travolgere (sia pure nei limitati aspetti della modifica-integrazione) il disposto dell'art. 3 Cost.; e non la possiede proprio in quanto non può dirsi abilitata dall'art. 11 Cost., quanto al rango delle norme da essa prodotte e quanto alla sua applicabilità all'interno dell'ordinamento italiano, nei medesimi termini delle fonti primarie del diritto dell'Unione<sup>77</sup>; e, ciò, anche prescindendo dalla obiezione - già accennata in riferimento all'art. 10, co.1, Cost. - che s'incentra sulla inattitudine dell'art. 11, cit., ad attribuire alla CEDU una forza ed efficacia formale di così elevato tenore da consentire l'incisione di un principio supremo dell'ordinamento costituzionale<sup>78</sup>. Ciò che non esclude l'applicabilità delle norme della

<sup>74</sup> In ordine a tali differenziazioni si vedano, per ciò che concerne la normazione comunitaria, innanzi tutto la centrale Direttiva 2004/38/CE "relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri", nonché le "Linee guida ad una migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE" (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 2 luglio 2009); per ciò che concerne la normazione interna v., da ultimo, il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE e integralmente sostitutivo del T.U. delle disposizioni legislative in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea (d.lgs. 18 gennaio 2002, n. 52). Dall'esame di tale complesso normativo discende, in maniera evidente, il diverso (ed assai più favorevole) trattamento del cittadino europeo rispetto a quello di paese terzo, segnatamente avendo riguardo alle restrizioni meno intense inerenti alla libertà di circolazione e soggiorno.

<sup>75</sup> Su tali profili cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 276.

<sup>76</sup> Così, infatti, la C. cost. n. 349/2007.

<sup>77</sup> E' quanto, assai chiaramente, ribadisce la stessa Corte cost. nella cit. sent. n. 349/2007, allorché, richiamando quanto precedentemente espresso dalla C. cost. n. 188/1980, afferma: "In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art. 11 Cost. 'neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale'".

<sup>78</sup> Né potrebbe avere specifico effetto, a riguardo della situazione qui esaminata, la natura e qualità di "principio generale del diritto comunitario" che l'art. 6, co. 2, TUE attribuisce alla CEDU, dal momento che tale "indiretta" rilevanza dovrebbe comunque permanere entro il campo d'applicazione del diritto primario dell'Unione. Così pure dovrebbe affermarsi in riferimento all'altro centrale principio espresso dall'art. 6, co. 2, TUE, relativo alle "tradizioni costituzionali comuni". Qui, oltre tutto, anche a prescindere dalla obiezione ora manifestata, le maggiori perplessità sono indotte dal fatto che dovrebbe ritenersi opinabile non solo la rintracciabilità e sussistenza di una tal tradizione ma, altresì, la possibilità di una sua possibile "formazione" (e di un suo eventuale consolidamento nel tempo presente). Rischia, anzi, di rappresentarsi come una contraddizione in termini la pretesa d'innalzare al rango di tradizione costituzionale comune quel *corpus* di apporti (costituzionali, legislativi, giurisprudenziali) provenienti dai singoli stati dell'Unione il quale, invece di stabilizzarsi nel senso

CEDU, ivi compresa quella relativa al principio di non discriminazione, come s'avvertiva in avvio di par., seppure situandosi, queste, in una posizione sotto ordinata rispetto all'art. 3 ed al principio da essa espresso, e non potendo, dunque, provocarne la espunzione<sup>79</sup>.

Sempre permanendo in seno all'ambito occupato dalle fonti esterne all'ordinamento, è da dire che anche la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.<sup>80</sup> prescinde da qualsiasi riferimento al cittadino in ordine al principio di eguaglianza. Si badi, tuttavia, alla significativa (e rivelatrice) previsione espressa dal primo e secondo comma dell'art. 21 della Carta, dedicato, anch'esso, al principio di non discriminazione. E' interessante notare, infatti, come il disposto in questione ricalchi, nel primo comma, pressoché pedissequamente la lettera dell'art. 14, CEDU, cit., ma ometta di inserire, fra le ipotesi in cui deve intendersi sancito il divieto di discriminazione, proprio quella – presente, invece, nella CEDU – che ha ad oggetto "l'origine nazionale". E' pur vero che l'art. 21 della Carta, al secondo comma, introduce una specifica previsione riguardante il divieto di "qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza" (che nella versione "adattata" dal Trattato di Lisbona diviene: "qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità"), ma ciò fa non puramente e semplicemente, bensì proprio per ribadire la (limitata) portata di tale divieto, ovvero per fissarne e circoscriverne gli effetti in riferimento al solo ambito di applicazione del Trattato CE e del Trattato UE. Pertanto, anche a prescindere dall'attuale grado di vigenza della Carta, si deve quanto meno segnalare che questa aderisce solo nei termini relativi e parziali ora visti al più volte evocato intento omologante derivabile dalla CEDU<sup>81</sup>.

A parte tali ultime considerazioni, v'è inoltre da dire che, anche se la Carta di Nizza introducesse, nei medesimi termini della CEDU, il divieto di discriminazione, ed includesse il riferimento al divieto basato sulla nazionalità (intesa non come nazionalità "europea", ma in senso generalizzante ed onnicomprensivo), alla attitudine innovativa di tale documento in confronto all'art. 3 Cost. si opporrebbe l'ulteriore (e forse ancor più incisivo) ostacolo rappresentato dalla previsione dell'art. 51 della Carta stessa. Ed, infatti, anche laddove quest'ultima potesse dirsi vigente al pari di una fonte primaria del diritto dell'Unione<sup>82</sup>, s'interporrebbe, ad impedire l'effetto in questione, quanto disposto dal primo comma della norma ora richiamata, introduttivo, in riferimento all'ambito di applicazione della Carta, del principio alla cui stregua le disposizioni di questa si applicano agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"<sup>83</sup>; ciò che vale a sottolineare la portata preclusiva dell'art. 51, co. 1, cit.<sup>84</sup>. Non diversamente

---

preteso dalle proclamazioni rinvenibili nei trattati istitutivi, pare, come accennato, sempre più frammentarsi di fronte alle evenienze epocali indotte dalla fenomenologia migrazionista; se non, addirittura, a costituire il presupposto per la formazione di una tradizione costituzionale comune di segno perfettamente opposto a quella che si pretenderebbe far valere (ed innervantesi sulla – purtroppo sempre più avvertibile – recessività, in seno agli stati membri, delle scelte politico-legislative volte al perseguimento e alla attuazione dei valori della inclusione ed integrazione).

<sup>79</sup> Per tal modo è esatto ritenere che la Corte costituzionale nella sua più recente giurisprudenza "vorrebbe gerarchicamente subordinati i diritti delle Carte rispetto ai diritti costituzionali". Così A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007)*, 6, consultabile al sito [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>80</sup> Ferma la non ricomprensibilità, al momento attuale, di tale documento entro il sistema delle fonti comunitarie; il che non esclude la sua natura di documento di "riconosciuto rilievo interpretativo" (così sempre la sent. n. 349/2007).

<sup>81</sup> E si badi, altresì, alla clausola generale di salvaguardia espressa dall'art. 6, co. 1, TUE (come sostituito dal Trattato di Lisbona), secondo cui "Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati".

<sup>82</sup> Il che avverrà quando entrerà in vigore il Trattato di Lisbona e in particolare, allorché la Carta di Nizza varrà come atto produttivo di effetti giuridici veri e propri e non come atto "formalmente ancora privo di valore giuridico" (C. cost. n. 349/2007, punto 6.1 cons. dir.).

<sup>83</sup> A conferma della *ratio* espressa dall'art. 51, cit., si veda quanto recentemente preveduto dal Protocollo, annesso al Trattato di Lisbona, "relativo all'articolo 6, paragrafo 2 del trattato sull'Unione Europea sull'adesione dell'unione alla CEDU", il quale, all'art. 2, fa a sua volta salve dalle conseguenze che potrebbero derivare da una adesione "incondizionata" alla CEDU le "posizioni" ed "attribuzioni" dell'Unione, nonché la "posizione particolare" degli Stati membri dell'Unione. Su tali problemi, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, consultabile al sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 3 ss.

<sup>84</sup> In assenza di tale disposto sarebbe lecito presumere la recezione del principio di non discriminazione nei termini espressi dalla CEDU, segnatamente in forza di quell'altro principio, contenuto nell'art. 53 della Carta, relativo al livello di protezione; norma, quest'ultima, che, facendo esplicito richiamo alla CEDU, prevede che nessuna disposizione della Carta possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti "in particolare" dalla Convenzione. E' pur vero che lo stesso art. 53 fa, altresì, salvo il correlato principio della non incidibilità delle garanzie riconosciute dalle "costituzioni degli Stati membri"; e, pur tuttavia, nel caso di specie, tale ostacolo sarebbe probabilmente superabile dal momento che il principio di non discriminazione, per come espresso dalla CEDU, dovrebbe essere inteso come ampliativo, e non riduttivo, del sistema di garanzie originariamente previsto dalla Costituzione italiana e, dunque, né "limitativo" né "lesivo", ai fini dell'interpretazione, dei principi espressi da un atto fondativo di un ordinamento democratico quale, appunto, la Costituzione italiana; per cui, in tal senso, il meccanismo esplicitato dall'art. 53 della Carta si rappresenterebbe come finalizzato al superamento di una preclusione esplicitata in un contesto storico-politico non più attuale. Rimane

da quanto ora detto si deve altresì argomentare avendo riguardo alle, pur estese, previsioni del Trattato UE, in particolare nella versione consolidata successiva al Trattato di Lisbona. Quivi si rinviene, infatti, l'accento ai valori "comuni agli Stati membri in una società caratterizzata ... dalla non discriminazione" (art. 2) ed all'impegno, da parte dell'Unione, di combattere "l'esclusione sociale e le discriminazioni" (art. 3, co. 3). E si veda, soprattutto, quanto preveduto dall'art. 12 Trattato CE (confluito, in una formulazione del tutto analoga, nell'art. 18 della versione consolidata del TFUE post-Lisbona), secondo cui "è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità". Anche per tali disposizioni, ed in particolare per quella attualmente vigente contenuta nel cit. art. 12 TCE, valgono gli stessi argomenti poc'anzi espressi in riferimento all'ambito applicativo delle fonti in discorso. Il che è, oltre tutto, ribadito dalla lettera dello stesso art. 12 TCE nella parte in cui fa esplicito riferimento al "campo di applicazione del presente trattato" e alla necessità di non indurre pregiudizio alle "disposizioni particolari dallo stesso previste"<sup>85</sup>.

### ***9. La natura inviolabile delle libertà civili del non cittadino e la "sufficienza" dei contenuti irriducibili di tutela derivabili dalla Costituzione (e dalla fonte internazionale).***

Occorre avvertire, per sgombrare il campo da eventuali equivoci, che è alla stregua del portato precettivo espresso dall'art. 2 Cost. e dalle singole disposizioni costituzionali inerenti ai diritti di libertà civile volta a volta coinvolti dall'azione conformativa della legge che, si crede, vadano individuati i margini "necessari" di garanzia destinati a costituire l'apparato protettivo della condizione di libertà dello straniero; e, ciò, proprio in quanto riconoscibili e rintracciabili, in via d'interpretazione, innanzi tutto all'interno della formula che possiede, più di ogni altra, una valenza espansiva elevatissima - per il fatto che l'art. 2 si rivolge all'uomo in quanto tale (inteso nella sua dimensione individuale ed in quella sociale) ed in tal senso si distingue dall'art. 3 -, e poi all'interno dei disposti costituzionali sopra richiamati, ciascuno, a sua volta, espressivo di un puntuale e specifico assetto ineludibile di garanzie. E' nei termini ora cennati che si ritiene di poter affermare la sufficienza del sistema o regime di garanzia ascrivibile allo *status libertatis* del non cittadino; intesa come possibilità (e necessità) di ritenere apprestabili, a favore di questo, quelle tutele che derivano, in via immediata e diretta, dai disposti costituzionali ora detti; e di reputare, per converso, quanto meno recessiva ed ultronea, rispetto a tale impianto, una lettura evolutiva del disposto dell'art. 3 Cost. volta a ridimensionare gl'impedimenti di carattere testuale da tale norma indotti.

Va inoltre rimarcato che, a riguardo di quelle libertà civili per le quali la stessa Costituzione non pone ostacoli d'ordine testuale (quali soprattutto quelle di cui agli artt. 13, 14, 15, 19, 21), si deve presumere la tendenziale integrale estensibilità delle rispettive garanzie al non cittadino; con la sola differenza, che sarà meglio delineata fra breve, che anche in tal caso dovrà comunque reputarsi più espansa l'attitudine innovativa della legge ordinaria, quanto meno nel senso di non essere astretta - questa - al perseguimento di quei soli e tassativi scopi che possono essere perseguiti dalla legge operante in confronto allo *status libertatis* del (solo) cittadino. Non v'è dubbio, infatti, che per le libertà il cui godimento ed esercizio la Costituzione riconosca a tutti in modo indeterminato, sia ravvisabile l'intento, positivamente esplicitato, di superare l'intralcio d'ordine testuale rappresentato dalla intitolazione della Parte I, che parrebbe invece

---

comunque il fatto che i diritti e le garanzie esplicitati dalla CEDU (anche per il tramite della Carta dei diritti, se e quando questa entrerà in vigore), pur se "rispettati" dall'Unione in quanto facenti parte dei principi generali del diritto comunitario (ex art. 6, co. 2, Trattato UE), esplicano la propria attitudine conformativa entro il solo ambito in cui trovano applicazione le fonti comunitarie e non posseggono, dunque, la capacità di integrare né il disposto dell'art. 3 Cost. né quello degli altri articoli della Costituzione che fanno riferimento ai cittadini. Si rammenta che l'art. 6, co. 3, Trattato UE, nella riformulazione operata dal Trattato di Lisbona, non solo conserva il riferimento ai presidi di garanzia espressi nella CEDU ma lo rafforza laddove sancisce che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU "fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

<sup>85</sup> Va qui rammentato, per una conferma sul piano interno di quanto ora accennato, che lo stesso T.U. Immigrazione, all'art. 43, introduce la nozione di "Discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi" e che, in attuazione della direttiva 2000/43/CE, è stato approvato il d.lgs. n. 215/2003, a sua volta introduttivo di specifica disciplina volta a tutelare la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. E', tuttavia, da segnalare che l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione, cui si rivolgono le due normative in discorso è quello che inerisce al settore del lavoro, della formazione, dell'insegnamento, della protezione sociale, dei vantaggi sociali e dell'accesso ai beni e ai servizi; e non attiene alle ipotesi qui trattate riguardanti le eventuali disparità di trattamento basate sulla nazionalità, le quali, infatti, risultano esplicitamente escluse dalla direttiva suddetta (art. 3, co. 2) e dall'art. 3, co. 2, cit. d.lgs. n. 215/2003. Tale ultima norma fa, infatti, salve le eventuali "differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti".

conglobare le libertà in parola entro un insieme omogeneo al fine di destinarne l'esercizio al solo cittadino. Sicché si deve presumere, a tal stregua, che le disposizioni della Parte I della Costituzione che non contengono alcun accenno al cittadino, esprimano, a loro volta, l'intento di estraniare dal portato prescrittivo derivabile dalla intitolazione suddetta i rispettivi specifici assetti protettivi e, dunque, di enucleare, all'interno dell'ambito rappresentato dalla Parte I, un regime di garanzia diversificabile in ragione della tendenziale pertinenza a "tutti" (quindi anche allo straniero) delle facoltà che si riconnettono all'esercizio dei diritti in parola<sup>86</sup>.

Si possono, allora, individuare i due elementi parametrici cui deve riferirsi (e sottostare) la legge disciplinatrice dello *status libertatis* dello straniero e dei suoi modi d'esercizio, e precisamente: a) da un lato, ed innanzi tutto, quello, interno alla Costituzione, rappresentato dal nucleo essenziale o contenuto irriducibile<sup>87</sup> dei diritti inviolabili per come desumibile, innanzi tutto dall'art. 2 e, poi, dai disposti costituzionali che ineriscono ai singoli diritti di libertà civile (con le specificità e differenze sopra dette a riguardo del maggior grado di protezione offerto dalla Costituzione in confronto a talune libertà); b) dall'altro quello, esterno alla Costituzione, rappresentato dai principi espressi dalla fonte internazionale ed individuativo degli interessi perseguibili dal legislatore nazionale e dei limiti entro cui l'azione conformativa di questo possa svolgersi<sup>88</sup>.

Si può derivare, alla stregua del quadro ora tracciato e secondo quanto s'avvertiva in avvio di par., una solo larvata (ed apparente) analogia con quella prospettata, fornita dalla migliore dottrina<sup>89</sup> (cui si aderisce) che, avendo riguardo ai margini di apprezzamento discrezionale che debbono reputarsi consentiti al legislatore in riferimento ai diritti inviolabili, presuppone la tassatività della individuazione, da parte della Costituzione ed all'interno di questa, delle linee e degli ambiti d'intervento entro cui il legislatore stesso possa muoversi. Infatti, laddove i diritti inviolabili in questione siano esercitati dallo straniero, il presupposto di garanzia in parola diviene, almeno in parte, superabile, poiché alla cennata esaustiva ed esclusiva prefigurazione delle finalità perseguibili dal legislatore - ed alla necessaria e "stretta" enucleabilità di queste all'interno della Costituzione - viene a sostituirsi la frammentabilità delle matrici conformative, le quali sono, nella specie, desumibili anche dalle "norme" e dai "trattati internazionali", in forza del fondamento operato dall'art. 10, co. 2, Cost. Sicché, a tal ultimo proposito, si deve assumere che la legge ordinaria è legittimata - ed, anzi, obbligata - al perseguimento degli interessi individuati dalla fonte internazionale, segnatamente di natura convenzionale. Tale ultima fonte possiede, infatti, all'interno dell'ordinamento italiano un peculiare valore, essendo abilitata ad introdurre, seppure non al medesimo livello della Costituzione, norme-principio necessariamente incidenti sulla configurazione del regime di garanzia che inerisce all'esercizio delle singole libertà civili da parte dello straniero (o, meglio, da parte di tutti gli stranieri)<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Può, altresì, lecitamente presumersi che la linea interpretativa qui seguita trovi una indiretta conferma nell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., norma che estende lo *standard* di tutela ivi preveduto, relativo alle "prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", a tutti coloro che si trovano all'interno del territorio nazionale (alla stregua di tale sola condizione) e che pare operare, in tal senso, una omologazione del trattamento fra cittadino e straniero.

<sup>87</sup> Tali locuzioni possono assumere, specie in riferimento ai diritti sociali, alcune modulazioni di ordine lessicale, anche se il concetto permane lo stesso. Così, ad esempio, accade in riferimento a quelli che, presso la Corte EDU di Strasburgo, vengono definiti "trattamenti minimi" o anche "garanzie minimali" (v., ad es., caso *MAAOUIA C. FRANCIA* - sent. 5 ottobre 2000). Analogamente, viene sovente evocata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la cd. "tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili" (si vedano, a tal proposito, le recenti, Cass. Sez. un. civ., 11 nov. 2008, n. 26972 e n. 26973); e ciò al fine di estendere la tutela "ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti in Costituzione". Su tali pronunce, cfr. A. PACE, *Dalla "presbiopia" comunitaria alla "miopia" costituzionale?*, p. 3-4 del dattiloscritto.

<sup>88</sup> E' a tali due plessi che si rivolge l'art. 2, co.1, T.U. Immigrazione, laddove questo dispone: "Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti".

<sup>89</sup> Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 37 ss.; Id., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 940 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 91-5. In tal senso, ad esempio, l'art. 13 disciplinerebbe soltanto il regime giuridico delle restrizioni della libertà personale; mentre, per trovare un suo contenuto, dovrebbe correlarsi ad altre disposizioni costituzionali: sicché solo per esigenze punitive (art. 25) e finalità educative (art. 30) o sanitarie (art. 32) sarebbero legittime le restrizioni ex art. 13, con esclusione di tutte le altre finalità e conseguente illegittimità di quelle misure che non fossero queste riconducibili.

<sup>90</sup> Dovendosi, altresì, presumere che le fonti convenzionali in parola possano esprimere ed imporre i propri contenuti precettivi di garanzia anche in confronto a quelle eventuali leggi - adattative, a loro volta, di un accordo internazionale di carattere bilaterale (e traslative all'interno dell'ordinamento della relativa disciplina) o anche operanti all'infuori di qualsivoglia rapporto con la fonte internazionale (cioè

E' avendo riguardo al rapporto di conformità fra fonte interna ed internazionale che potrà essere produttiva di specifiche conseguenze la diversificazione sopra delineata in riferimento alle libertà civili ricomprese entro formule costituzionali prive del testuale riferimento al cittadino. Seppure, infatti, anche per tali diritti si debba ritenere sussistente il presupposto della ascrivibilità del rispettivo assetto di garanzia al meccanismo - individuato (ed imposto) dalla stessa Costituzione - e, dunque, la costante riferibilità alla fonte internazionale, ciò nondimeno la maggiore ampiezza del livello di protezione induce alcuni rilevanti effetti. Si tratterà, allora, come già accennato, di una graduazione diversificata del livello di "interferenza" della fonte internazionale, ovvero della diversa (ed eventualmente meno intensa) attitudine di questa ad operare, segnatamente in veste di normazione di principio, in confronto alla fonte interna; nel senso, cioè, di consentire una maggiore resistività dell'apparato di garanzia espresso da tali libertà in confronto a quelle "norme" ed a quei "trattati internazionali" che fossero abilitativi in modo eccessivamente espanso dell'azione conformativa della legge nazionale e che, per ciò, inducessero la diretta violazione dei singoli regimi di garanzia individuati dalle disposizioni costituzionali. Ciò, fermo restando che anche per le libertà ora considerate deve intendersi vigente il principio secondo cui le scelte effettuabili dal legislatore in riferimento alla conformazione dello *status libertatis* dello straniero possono, in virtù della presenza dell'art. 10, co. 2 e della legittimazione da questo fornita, diversificarsi da quelle effettuabili in confronto al cittadino, nel senso che anche per le libertà civili in discorso l'azione del legislatore non può dirsi circoscritta in una o più direzioni<sup>91</sup>, per come individuate dalla Costituzione.

E', dunque, dalla costante comparazione fra gli assetti interni dei diritti in esame (per come derivabili dal contenuto irriducibile dei medesimi alla stregua dei rispettivi regimi di garanzia espressi in Costituzione) e gli altri rinvenibili in seno al diritto internazionale, ed in particolare da quello espresso dalle fonti convenzionali, che si può (e si deve) trarre la *ratio* della disciplina della condizione di libertà dello straniero, e non altrove; anche se, come si vedrà fra breve, la "copertura" offerta dalla disciplina di carattere internazionale manifesta, a sua volta, punti di debolezza ed imperfezione. Da quanto ora esposto discende il più forte motivo di perplessità circa la plausibilità di quella giurisprudenza costituzionale, anche recente, che, in ordine all'apprezzamento discrezionale consentito al legislatore nella materia in esame, pare ammetterlo con eccessiva latitudine, in particolare laddove esplicitamente configura i margini d'intervento restrittivo ascrivendone la *ratio* legittimante a quegli "svariati interessi pubblici" la cui "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"<sup>92</sup>. In effetti, la stessa Corte costituzionale, se talvolta rimarca la "sostanziale coincidenza" o la "significativa assonanza" fra principi di garanzia stabiliti dalle norme internazionali e principi costituzionali (C. cost. nn. 388/1999, 120/1967, 7/1967; ma v. pure C. cost. nn. 342/1999, 288/1997, 315/1990, 445/2002, 376/2000), in altre occasioni sottolinea la maggiore ampiezza, in funzione del loro più elevato rango, delle garanzie fornite dai presidi costituzionali interni rispetto a quelle della CEDU (C. cost. nn. 1/1961, 388/1999, 399/1998). Si può, dunque, affermare che è proprio nel confronto fra la dinamicità (e, talvolta, la vera e propria vaghezza) dell'assetto di tutela che pervade la disciplina di principio espressa dalla fonte internazionale e la rigidità delle forme di garanzia inducibili dal contenuto essenziale dei singoli diritti che trova finale composizione il sistema di garanzia ascrivibile allo *status libertatis* del non cittadino. La qual cosa, è il caso di sottolinearlo, non avviene sempre agevolmente, sia a causa della cennata diversità di impostazione delle due matrici conformative, sia in ragione della inevitabile (ed obbligata) compresenza e confluenza, ai fini della individuazione del regime suddetto, di un numero maggiore di voci (e di soggetti) abilitati a fornirne le chiavi interpretative<sup>93</sup>: quelle della giurisdizione

---

operanti alla stregua di una "qualunque" legge ordinaria) - introduttive di un assetto di garanzia contrastante o confliggente con le suddette norme-principio contenute nella fonte convenzionale.

<sup>91</sup> Così A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 92, in riferimento ai cd. diritti inviolabili generali o "in senso stretto".

<sup>92</sup> Cfr. C. cost. n. 148/2008.

<sup>93</sup> Il problema ora evocato tocca una serie di profili che in questa sede non possono essere presi in considerazione, primo fra tutti quello che attiene alla tenuta del cd. *multilevel constitutionalism* ed alle conseguenze, sul piano della frammentazione dei sistemi ordinamentali, che all'avvento di questo si riconnettono; segnatamente avendo riguardo alla attuale fase di transizione del processo di integrazione europea. Altrettanto dovrebbe dirsi in riferimento all'altro profilo che si riconnette alla "circolazione della tutela giurisdizionale dei diritti" (su cui G. GUZZETTA, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le Corti nella prospettiva di un Bill of Right europeo, Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, a cura di A. D'Atena e P. Grossi, Milano, 2004, p. 167 s.). Sulla cennata confusività, e sulle difficoltà di "districarsi nella selva del *multilevel constitutionalism*", v. le notazioni di G.

internazionale e della Corte costituzionale<sup>94</sup> (nonché, seppur entro ambiti circoscritti, della giurisdizione comune).

Il vincolo indotto dalla fonte internazionale convenzionale è, allora, da reputarsi un vero e proprio vincolo positivo (ed altresì esclusivo, nei limiti ora visti), nel senso che la legge ordinaria dovrà, ai fini della introduzione della disciplina limitativa, comunque adeguarsi alle norme-principio da essa espresse, e non potrà desumere da altra fonte i principi in parola. Ciò che implica la necessità, da parte del giudice delle leggi, di verificare se questa si disponga in termini quanto meno non oppositivi in confronto alle norme espresse a livello internazionale. E' da dire a tal proposito che, stante la più rigida ed obbligata relazione di conformità fra fonte interna e fonte internazionale, nel caso qui in esame della condizione di libertà dello straniero (alla stregua del combinato disposto degli art. 10, co. 2 e 117, co. 1, Cost.), assume una connotazione affatto peculiare il ruolo e l'apporto di quello che si potrebbe qualificare diritto internazionale vivente, per come espresso dalla giurisprudenza delle corti sovranazionali, i cui apporti interpretativi posseggono una specifica valenza all'interno dell'ordinamento (per ciò che concerne la "materia" qui in esame quelli forniti, in particolare, dalla Corte di Strasburgo in riferimento alla CEDU). Sicché, nel caso di specie, quell'affermazione, presente nella più recente giurisprudenza costituzionale, secondo cui al giudice delle leggi spetterebbe, essenzialmente, "verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana"<sup>95</sup> potrebbe, per ciò che concerne l'assetto o sistema protettivo connesso all'esercizio dei diritti di libertà civile da parte dello straniero, esser traslata nell'altra che presuppone la verifica della corrispondenza della cennata interpretazione al (solo) contenuto essenziale del diritto.

#### **10. La (condizionata) sopravvivenza della clausola di reciprocità.**

Quanto esposto al par. precedente consente di affrontare la *vexata quaestio* che attiene alla sopravvivenza nel vigente ordinamento costituzionale della clausola di reciprocità ex art. 16 preleggi e di fissarne la esatta portata ed operatività. La questione è assai delicata, non solo in riferimento alle libertà civili ma, altresì, ai diritti sociali e di prestazione e, in generale, alla omologazione di cittadini e stranieri circa il godimento dei diritti fondamentali; pur se l'art. 16, cit., si riferisce, almeno letteralmente, ai soli "diritti civili". Deve subito dirsi che non si ritiene di poter accedere a quella linea interpretativa che presume avvenuta la tacita abrogazione della norma in parola, in particolare per opera dell'art. 10 Cost.<sup>96</sup>. E ciò per due motivi essenzialmente, i quali prendono forza dalla liceità di una lettura conforme a Costituzione dello stesso art. 16. Il primo è quello che discende dalla più volte richiamata copertura che la Costituzione fornisce allo straniero, in termini integrali ed assoluti, cioè al di fuori di qualsiasi correlabilità ad altra matrice conformativa, avendo riguardo all'insieme di garanzie che si riconducono al nucleo essenziale<sup>97</sup>. Il che significa che lo straniero può esercitare un diritto inviolabile, nei limiti sopra delineati, a prescindere dal presupposto condizionante che nella specie si ricollega all'omologo trattamento<sup>98</sup>; e, dunque, anche se il cittadino italiano non goda di

---

SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 14, il quale segnala le difficoltà che si riconnettono alla "ricerca di regole formali precostituite" all'interno del nuovo assetto ordinamentale; ricerca che, secondo l'A., è "destinata all'insuccesso". Il che assume, in riferimento al tema qui in esame, della individuazione degli strumenti di garanzia per il non cittadino, un significato affatto peculiare.

<sup>94</sup> Per un approccio meno preoccupato in ordine alla confluenza di apporti interpretativi richiamata nel testo, in riferimento ai rapporti con la CGCE, cfr. V. ONIDA, "Armonia tra diversi" e problemi aperti – *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 549-50.

<sup>95</sup> C. cost. n. 349/2007

<sup>96</sup> Cfr. A. CASSESE, *Commento*, cit., 512-4, nonché, già prima, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1957, 57.

<sup>97</sup> Sul punto si veda la Cass. sez. un. civ. 4 marzo 1988, n. 2265, in cui si afferma la non applicabilità della clausola di reciprocità laddove si tratti di veri e propri diritti di rango costituzionale. Nel caso in questione il diritto preso in considerazione dalla sentenza era quello alla giusta retribuzione.

<sup>98</sup> Nel senso ora detto, e con molta fermezza, cfr. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 221-2; F. CERRONE, *Identità civica*, cit., 462-4. Che la spettanza dei diritti costituzionali ai cittadini stranieri debba "essere il frutto dell'operatività della clausola di reciprocità" è, invece, sostenuto da A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, dattiloscritto, 5 nt. 14. E si vedano, dello stesso A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 315-6; nonché, ampiamente, *Commento all'Art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero* (con M. MANETTI), in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 296 ss. Il che non escluderebbe che lo Stato possa "sempre estendere agli stranieri, anche soltanto con una legge ordinaria, i diritti esplicitamente riconosciuti ai cittadini" e che tale estensione "mentre può essere disposta implicitamente per ciò che riguarda i diritti civili [...], deve



alcuna protezione, inerente al godimento di tali diritti, nel paese di provenienza dello straniero (quindi anche nella ipotesi in cui non sia in vigore alcun accordo che formalizzi l'omologo trattamento). Ciò esclude, *a priori*, la necessità di qualsivoglia verifica volta parametrare a (più o meno ondivaghi e sostanzialistici) criteri ed indici di "democraticità" la sussistenza dell'omologo trattamento nel paese di provenienza dello straniero al fine di verificare se, quivi, un determinato diritto sia o meno esercitabile dal cittadino (ed in modo "congruo" o "sufficiente").

E' solo avendo riguardo alla soglia o *standard*<sup>99</sup> di garanzie in parola che si deve ritenere assoggettabile ad una interpretazione adeguatrice l'art. 16, cit.; nel senso di ritenerlo non incompatibile in via generale ed assoluta con i principi costituzionali ma, invece, non più operante quanto meno in riferimento a tale più ristretto ambito. E, ciò, non tanto per opera dell'art. 10 Cost., ma, conformemente alla impostazione del presente lavoro, alla stregua del portato precettivo dell'art. 2 Cost. e delle norme concernenti le singole libertà inviolabili<sup>100</sup>. Fermo quanto ora detto, ed è questo il secondo motivo cui si accennava, permane un contenuto di garanzia "disponibile", ovvero assoggettabile alla clausola di reciprocità, che è costituito da quelle facoltà che ineriscono al singolo diritto e che non sono ascrivibili al nucleo essenziale. E', poi, ovvio, che tale frammento di garanzia – e la correlata sua protezione in confronto agli effetti indotti dalla clausola di reciprocità – non è fisso né identico per tutti diritti costituzionali, ma varia a seconda della libertà considerata, sicché il margine di disponibilità sarà tanto più ridotto quanto più le facoltà in discorso attengano a quei diritti – fra cui tutte le libertà civili qui in esame – in confronto ai quali la Costituzione predispose un assetto protettivo particolarmente elevato ed irrigidisce, conseguentemente, il livello di garanzia<sup>101</sup>. Nulla toglie, dunque, che lo stato italiano tuteli indirettamente il proprio cittadino in riferimento ad una serie di situazioni giuridiche (per solito riferibili all'ambito economico, ai rapporti di lavoro, all'iniziativa privata, alle attività commerciali e imprenditoriali, etc.) condizionandone, attraverso la clausola in discorso, il godimento da parte dello straniero al presupposto dell'eguale trattamento da parte dello stato estero verso il proprio cittadino. E' ciò che pare, oltre tutto, presupporre lo stesso art. 10, co. 2, Cost., allorché individua nella "condizione giuridica dello straniero" l'ambito destinato alla disciplina da parte della fonte internazionale ed, in tal senso, abilita lo stato italiano a concludere un accordo bilaterale in cui l'esercizio di una serie di facoltà inerenti ai diritti in questione da parte dello straniero (e del cittadino), purché "disponibili" nei sensi poc'anzi cennati, venga fatto dipendere dall'eguale trattamento nei rispettivi stati.

### ***11. La carenza (o parzialità o incompletezza) di normazione internazionale inerente allo status libertatis dello straniero: effetti sulla estensione del bilanciamento esperibile del legislatore.***

E' assai dubbio che, in assenza della disciplina internazionale a riguardo di una determinata libertà civile – o, come il più delle volte accade, laddove sia insufficiente o parziale la disciplina ora detta in riferimento ad un aspetto specifico del regime protettivo a questa riconducibile –, il legislatore nazionale possa indirizzare la propria azione in modo tendenzialmente libero. A parte la valenza precettiva del diritto inviolabile – il quale esprime un insieme di garanzie necessarie che non può ritenersi assoggettato ad una sorta di intrinseca

---

invece essere esplicita per quanto riguarda i diritti che 'costano' (i diritti sociali e politici)" (così A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, loc. cit.).

<sup>99</sup> Il che vale anche (e soprattutto) in riferimento ai diritti sociali; la qual cosa pare trovare, ora, indiretta conferma nella stessa lettera dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., norma che, a sua volta, non opera alcuna conterminazione di natura soggettiva circa il margine di riconoscibilità ed estensibilità dei diritti civili e sociali ivi considerati attraverso il mero riferimento al "territorio nazionale" (a chiunque, cioè, si situi all'interno del detto territorio ed a prescindere dalla sua nazionalità). Anche L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 360, evoca il "principio dello *standard minimo* di protezione" da assicurare in ogni caso agli stranieri e agli apolidi.

<sup>100</sup> Quanto ora detto trova conferma nell'art. 2, co. 1 e 2, T.U. Immigrazione, il quale fa salvo il riconoscimento per lo straniero "comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato" dei "diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti".

<sup>101</sup> La ricostruzione qui accolta pare, fra l'altro, ovviare alle (giuste) perplessità di quella dottrina – F. CERRONE, *Identità civica*, cit., 463, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 219, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 168 – che, in riferimento alla C. cost. n. 11/1968, rileva la incongruità della protezione "mobile" che la pronuncia assicura al non cittadino; e ciò, *more solito*, adoperando in modo incongruo il canone di ragionevolezza ed estendendolo troppo dutilmente alle ipotesi in cui si faccia questione di diritti inviolabili, quale, nella specie, la libertà di pensiero. La pronuncia, infatti, finisce paradossalmente per legittimare, proprio perché reputato ragionevole, il diverso (e più favorevole) trattamento del giornalista proveniente da uno Stato in cui non è garantito l'esercizio delle libertà democratiche rispetto a quello del giornalista di uno stato democratico. Stante la consistenza del diritto in questione, ricollegabile all'assetto protettivo derivabile dall'art. 21 Cost., si mostra in modo immediato la fragilità del discrimine operato dalla Corte costituzionale Sulla sent. n. 11/1968, v. A. PACE, *Commento all'Art. 21*, cit., 296.

mobilità e dinamismo in dipendenza della presenza o meno della disciplina di rango internazionale<sup>102</sup> - una prima obiezione che si può muovere a tale assunto è quella che discende dal disposto del primo comma dell'art. 10 Cost., il quale comunque presuppone l'adeguamento dell'ordinamento giuridico a quelle regole, espresse da norme afferenti al diritto internazionale generale o consuetudinario, che, seppure non specificamente riferibili all'ambito della "condizione giuridica dello straniero", comunque incidano sullo *status libertatis* del non cittadino. E' in seno al diritto internazionale consuetudinario che si rinvencono, infatti, taluni presidi di carattere generale. Si tratterebbe, nella specie, di far valere quegli assetti protettivi che si sogliono far discendere dallo *ius cogens* internazionale, cui afferiscono le matrici essenziali di garanzia che ineriscono ai diritti qui in esame, per come sedimentatisi e per come rinvenibili, in quanto ivi formalizzati, in particolare nella Dichiarazione dei diritti umani del 1948 ed in quegli altri documenti di analogo tipo<sup>103</sup> i quali, se ed in quanto espressivi delle norme-principio del diritto internazionale generale, posseggono analogo valore cogente<sup>104</sup>.

Ma la obiezione più decisiva è quella che, secondo quanto accennato, s'incentra sulla mera ipoteticità della situazione di vuoto normativo ora detto<sup>105</sup>, avendo riguardo al diritto internazionale di carattere pattizio; e, cioè, sulla presenza e vigenza di quegli accordi di natura convenzionale, quale in particolare la CEDU, che coprono in modo esteso e pressoché completo, anche se, a loro volta, attraverso norme di carattere assai generale, la "materia" in esame. Il che pare implicare, in ogni caso, la rinvenibilità di un impianto normativo, ed in particolare di un assetto garantista che, seppur essenziale nei suoi contenuti, si rappresenta come un necessario parametro di riferimento da impiegare nelle situazioni qui in esame. Si vede bene come si debba allora parlare, più che di vero e proprio vuoto normativo, di imperfezione o - come meglio si vedrà fra breve - di eccessiva elasticità della disciplina (nella specie di principio) immessa dalla fonte internazionale.

Ciò nondimeno, potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui alla latitudine ed imperfezione della disciplina internazionale corrisponda altresì l'assenza di un intervento restrittivo specifico operato dal legislatore nazionale, rivolto a conformare l'esercizio di un diritto di libertà civile da parte dello straniero. A tal proposito è da dirsi che, a legittimare la vigenza di un assetto restrittivo tendenzialmente analogo a quello del cittadino - e, dunque, a consentire, nella specie, la estensibilità del regime di garanzia del cittadino a quello dello straniero e la omologazione del relativo trattamento -, si pone il principio, comunemente accolto, della naturale espansività<sup>106</sup> del diritto inviolabile, che tipicamente caratterizza tali situazioni di libertà; ovvero la attitudine del diritto stesso di determinare l'esercizio delle proprie facoltà e di esprimere il proprio contenuto di garanzia laddove non vi si oppongano divieti specifici. Nella specie, risultando sgombro di disciplina (o solo parzialmente coperto) l'ambito che la Costituzione assegna alla normazione internazionale (*ex art. 10, co., 2*), risulterebbe altresì ammissibile la omologazione suddetta, proprio in quanto la Costituzione, se legittima interventi restrittivi differenziati tra cittadino e straniero in ordine alla rispettiva condizione giuridica, legittima, altresì, la naturale ascrivibilità ad un medesimo regime di garanzia, nel silenzio della normazione internazionale, delle due condizioni di libertà. Ciò impone di ritenere che il vincolo sopra detto - della necessaria conformità della legge al diritto internazionale pattizio *ex art. 10, co. 2, Cost.* - pur se da intendersi come positivo, debba, altresì, laddove sia carente la disciplina internazionale, intendersi come suscettibile d'essere costantemente supplito o surrogato da quegli altri vincoli, ordinari e tipici, che valgono a delimitare l'azione conformativa del legislatore ordinario avendo riguardo alle restrizioni delle libertà civili introducibili in confronto al cittadino. Significa, cioè, che la

<sup>102</sup> La correttezza di tale assunto trova conferma nella C. cost. n. 222/2004.

<sup>103</sup> Per la individuazione delle norme-principio ora dette si può far riferimento alle "norme imperative del diritto internazionale generale", richiamate nell'art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati adottata a Vienna il 23 maggio 1969 (ratificata con l. n. 112/1974), le quali posseggono il vigore ora detto in quanto accettate e riconosciute dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come norme alle quali non è consentita alcuna deroga.

<sup>104</sup> Si veda, sulla assunzione a parametro delle norme consuetudinarie ascrivibili allo *ius cogens*, B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di Sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale Comunitario di Primo Grado*, in *Il dir. UE*, 2006, 338. Si trattava, nella specie, della utilizzazione di tali norme da parte del Tribunale comunitario di primo grado nella sent. 21 settembre 2005, in causa T-306/01 (caso *AHMED ALI YUSSUF E AL BARAKAAT INTERNATIONAL FOUNDATION C. CONSIGLIO DELL'U.E. E COMMISSIONE C.E.*).

<sup>105</sup> Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 320-1.

<sup>106</sup> Quello della naturale espansività, o, meglio, della "massima espansione" delle libertà costituzionale è punto essenziale del pensiero di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41, su cui v. E. CHELLI, *Il contributo di Paolo Barile allo studio delle libertà in Italia*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di P. Barile)*, Padova, 1990, XV.

situazione di libertà dello straniero (non debba, ma) possa<sup>107</sup> rappresentarsi come tendenzialmente analoga a quella del cittadino.

## ***12. L'assetto protettivo delle libertà civili nel diritto internazionale convenzionale: analogie e differenze con il regime di garanzia apprestato dalla Costituzione.***

Occorre ora riservare alcune brevi considerazioni alla *ratio* che pervade, nel diritto il internazionale convenzionale, il regime protettivo riconnesso all'esercizio delle libertà civili. Tal cosa appare opportuna in quanto, stante la valenza di elemento parametrico assunta dalle fonti in parola (o, meglio, dai principi a queste riferibili per come immessi nell'ordinamento interno), sia il legislatore, in sede esplicitativa ed attuativa di tali principi, sia il giudice delle leggi, in sede di controllo di costituzionalità, dovranno ispirare il proprio rispettivo apprezzamento alla *ratio* suddetta; segnatamente la Corte costituzionale, la quale potrà in tal modo configurare, in via "interposta", uno dei parametri necessari per il giudizio di legittimità. Si dice subito che la *ratio* in parola sembra potersi desumere alla luce di un impianto dommatico che si biforca in due indirizzi o presupposti fondamentali, entrambi rintracciabili sul piano positivo: l'uno introduttivo di un regime protettivo in termini ampi ed onnicomprensivi, e per questo meno pregnante nella sua attitudine precettiva, l'altro introduttivo, in termini più puntuali, e perciò maggiormente incisivi, di una serie di norme-principio; queste ultime, a loro volta, da un lato individuative di alcune essenziali forme di garanzia, dall'altro abilitanti l'intervento conformativo del legislatore nazionale nei modi estesi che si vedranno.

Il primo dei due plessi normativi in discorso è quello che si riconnette alla vocazione o tensione universalistica, più volte evocata, della fonte convenzionale. Ci si riferisce a quelle formulazioni di carattere generale in cui la fonte internazionale manifesta chiaramente l'intento di prescindere da ogni distinzione fra cittadino e straniero ed in cui tende ad omologare il trattamento dell'uno e dell'altro a riguardo del grado d'esercizio delle singole libertà civili attraverso l'impiego di un lessico che prefigura tale indiscriminato riconoscimento<sup>108</sup>. Un primo elemento può trarsi, allora, dalla evocazione, da parte della fonte convenzionale, dei diritti dell'uomo (invece che dei diritti del cittadino); per cui questa manifesterebbe non solo un intento del tutto analogo al portato valoriale dell'art. 2 Cost., ma, altresì, sembrerebbe estenderne la operatività oltre gli stessi margini inducibili del vigente assetto costituzionale, allorché questo pare escludere il non cittadino da determinate garanzie (prima fra tutte quella espressa dall'art 3 inerente al principio di eguaglianza). Intenti e propositi del tutto analoghi a quello ora visto esprime, altresì, il riferimento effettuato dalle fonti in discorso al già richiamato principio di non discriminazione.

Se quella ora detta appare, indubitabilmente, una base omologante la situazione di libertà del cittadino e dello straniero - e, quindi, ampliativa delle garanzie di quest'ultimo -, ben difficilmente tale presupposto, per il suo carattere meramente proclamatorio, potrebbe, da sé solo, implicare il superamento delle strettoie provenienti dai riferimenti al cittadino presenti in Costituzione; e, ciò, sul piano che qui maggiormente interessa, del diretto ed immediato impiego, a fini di tutela, dei principi desumibili dalla fonte internazionale. E' per tali motivi che si ritiene debba riconoscersi un valore ed un significato assai più intenso, avendo riguardo agli effetti che ne derivano, a quell'altra serie di norme-principio; le quali, peraltro, manifestano quella duplicità ed ambivalenza poc' anzi richiamata che ne caratterizza in modo tipico l'assetto prescrittivo. Tale aspetto è ricollegabile alla costante evocazione - da parte delle fonti internazionali in parola ed in riferimento alle singole libertà civili - di un regime essenziale di garanzia e, insieme a questo (ed, anzi, quasi a contraltare di questo), di un lato apparato conformativo, cui si riconnette, pressoché stabilmente, la liceità di un intervento espanso del legislatore nazionale volto al perseguimento di scopi che s'innervano su finalità di natura pubblica. Si vede bene come le indicazioni di scopo ora richiamate, costantemente impiegate, facciano salve eventuali specificità della disciplina e quindi abilitino, in modo esteso, l'intervento normativo dei legislatori nazionali in deroga ai principi di garanzia volta a volta enunciati nella stessa fonte internazionale. E' lecito, allora, paventare che l'azione conformativa del legislatore, pur obbligata dall'art. 10, co. 2, Cost. a prestare ossequio ai principi espressi dalle fonti esterne in discorso, possa atteggiarsi in termini non del tutto conferenti ai presidi costituzionali; e, ciò, proprio alla

<sup>107</sup> E' ciò che risulta dalla copiosa legislazione che estende allo straniero determinati trattamenti, dalla legge destinati originariamente al cittadino.

<sup>108</sup> Basterebbe, a tal proposito, citare gli artt. 1 e 2 della Dichiarazione universale del 1948.

luce della ampiezza con cui la fonte esterna definisce l'attitudine innovativa della legge nazionale ed, in particolare, in considerazione della elasticità dei canoni cui la legge stessa dovrebbe adeguarsi<sup>109</sup>.

Il meccanismo di garanzia cui s'ispira la fonte internazionale diverge, dunque, quanto meno in alcune sue parti, dall'impianto protettivo anche inteso in senso minimale ed essenziale, espresso dalla Costituzione. In particolare laddove pare conglobare, in maniera informe, indifferenziata e non gerarchizzata, una serie di scopi perseguibili dalla legge<sup>110</sup>. Sicché è alla stregua della reciproca interazione di tali due assetti – quello dinamico desumibile dalla fonte internazionale e quello assai più tassativo ed esaustivo ascrivibile alla Costituzione - che viene a definirsi il regime di garanzia che inerisce alla tutela della condizione di libertà del non cittadino. Un esempio che pare comprovare quanto ora detto è quello che inerisce ai presidi di garanzia della libertà personale per come espressi dalla CEDU ed, in particolare, dalle norme che possono applicarsi all'ambito della cd. polizia degli stranieri. Si vedrà, infatti, che la Convenzione abilita la azione discrezionale del legislatore alla stregua di taluni criteri che, in forza della loro cennata elasticità (v. l'art. 5, CEDU e l'art. 1, Protocollo n. 7, in specie)i, se male intesi ed interpretati, potrebbero finanche incidere su quell'assetto minimale di garanzia che la Costituzione impone, invece, di reputare ineludibile.

### ***13. Ambito e limiti dello scrutinio della Corte costituzionale nelle q.l.c. aventi ad oggetto la legge conformativa delle libertà civili dello straniero: il tertium comparationis.***

Alla specificità del termine di raffronto - ed alla correlata diversa configurabilità del rapporto di conformità fra questo e la legge limitativa della situazione di libertà - consegue, come effetto diretto, che, mentre lo scrutinio cd. stretto assume necessariamente a parametro solo quei pochi e "numerati" interessi costituzionali, di pari grado, volta a volta contrapposibili all'esercizio pieno ed integrale del diritto inviolabile (per cui la legge che introducesse fattispecie limitative estranee al perseguimento di tali tassative esigenze sarebbe, per ciò solo, lesiva del parametro costituzionale), avendo riguardo allo *status libertatis* dello straniero la commisurazione coinvolge uno spettro più esteso di interessi, comprensivo di quelli identificati dalla fonte internazionale.

E' a tal stregua che quello effettuabile dalla Corte può definirsi uno scrutinio vertente sulla razionalità dell'intervento restrittivo posto in essere dalla legge<sup>111</sup>, in quanto volto a verificare, prioritariamente sebbene non esclusivamente, se la disciplina interna si ponga o meno in termini proscrittivi in confronto alla disciplina immessa dalla fonte internazionale (per il tramite della legislazione di questa traslativa ed attuativa). Sicché, sarà sufficiente verificare, in sede di giudizio di costituzionalità, la ascrivibilità e pertinenza dell'apparato restrittivo posto in essere dalla legge ordinaria alla *ratio* inducibile dalla normazione internazionale; senza indagare, cioè, se la legge si situi entro quelle sole direzioni e finalità che la Costituzione imporrebbe di perseguire se l'intervento conformativo si rivolgesse al cittadino in riferimento alla medesima libertà civile (cd. bilanciamento stretto). Ciò che permane insuscettibile d'incisione da parte della legge in questione è, dunque, l'assetto di garanzia interno a ciascuna situazione di libertà, ovvero quel complesso organico di contenuti - espresso dall'art. 2 e dalle norme costituzionali

---

<sup>109</sup> Si potrebbe, a tal proposito obiettare, che, anche per quanto concerne l'intervento conformativo della legge in confronto alle libertà civili del cittadino, finalità ed interessi pubblici quali quelli sopra evocati (con particolare riguardo all'ordine pubblico ed alla sicurezza) sono oggetto dell'apprezzamento del legislatore ai fini del bilanciamento da questo esperibile; e pur tuttavia la situazione pare diversa in confronto alle abilitazioni in discorso, per come legittimate dalla fonte internazionale, essenzialmente in ragione del maggior grado di discrezionalità con cui esse paiono ammesse. La ragione di ciò risiede, innanzi tutto, nella identificazione di presupposti valoriali (abilitativi delle restrizioni prefigurabili dalla legge) o del tutto estranei rispetto a quelli cui, in ordine alle medesime libertà civili, fa riferimento la Costituzione o, comunque aventi, per come identificati dal tenore testuale delle formule in discorso, una valenza conformativa più estesa; in quanto consentono un bilanciamento assai più dinamico. Si vedano, in via esemplificativa, le plurime indicazioni di scopo inserite nell'art. 9, co. 2, CEDU (relativo alla libertà di pensiero), che facoltizzano il legislatore ad introdurre "restrizioni che ... costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui".

<sup>110</sup> Incorre nell'equivoco ora detto, *mutatis mutandis*, la recente C. cost. n. 148/2008, la quale ascrive alla capacità innovativa della legge il perseguimento di quegli "svariati interessi pubblici" la cui "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".

<sup>111</sup> Per la liceità della distinzione cfr. F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di A. Cerri, Atti del Convegno di Studi Internazionale, Roma, 2-3-4 ottobre 2006, I, 16 ss.; A. CERRI, *Relazione conclusiva*, *ivi*, III, 275 ss.

inerenti ai singoli diritti - introduttivo del regime di garanzia protettivo che pertiene a ciascun diritto e che è irriducibile a qualsiasi forma o tentativo di elusione o riduzione.

Con specifico riguardo ai modi d'esplicazione ed all'impiego del canone di ragionevolezza nelle ipotesi qui trattate ed, in particolare, alla situabilità del *tertium comparationis*, il sindacato di costituzionalità potrà escludere, ai fini della commisurazione, l'assetto delle restrizioni per come delineato, in riferimento ad una determinata libertà civile, dalla legislazione interna di carattere generale riferibile al cittadino; e ciò, in particolare, laddove le limitazioni alla libertà presa in considerazione siano meno intense ed il trattamento riservato al cittadino risulti, dunque, più favorevole. Non si potrà, cioè, assumere a *tertium comparationis*, né potrà essere utilizzato al fine di rilevare la eventuale irragionevolezza della legge, alcun altro insieme normativo (apparentemente) limitrofo a quello in esame, cioè la normazione vigente in quegli ambiti entro cui si dispone la *lex communis* operante in senso conformativo nei confronti delle libertà civili del cittadino. Si potrà, allora, parlare di mancata consequenzialità o incongruenza o arbitrarietà dell'apprezzamento discrezionale del legislatore soltanto laddove questo si disponga in modo incoerente avendo riguardo a quello specifico ambito normativo entro il quale si situa la disciplina che può dirsi vigente in confronto al non cittadino. Il che significa, in buona sostanza, prestare ossequio, da parte della legge, alle norme-principio derivanti dalla fonte internazionale convenzionale e al parametro costituzionale nei termini sopra richiamati.

E' alla luce di tali premesse che dovrebbe apparire opinabile (oltre che illogico) l'impiego, non infrequente nella giurisprudenza costituzionale, del canone di ragionevolezza inteso nel suo significato tipico; e che, in particolare, dovrebbero nella specie reputarsi non idonee a provocare la declaratoria di incostituzionalità quelle q.l.c. in cui, al fine di sancire la irragionevolezza della disciplina, si assuma impropriamente a *tertium comparationis* un insieme normativo intrinsecamente disomogeneo, quale quello destinato a disciplinare ambiti pertinenti alla situazione di libertà del (solo) cittadino. Tali sono le questioni in cui si presume la irragionevolezza della legge in quanto questa non omologa, avendo riguardo al trattamento dello straniero, situazioni di fatto che appaiono analoghe o, viceversa, non tratta in maniera diversa situazioni che appaiono disomogenee.

E' per i motivi ora espressi che la stessa Corte costituzionale pare voler ovviare alla illogicità della impostazione di cui s'è ora dato conto mostrando talvolta di privilegiare una diversa configurazione del giudizio che impiega il canone di ragionevolezza. Ed, in effetti, è agevole riscontrare che la Corte, quasi a voler mitigare la incongruenza ora detta, si riferisca, invece che alla irragionevolezza nella sua usuale (o "normale") rappresentazione, a quell'altra che assume le sembianze, per utilizzare il lessico dello stesso giudice delle leggi, della manifesta o evidente o palese irragionevolezza (ovvero della assoluta arbitrarietà); e che presupponga la più o meno diretta ed obbligata correlabilità della lesione del principio di eguaglianza a quella di un diritto fondamentale e, dunque, la necessaria coessenzialità delle lesioni, sì che solo in tal modo si reputa superabile l'impaccio del riferimento testuale ai cittadini dell'art. 3. La ragione di una tal diversa propensione è evidente: poiché la Corte ha coscienza che la differenziabilità della disciplina inerente allo *status libertatis* in confronto alle due categorie di soggetti - il cittadino e lo straniero - possiede una base legittimante in Costituzione, deve farsi carico di rintracciare, all'interno della stessa Costituzione, un presupposto che, per dir così, elida - o, comunque, attenui nella sua portata - l'ostacolo costituito dalla riferibilità dell'art. 3 ai soli cittadini. Tal presupposto è rappresentato, appunto, dalla "presenza ingombrante" di una libertà inviolabile, al che si fa corrispondere quella che potrebbe definirsi la incidenza condizionata del riferimento ai cittadini operato dall'art. 3, ovvero quella sorta di lettura "multilivello" del principio di eguaglianza, che sottintende, a sua volta, un modo di rappresentarsi a più dimensioni del principio stesso; e che fa sì che, alla bisogna, l'art. 3 venga assunto a parametro all'infuori ed a prescindere dal riferimento ai cittadini. Il rango particolarmente elevato del bene inciso dalla disciplina legislativa provocherebbe, nella specie, una sorta di riduzione del portato precettivo dell'art. 3 e, comunque, implicherebbe una lettura in tal senso del relativo disposto. Di tal che diverrebbe lecito separare, più o meno drasticamente, le due tipologie di giudizio: quelle in cui sarebbe lecito assumere a parametro l'art. 3 (prevalentemente con le altre norme costituzionali riferibili alle garanzie incise dalla legge), in quanto "il principio costituzionale di uguaglianza non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella

dello straniero solo quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo"<sup>112</sup>; e le altre in cui l'art. 3 "riassume" il suo aspetto originale, ivi compreso quello che si riconnette alla pregnanza del riferimento ai cittadini ivi contenuto (ed in cui anche la utilizzabilità dello scrutinio basato sul canone di ragionevolezza è condizionato dal più esteso grado di innovatività riconosciuto alla legge).

Così dovrebbe essere, ma talvolta non è. Perché la Corte non di rado pare distaccarsi dalla linea ora cennata ed impiegare il canone della ("semplice") ragionevolezza al fine di dichiarare la fondatezza della q.l.c.; e ciò all'infuori delle questioni implicanti la lesione di un diritto inviolabile e, dunque, ritornando ad un impiego ordinario del canone stesso. Prova ne sono alcune pronunce in cui nel giudizio di legittimità non si fa questione della lesione di un presidio di garanzia annoverabile fra i diritti propriamente inviolabili e, pur tuttavia, la questione stessa viene dichiarata fondata sulla base della (mera) irragionevolezza della disciplina. Si veda, esemplificativamente, la sent. n. 432/2005<sup>113</sup>, in cui, infatti, l'art. 3 è assunto isolatamente a parametro. Nella pronuncia, per ammissione della stessa Corte costituzionale, il sindacato di legittimità non ha ad oggetto la violazione di un diritto fondamentale e tanto meno la incisione del "nucleo irrinunciabile" di uno specifico diritto della persona<sup>114</sup>.

Non dovrebbe, dunque, venire in considerazione, allorché si tratti di verificare la razionalità dell'intervento restrittivo operato dalla legge in riferimento all'ambito qui in esame, il profilo che attiene alle "differenziabilità di fatto", ovvero alla verifica di reali o effettive situazioni di diversità tra la condizione del cittadino e quella dello straniero, atte giustificare il trattamento differenziato da parte della legge; poiché la differenziabilità della situazione del cittadino e dello straniero (e la discriminabilità dei rispettivi trattamenti legislativi) è, per dir così, implicitamente presupposta dall'art. 10, co. 2, Cost. Ragion per la quale la (liceità e razionalità della) differenziazione del trattamento dello straniero, nella ipotesi in esame, non è indotta, nella più parte di casi, da situazioni o condizioni diversificate reali ed effettive in confronto a quelle del cittadino (e verificabili sulla base di indicatori oggettivi); ma è tale in quanto trova la propria causa legittimante nella stessa Costituzione<sup>115</sup>. La qual cosa, tuttavia, non potrà mai indurre la preclusione assoluta dello scrutinio della Corte in ordine alla congruità e legittimità della disciplina legislativa, né potrà mai consentire interventi conformativi "incontrollati" da parte del legislatore stante, in ogni caso, la necessaria riferibilità della disciplina legislativa al - seppur essenziale - parametro costituzionale. E' a tal ultimo proposito, infatti, che si è poc'anzi fatto riferimento al canone o principio di razionalità; il quale si distinguerebbe, nella specie, da quello di ragionevolezza per il fatto di presupporre (e pretendere) un assetto logico-interpretativo comunque rigoroso, sebbene la valutazione esperibile dalla Corte sia, nella specie, inevitabilmente astretta entro margini di operatività diversi da quelli consueti. Sicché, permanendo centrale la riferibilità della q.l.c. ad un diritto inviolabile, lo scrutinio esperibile dalla Corte costituzionale, seppur condizionato nei modi ora espressi, non potrà comunque - avendo riguardo al bilanciamento operato dal legislatore - disporsi in termini analoghi allo "scrutinio deferente" o procedere secondo "protocolli blandi di controllo"<sup>116</sup>.

#### ***14. Esempificazioni in ordine all'impiego del parametro di costituzionalità nelle q.l.c. aventi ad oggetto la disciplina conformativa delle libertà civili dello straniero.***

<sup>112</sup> V. C. cost. 432/2005 ed in termini del tutto analoghi C. cost. nn. 306/2008, 148/2008, 361/2007, 206/2006, 223/2004, 62/1994. Si veda, invece, la maggior linearità logico-argomentativa delle C. cost. n. 222 e 223 del 2004.

<sup>113</sup> Sui motivi di incongruità della C. cost. n. 432/2005 v. M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale*, cit., 3, il quale pone in rilievo le contraddizioni in cui incorre la Corte.

<sup>114</sup> Nella specie si trattava del diritto alla salute che, in quanto "ambito inviolabile della dignità umana [...] deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso".

<sup>115</sup> La Corte costituzionale introduce, invece, non infrequentemente riferimenti in cui appare centrale l'elemento della differenziabilità di fatto (V. C. cost. nn. 244/1974 e 104/1969).

<sup>116</sup> Per come utilizzati nella esperienza costituzionale statunitense. Cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, Aggiornamento, in *Enc. giur.*, sottolinea come le regole che presiedono allo svolgimento del sindacato di ragionevolezza possano assumere "carattere deferente (*deferential review*) e via via più intenso (fino allo *strict scrutiny*), a seconda se investano non solo la sufficienza ma anche la necessità/minimalità del mezzo ed a seconda dell'ampiezza della presunzione favorevole ascritta alle valutazioni politiche, fino, nel caso estremo, a cancellare il confine tra legittimità e merito". In tema v. anche J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, 348; B. CARAVITA, *Commento all'art. 3, Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 1990, 23.

Mette contro di proseguire l'indagine relativa alla giurisprudenza costituzionale (ed all'impiego, in questa, del canone di ragionevolezza) con particolare riferimento ad alcune garanzie fondamentali che vengono, più di altre, coinvolte dal fenomeno migratorio. Una delle questioni più delicate che ruotano attorno alle garanzie in parola è proprio quella della pertinenza od estraneità alla normazione generale o comune dei provvedimenti legislativi introduttivi delle misure (di carattere preventivo e repressivo) connesse al trattamento dei migranti extracomunitari. Si veda, in proposito, la recente C. cost. n. 22/2007, che ha dichiarato inammissibile la q.l.c. relativa all'art. 14, comma 5-ter, T.U. Immigrazione<sup>117</sup>, che punisce con la pena della reclusione da uno a quattro anni il reato di abusivo (o indebito) trattenimento dello straniero. Ciò che pare opportuno segnalare, ai fini che qui interessano, è l'impianto logico della pronuncia<sup>118</sup>. La Corte risolve la questione nel senso della inammissibilità rilevando la non identità tra le fattispecie prese in considerazione e rimarcando la sostanziale non pertinenza della norma del T.U., cit., e delle previsioni sanzionatorie ivi contenute, alle disposizioni del codice penale; e, ciò, proprio per il fatto che queste sottostanno ad una diversa *ratio*. Per cui le misure introdotte dal T.U. non sarebbero in alcun modo "sovrapponibili o assimilabili a problematiche diverse, legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione". Come si vede, alla base della pronuncia si pone la solo apparente omogeneità di due ambiti normativi, quello della normazione destinata a sanzionare la condotta antiggiuridica degli stranieri che permangono illegalmente nel territorio dello stato e quello, che si è qualificato residuale, della normazione penale destinata a sanzionare i reati di inottemperanza ad ordini dell'autorità.

Ciò che tuttavia non si può mancar di rilevare è il fatto che la sentenza - pur se esattamente pone in luce il profilo ora detto, ed in tal senso corrobora l'impianto logico-argomentativo qui seguito - non fa alcun cenno a quella che rappresenta, a parere di chi scrive, la vera sostanza del problema, ovvero la ragione essenziale da cui indurre la incostituzionalità della norma del T.U. Immigrazione. Non v'è, infatti, nella sentenza, peraltro assai estesa ed argomentata, alcun accenno al punto della eventuale diretta lesione, da parte della norma censurata, del nucleo essenziale desumibile da alcuni presidi costituzionali di garanzia; mentre è proprio a riguardo di tali parametri che la norma in parola mostra la sua difettosità, dal momento che la previsione di una sanzione così elevata, a fronte di un comportamento quale quello cui si riferisce l'art. 14, co. 5-ter, cit. T.U., si mostra come intrinsecamente irrazionale (più che irragionevole): per il fatto, appunto, della afferenza della norma stessa ad un ambito tipico e singolare in cui l'apparato sanzionatorio e la commisurazione delle relative pene non appaiono, per ammissione della stessa Corte, "riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica". In altre parole, è proprio in virtù della singolarità e tipicità dell'ambito considerato dalla norma - e, dunque, per il fatto che le norme del cod. pen. "nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione" - che la Corte, alla stregua dell'art. 2, in combinato con l'art. 27 Cost., così come peraltro correttamente le era stato chiesto di fare da alcuni giudici rimettenti, avrebbe potuto dichiarare la incostituzionalità della previsione legislativa. L'ambito in discorso o, meglio, i comportamenti che in esso si manifestano non esprimono, infatti, una loro intrinseca pericolosità, ed è da qui che si sarebbe dovuto desumere non già la "comparata" sproporzione della pena (in quanto incongrua rispetto ad indici assumibili a *tertium* quali sono gli assetti sanzionatori del c.p.), bensì la oggettiva abnormità (irrazionalità) della stessa; perché è inammissibile (illegittimo) che, in riferimento a condotte che non siano dotate della oggettiva e comprovabile attitudine a nuocere agli interessi ora evocati - dell'ordine e della sicurezza -, il legislatore estenda il proprio bilanciamento nei termini pressoché liberi ora visti; e

---

<sup>117</sup> L'art. 14, co. 5-ter, T.U. Immigrazione è stato modificato dalla l. n. 94/2009, la quale, pur non inasprendo la pena edittale, non individua più il comportamento antiggiuridico nel "trattenimento" bensì nella "permanenza illegale" senza giustificato motivo in violazione dell'ordine impartito dal questore. La legge in parola accomuna la espulsione al respingimento al fine di qualificare la permanenza senza giustificato motivo.

<sup>118</sup> La questione ruotava, infatti, in buona sostanza, proprio sulla commisurabilità della norma ora richiamata rispetto alle norme penali assunte a *tertium comparationis* dal giudice rimettente. Le "residue" norme penali cui si chiedeva di ragguagliare il disposto sopra citato, con specifico riguardo alla entità della pena ivi prevista, sono quelle che disciplinano il reato contravvenzionale di cui all'art. 650, c.p. (che punisce la mancata ottemperanza agli ordini legalmente dati dall'autorità), nonché quelle, di carattere ancor più generale, collegate alle esigenze di fronteggiare situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica provocate dalla condotta dei soggetti che violino determinati ordini amministrativi. Laddove la comparazione fosse stata ammessa ed, in specie, laddove la *ratio* sottesa alla norma del T.U. Immigrazione fosse stata ritenuta del tutto analoga a quella che pervade le ipotesi contravvenzionali "comuni", ne sarebbe derivata, in modo evidente, la sproporzione della entità della pena, dal momento che l'art. 650, c.p. prevede l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda fino a lire quattrocentomila (di contro alla reclusione da uno a quattro anni prevista dall'art. 14, co. 5-ter, cit.).

lasciati indenni dalla pronuncia in esame. Non vi sono, infatti, due “ordini pubblici” e due “sicurezze nazionali”, poiché tale elemento parametrico è univocamente definibile - tanto a riguardo del cittadino che dello straniero - in quanto ascrivibile in modo esclusivo, quanto al suo contenuto, alla Costituzione, e derivabile nella sua (univoca) conformazione alla stregua delle sole esigenze da questa consentite. La sanzione preveduta dall’art. 14, co. 5-ter, cit., essendo inconferente agli unici interessi cui il legislatore può rivolgere il proprio apprezzamento discrezionale, ai fini del cennato bilanciamento, si rappresenta, dunque, in termini tali da farne presumere la oggettiva o “macroscopica”<sup>119</sup> eccessività. E’, del resto, la stessa Corte a sottintendere, seppur fra le righe e senza che ciò la induca a dichiarare la illegittimità della disposizione del T.U. Immigrazione, che il comportamento sanzionato si ricollega “ad un grave problema sociale, umanitario ed economico”; e non alle esigenze connesse al bene della sicurezza. Ma è proprio in tal senso, si crede, che la Corte avrebbe dovuto operare uno scrutinio di più elevata pertinenza alle garanzie inviolabili sopra dette; e non consentire la sopravvivenza di una sanzione irrazionalmente elevata (e solo “ragionevolmente” tollerabile)<sup>120</sup>.

Avendo sempre riguardo alla cd. polizia degli stranieri, si mostra ancor più conferente alla ricostruzione qui offerta la centrale C. cost. n. 223/2004, la quale, pur evocando anche il parametro rappresentato dall’art. 3 e operando un riferimento alla manifesta irragionevolezza della disposizione censurata, incentra lo scrutinio, essenzialmente e direttamente, sull’art. 13 Cost. Si trattava di valutare la conformità a Costituzione dell’art. 14, co. 5-*quinquies*, T.U. Immigrazione<sup>121</sup>, nella parte in cui stabiliva l’arresto obbligatorio in flagranza per il reato di trattenimento abusivo, di cui ci si è poc’anzi occupati<sup>122</sup>. Ciò che preme qui rimarcare è quanto emerge dalla pronuncia in ordine ai motivi che inducono la declaratoria di incostituzionalità. Il ragionamento della Corte, infatti, questa volta non è teso ad avvalorare o meno la liceità di una valutazione comparativa di due assetti normativi limitrofi ed “intercomunicanti”, uno dei quali assumibile a *tertium comparationis*, al fine di commisurare la congruità della previsione censurata (la quale previsione, sembra comunque sottintendere la Corte, non si situa organicamente all’interno dell’ambito normativo di riferimento avendo riguardo alla *ratio* da questo inducibile); ma si basa, invece, sulla diretta lesione del contenuto irriducibile del diritto. In effetti il punto nodale della pronuncia è proprio quello che attiene alla censura connessa alla inconciliabilità della previsione contenuta nell’art. 14, co. 5-*quinquies*, cit., con il presupposto rappresentato dalla “natura servente” dell’arresto obbligatorio rispetto al perseguimento delle finalità del processo penale; le quali sono, dalla sent. in esame, definite come vere e proprie esigenze previste dalla Costituzione; sì che l’arresto obbligatorio, per come previsto dalla disposizione in oggetto, si risolve, invece, in una limitazione provvisoria della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale. E’, dunque, per il fatto che la norma viola direttamente il terzo comma dell’art. 13 Cost., nella parte in cui raffigura, inammissibilmente, l’arresto obbligatorio in flagranza come espressivo di una autonoma funzione punitiva, che la norma stessa è dichiarata incostituzionale, in tal modo

<sup>119</sup> Cfr. C. cost. nn. 313/1995, n. 25/1994, n. 343/1993, 409/1989; di “macroscopiche differenze” rispetto al trattamento sanzionatorio di altre fattispecie materiali atte a indurre la declaratoria di illegittimità parla la ord. n. 368/1995.

<sup>120</sup> Tali ultimi rilievi appaiono ancor più fondati laddove si osservi che la elevatissima pena edittale, per come preveduta dal T.U. Immigrazione, risultava (e risulta tutt’oggi) irrazionale, nei modi sopra visti, a seguito della rideterminazione operata dall’art. 5-bis, l. n. 271/2004 (di conversione in legge del D.L.241/2004) in confronto alla precedente commisurazione della l. Bossi-Fini (art. 13, co. 1, l. n. 189/2002), la quale prevedeva per il medesimo reato l’arresto da sei mesi ad un anno. Sicché si può ritenere che la imponente lievitazione della pena, effettuata nel volger di poco più di un biennio (G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 201-3, parla di “sovrapenalizzazione” per il reato di ingiustificato trattenimento), accompagnata dalla trasmutazione del primitivo illecito contravvenzionale nel delitto in parola, avrebbe ben potuto essere rilevata dalla Corte, quanto meno come elemento atto a suffragare la lesione delle garanzie sopra richiamate ed, in particolar modo, la incisione del principio di proporzionalità, derivabile dall’art. 27 Cost. E, ciò, in quanto una tale esplicazione dell’apprezzamento discrezionale da parte del legislatore parrebbe effettivamente sconfinare nella irrazionalità. Così come, con molta probabilità, avrebbe potuto costituire altro motivo di diretta incostituzionalità, in riferimento al principio in questione (che non consente la rottura del rapporto di proporzionalità tra fatto e pena), il dato rappresentato dalla strumentalità dell’innalzamento di pena al superamento o, come meglio dovrebbe dirsi, alla elusione delle conseguenze indotte dalla sent. n. 223/2004; poiché risulta chiaro che l’aumento della sanzione edittale è stato operato allo scopo di fornire una base che potesse presumersi più congruente alla previsione della obbligatorietà dell’arresto in flagranza; che, come si vedrà fra breve, era stato dalla stessa Corte costituzionale dichiarato incostituzionale perché lesivo, essenzialmente, dell’assetto protettivo derivabile dall’art. 13.

<sup>121</sup> Per come inserito dalla cd. legge Bossi-Fini (art. 13, co. 1, l. n. 189/2002).

<sup>122</sup> Come risultava sanzionato dalla l. n. 189/2002, ovvero con l’arresto da sei mesi ad un anno (e non con la reclusione da uno a quattro anni, come dispone ora il T.U. Immigrazione a seguito della sostituzione del comma 5-ter dell’art. 14 da parte dell’art. 1, l. n. 271/2004).



evitando di incorrere nella contraddizione di voler comparare assetti restrittivi che per loro natura sono incomparabili.

Non diversamente da tale impianto logico-argomentativo si dispone la (quasi coeva) sent. n. 222/2004; le cui motivazioni s'incentrano, a loro volta, in via esclusiva sulla diretta lesione di due presidi costituzionali propriamente inviolabili, quelli relativi alla libertà personale e al diritto di difesa. Tale ultima garanzia viene incisa, secondo quanto afferma la stessa Corte, "nel suo nucleo incompressibile". Ancor più che nella pronuncia poc'anzi esaminata, emerge qui l'intento di ricollegare la incostituzionalità della disciplina restrittiva - indotta dall'art. 13, comma 5-bis, T.U. Immigrazione - all'impianto protettivo essenziale rinvenibile nella Cost. La sentenza, infatti, si fa apprezzare per la sua linearità laddove, in particolare, concentra la parte più significativa della motivazione sulla diretta ed immediata lesione che il meccanismo limitativo introdotto dall'atto legislativo provoca in confronto al terzo comma dell'art. 13: la norma consente la esecuzione della espulsione attraverso il provvedimento di accompagnamento alla frontiera prima della convalida da parte del giudice e risulta pertanto vanificata "la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida"; risultando altresì vanificato, come si accennava, il diritto di difesa. Si osservi, inoltre, la distanza fra la sentenza in discorso e la precedente C. cost. n. 105/2001. Sebbene le due pronunce vadano accomunate per la perentorietà con cui affermano la pertinenza ed estensibilità delle garanzie che discendono dall'art. 13 Cost. alle misure concernenti la polizia degli stranieri che implicino una diretta incisione della libertà personale, nella sent. per ultimo richiamata sembrano prevalere intenti giustificazionisti a riguardo della disciplina del T.U. Immigrazione relativa all'accompagnamento coattivo. La Corte opera, infatti, una interpretazione adeguatrice della norma del cit. T.U. che pareva ammettere la convalida solo in confronto al provvedimento riguardante il trattenimento (presso gli allora CPTA), e non anche in confronto alla esecuzione coattiva della espulsione. Ciò, in particolare, in quanto l'art. 14, co. 4, T.U., cit., pareva conglobare in modo confuso l'accompagnamento coattivo all'interno della procedura relativa al trattenimento, sì che non risultava chiaro se il controllo esperito dal giudice in sede di convalida, e l'eventuale diniego di questa, potesse travolgere, oltre al provvedimento di trattenimento anche l'accompagnamento coattivo. Come avvertito, la Corte dichiara non fondata la questione affermando che la misura del trattenimento è da ritenersi un logico presupposto dell'accompagnamento coattivo, per cui il controllo del giudice in sede di convalida deve toccare anche le motivazioni che inducono la autorità di p.s. a disporre la misura dell'accompagnamento coattivo; l'eventuale diniego di convalida del trattenimento si estende, pertanto, anche a tale ultima misura. Sebbene la sent. n. 222/2004 richiami la sent. n. 105/2001 e dichiari di adeguarsi all'impianto ricostruttivo di quest'ultima, sta di fatto che la sent. n. 105/2001, contrariamente all'altra, consente la permanenza di una disciplina che si presta ad alcuni equivoci applicativi e che la Corte stessa bene avrebbe potuto censurare con maggiore incisività attraverso una declaratoria di incostituzionalità.

#### ***15. Le "tutele minime" riconducibili ai diritti di prestazione.***

Le cose sembrerebbero complicarsi non poco laddove, invece che lesioni di diritti di libertà civile, il trattamento dello straniero abbia ad oggetto diritti sociali e, in specie, presidi di garanzia connessi ad esigenze primarie a questi riconducibili. Ciò è evidente, in quanto in tali ipotesi si tratta di valutare, di norma, la tenuta e congruità costituzionale di discipline limitative, inerenti al trattamento differenziato dello straniero, ma in riferimento a diritti che "costano"<sup>123</sup> e che presuppongono, nella maggior parte dei casi effetti e ricadute più o meno rilevanti sul piano finanziario. Pur tuttavia, non si ritiene, anche avendo riguardo a tal specifico ambito, che lo scrutinio della Corte si manifesti in termini differenti da quelli fino ad ora individuati; per cui i margini valutativi debbono permanere anche in questo caso entro il limite del contenuto irriducibile più volte evocato. Tal presupposto, poi, potrebbe essere ritenuto ancor più conferente all'ambito in discorso in virtù della tipicità stessa dei diritti in questione, ovvero a causa della loro differenziabilità rispetto alle libertà civili propriamente dette; e, ciò, non in forza della presunta natura non inviolabile dei medesimi, opinione che va recisamente rigettata, ma in funzione del grado di tutela meno diretto ed immediato che tali diritti ottengono in Cost. circa il modo di esercitarne; sicché il nucleo essenziale andrebbe riferito quanto meno a quei contenuti fruibili in termini assoluti ed prescindere da

<sup>123</sup> Secondo l'espressione di A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, cit., 5 nt. 14.

qualunque valutazione inerente al bilanciamento degli interessi pubblici eventualmente contrapposti, segnatamente di natura economica. La pertinenza delle garanzie in discorso al novero dei diritti sociali imprime, in tal senso, un grado di logicità e congruenza ancor maggiore al presupposto secondo cui, per ciò che riguarda il trattamento dello straniero, la legge è da reputarsi ascritta alla salvaguardia del solo contenuto essenziale. Tale soglia di garanzia viene, non di rado e nei termini ora detti, evocata dalla giurisprudenza della Cassazione, e viene fatta discendere, appunto, dalla natura inviolabile dei diritti in questione. Si parla, in proposito, di “tutela minima risarcitoria”<sup>124</sup> e l’utilizzazione di tale locuzione, che appare per certi versi più limitativa, nel suo portato, rispetto all’altra di “nucleo essenziale”, fa comprendere come effettivamente i livelli essenziali delle prestazioni – per utilizzare il lessico dell’art. 117, co. 2 lett. m), Cost. – siano, nel caso di specie, da intendersi, almeno nella lettura della Cassazione, in termini ancor più “sobri” e contenuti rispetto a quelli ricollegabili alle libertà civili. A parte i profili terminologici e le qualificazioni formali - che trovano, peraltro, una significativa ed autorevole conferma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo attraverso l’utilizzazione, in questa, del sinonimo “garanzie minimali” (v. *infra*, par. 16) - si potrebbero comunque far rientrare nel contenuto essenziale o irriducibile connesso ai diritti della specie qui considerata tutte quelle forme di tutela che hanno ad oggetto aspetti che prescindono da ogni possibile connotazione programmatica del diritto sociale, e che sono produttive, secondo il regime tipico dei diritti di libertà civile, di immediata protezione (e giustiziabilità)<sup>125</sup>. Si veda, in tal senso, la C. cost. n. 432/2005, in cui appare ribadito il principio della necessaria salvaguardia di “un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”; per cui tale contenuto irriducibile deve “essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato”<sup>126</sup>.

E’ poi ovvio che tale attitudine sarà ancor più estesamente configurabile per quei diritti della persona che presuppongono, per essere esercitati, la necessità ed indifferibilità dell’intervento pubblico; il che vale soprattutto per quell’insieme di contenuti racchiuso nei diritti sociali che, in quanto riconducibile al concetto di dignità umana<sup>127</sup> - e, dunque, in virtù della sua essenzialità ed insopprimibilità<sup>128</sup> -, rende l’insieme in questione immediatamente ascrivibile, quanto alla integralità ed absolutezza dell’esercizio del diritto, al concetto di inviolabilità. Ci si riferisce al modo di rappresentarsi, in tali ipotesi, del diritto alla abitazione, alla tutela del nucleo familiare, alla maternità e paternità riconosciuta, al mantenimento ed al riacquisto della unità familiare, al ricongiungimento<sup>129</sup>, alla retribuzione adeguata (in particolare adeguata a consentire un’esistenza libera e dignitosa)<sup>130</sup>, al mantenimento del posto di lavoro avverso licenziamenti

---

<sup>124</sup> Ciò in riferimento, ad esempio, “ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione” e ai casi di lesione di “diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità”. Cfr. A. PACE, *Dalla “presbiopia” comunitaria alla “miopia” costituzionale?*, p. 4 del dattiloscritto. L’A. richiama le Cass. Sez. un. civ. 11 novembre 2008, nn. 26972 e 26793.

<sup>125</sup> Cfr. TAR Lombardia, Sez. I., sent. 17 aprile 2007 n. 1792.

<sup>126</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, 4; G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, 286 ss. Tale livello di protezione essenziale è, oltre tutto, previsto dall’art. 35, co. 3, T.U. immigrazione, anche in confronto agli stranieri irregolari, per le “cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio” e per i “programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva”.

<sup>127</sup> La stessa Corte costituzionale mostra di voler ricercare una più certa configurazione dell’assetto e dei contenuti essenziali di garanzia ora richiamati nei casi in cui ricollega un determinato aspetto della situazione di libertà alla dignità umana ed afferma, appunto, che questo ottiene protezione dalla Costituzione anche in confronto allo straniero in quanto “ambito inviolabile della dignità umana”. V. in tal senso C. cost. nn. 509/2000, 309/1999, 267/1998, 247/1992.

<sup>128</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 107 ss.; ID., *Libertà di stampa e diritto all’informazione nelle democrazie contemporanee (con particolare riguardo a Francia, RFT e USA)*, in *Pol. dir.*, 1986, 584 ss.; A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1178 ss. e spec. 1191.

<sup>129</sup> Si vedano, in particolare, gli artt. 28 e 29, T.U. Immigrazione. La recente Cass. sez. I civ. 20 aprile 2009, n. 12680, ha operato una importante interpretazione estensiva dell’art. 28, cit., nel senso che anche lo straniero titolare di un permesso di soggiorno provvisorio che gli è stato rilasciato nelle more della procedura volta all’ottenimento della cittadinanza può far valere il proprio diritto al ricongiungimento familiare.

<sup>130</sup> Il che pare confermato, secondo A. PACE, op. loc. ult.cit., quanto meno in riferimento ai lavoratori stranieri “regolari”, dall’art. 2, co. 3, T.U. Immigrazione, secondo cui «La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell’OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani». La Cass. sez. un. civ. 4 marzo 1988, n. 2265 ha escluso l’applicabilità della clausola di reciprocità laddove il diritto costituzionale pregiudicato sia quello alla giusta retribuzione.

arbitrari<sup>131</sup>, alla tutela previdenziale delle inabilità, alla salute ed ai trattamenti sanitari essenziali. Sono esigenze, quelle ora elencate, che, proprio in ragione della loro coesistenzialità alla natura e dignità umana, non possono ricondursi, circa il loro godimento, al discrezionale apprezzamento del legislatore, né presumersi esercitabili in funzione di una prestazione altrettanto discrezionalmente erogata; e che, in quanto diritti della persona, sono come tali intesi anche presso la giurisprudenza costituzionale<sup>132</sup>. Si vedano, oltre alle pronunce richiamate in nota, le recenti C. cost. n. 306/2008 (in tema di indennità di accompagnamento) e n. 11/2009 (in tema di pensione di inabilità) che, pur argomentando (anche) dalla intrinseca o manifesta irragionevolezza della disciplina discriminatrice, si riconnettono, comunque, al concetto di nucleo o contenuto essenziale. La cit. sent. n. 306/2008 ricollega, in particolare, il portato precettivo derivabile dall'art. 32 Cost. alla diretta pertinenza di tale norma all'art. 2 Cost. (v., in senso analogo, la C. cost. n. 252/2001).

### ***16. Le “garanzie minimali” dello straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.***

Si riserverà particolare attenzione, nel presente par., alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, pur secondo logiche argomentative peculiari ricollegabili alla specificità del proprio ambito di competenza ed al parametro impiegato, sembra accogliere in modo sufficientemente univoco il presupposto secondo cui le ipotesi invocabili da parte dello straniero, e suscettibili di effettiva tutela, sono quelle tendenzialmente correlabili alla lesione del nucleo irriducibile o contenuto essenziale del diritto. Tali locuzioni vengono, come si accennava, sovente traslate, nel lessico del giudice di Strasburgo, in quella di “garanzia minimale”. E' appena il caso di rimarcare l'importanza e centralità della Corte EDU, la quale è interprete privilegiato dell'assetto protettivo predisposto dalla CEDU<sup>133</sup>, sì che i suoi apporti esegetici assumono un rilievo essenziale, sul piano applicativo, sia presso i giudici della giurisdizione comune<sup>134</sup>, sia presso la stessa Corte costituzionale. L'analisi prenderà ad esame alcune delicate questioni che attengono al sistema di garanzia delineato dalla CEDU in confronto agli stranieri migranti, per come inteso alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

#### *a) Il “sistema convenzionale” della polizia degli stranieri: ingresso, soggiorno, allontanamento nella CEDU e nei Protocolli nn. 4 e 7.*

La CEDU contiene una previsione delle “garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri” (art. 1, Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984), nonché del “divieto di espulsioni collettive” (art. 4, protocollo n. 4 del 16 settembre 1963); ma non introduce alcuna norma-principio specifica in ordine ai casi (ed ai limiti) in cui la legge nazionale può disciplinare la materia dell'ingresso, soggiorno e allontanamento. Sicché si dovrebbe presumere che tale disciplina risulti pressoché integralmente attribuita alla competenza del legislatore<sup>135</sup>. Si badi, oltre tutto, che l'art. 1, Protocollo n. 7, cit., si riferisce, almeno testualmente, soltanto agli stranieri “regolarmente residenti”, il che potrebbe far ritenere che l'apprezzamento discrezionale consentito al legislatore sia ancor più esteso per ciò che concerne la disciplina relativa alle espulsioni degli stranieri illegalmente dimoranti sul territorio nazionale<sup>136</sup>. V'è inoltre da dire che la CEDU non contiene

<sup>131</sup> Al di là delle ipotesi specifiche del diritto alla giusta retribuzione e al mantenimento del posto di lavoro, visti come veri e propri diritti assoluti e immediatamente suscettibili di tutela, la protezione connessa al diritto al lavoro inteso in senso generale diviene, nella giurisprudenza costituzionale, assai più rarefatta e condizionata. Si veda la C. cost. n. 206/2006, in cui, con riferimento alle garanzie ex art. 35 Cost., si sottolinea che la tutela dei diritti fondamentali, pur riconosciuta allo straniero, va commisurata «alla concreta fattispecie oggetto della disciplina normativa contestata» (Così anche la sent. n. 62/1994) e che, nella materia del lavoro dei cittadini extracomunitari, non può essere escluso un grado di bilanciamento da parte del legislatore tale da subordinare la disciplina del rapporto di lavoro al perseguimento di interessi pubblici, purché “sulla base di una valutazione condotta con criteri non arbitrari”.

<sup>132</sup> Cfr., in tema, la sent. n. 509/2000 in cui appare un esplicito riferimento a quell'aspetto ineludibile di protezione, nella specie desumibile dall'art. 32 Cost. e riferito ai trattamenti sanitari, che sfugge a forme di bilanciamento più o meno espanse con altri interessi. V., in senso analogo, sentt. nn. 309/1999, 267/1998, 247/1992.

<sup>133</sup> In base alla esplicita previsione dell'art. 32, della Convenzione (v., per una forte sottolineatura del ruolo della Corte EDU, da ultimo, la C. cost. n. 349/2007).

<sup>134</sup> Come rimarcato dalla C. cost. n. 349/2007.

<sup>135</sup> Tale principio risulta costantemente affermato nella giurisprudenza della *Grande chambre*. Si vedano, da ultimo, i casi *A. ED ALTRI c. REGNO UNITO* (sent. 19 febbraio 2009), *SAADI c. REGNO UNITO* (sent. 29 gennaio 2008) e *GEBREMEDHIN c. FRANCIA* (sent. 26 luglio 2007).

<sup>136</sup> Ma si veda, in proposito, il caso *ČONKA c. BELGIO* (III Sez., sent. 5 maggio 2002), in cui si afferma che talune forme di garanzia minimali sono comunque da ritenere operanti anche in confronto alle espulsioni degli stranieri irregolari.

alcuna specifica previsione in ordine alle garanzie che debbono accompagnare il provvedimento collegato alla esecuzione coattiva della espulsione (laddove, cioè, la espulsione presupponga la diretta incisione della libertà personale). In tal senso la CEDU non pare operare alcun discrimine fra le conseguenze che derivano dalla mera “intimazione” rispetto alle altre che si riconnettono all’accompagnamento coattivo<sup>137</sup>. E’, altresì, evidente che la CEDU non fa alcun riferimento specifico alla ipotesi del trattenimento in attesa della esecuzione della espulsione, non distinguendo tale forma di restrizione della libertà personale rispetto all’arresto e alla detenzione veri e propri.

Ferme tali premesse, una sostantiva marginazione del grado di discrezionalità ora detto può ascriversi proprio alla giurisprudenza della Corte EDU. Ciò è stato possibile fare al di fuori delle norme ora riferite (che, come detto, contengono un minimale apparato protettivo di tipo procedurale) e, dunque, utilizzando quelle altre norme-principio di carattere generale che, nella stessa CEDU e nei Protocolli, configurano l’ampiezza del bilanciamento nel caso in cui la disciplina limitativa nazionale intersechi o coinvolga diritti e forme di garanzia fondamentali. Occorre, a tal proposito, rammentare che la CEDU opera un ancor più generico (e fuggevole) richiamo alla espulsione, a prescindere dalla condizione di “regolarità” dello straniero, nella norma (art. 5, relativo al “Diritto alla libertà e alla sicurezza) che elenca le ipotesi in cui la legge nazionale può prevedere la privazione della libertà personale e che è introduttiva di un - a sua volta essenzialissimo - regime protettivo inerente all’*habeas corpus* (art. 5, co. 1, lett. f). La Corte EDU riconnette a tale assetto di garanzia, che può definirsi ordinario, anche quello relativo alla espulsione; pur tuttavia, nel derivare *per relationem* le garanzie ora cennate, il giudice di Strasburgo neppure utilizza *in toto* quello che esso stesso definisce il “sistema convenzionale” delle libertà fondamentali, cioè non impiega integralmente le norme della CEDU che in astratto potrebbero essere invocate a riguardo della libertà personale; ed è muovendo da tale presupposto che individua l’assetto protettivo inerente alle limitazioni in discorso.

Deve fin d’ora esser segnalato che questo appare il vero *punctum dolens* del problema relativo alla ampiezza del sistema di tutela che, in base alla CEDU (ed alla lettura di questa fornita dalla Corte di Strasburgo), vale a limitare l’azione conformativa del legislatore in ordine alla disciplina della materia dell’ingresso, soggiorno e, soprattutto, dell’allontanamento dello straniero. Il sistema o modello protettivo destinato a tutelare il soggetto privato colpito dal provvedimento di espulsione non comprende, ad esempio, neppure integralmente le garanzie che l’art. 5, co. 1, cit., riconnette alla privazione della libertà personale e, comunque, pare escludere quelle, relative al “giusto processo” derivanti dall’art. 6, CEDU. Sta di fatto che, alla luce dell’art. 5, co. 1, lett. f), CEDU e dell’art. 1, Protocollo n. 7, misure restrittive della libertà personale, quali l’arresto e la detenzione, possano essere irrogate in confronto allo straniero per il sol fatto che sia in corso una procedura d’espulsione, in modo tendenzialmente libero e con un apparato protettivo che potrebbe raffigurarsi in termini assai rarefatti. Una delle assunzioni di principio tipica della Corte EDU è, infatti, quella secondo cui la norma dell’art. 5, co. 1, lett. f), cit., proprio per la sua natura facoltizzante – stante l’assenza, in essa, di qualsivoglia indicazione che valga a restringerne il campo di applicazione - consente una lata azione discrezionale ed abilita, in particolare, il legislatore a prescindere, nella previsione delle misure in questione, da quegli elementi qualificatori che lo stesso art. 5 CEDU – al comma 1, lett. c) – impone invece di assumere a parametro per tutte, in generale, le ipotesi di restrizione della libertà personale (pericolosità del soggetto; pericolo di fuga)<sup>138</sup>.

In tal senso può affermarsi che la linea seguita dalla Corte di Strasburgo appare, entro certi limiti, non dissimile da quella della stessa Corte costituzionale, laddove anche quest’ultima distingue, altrettanto chiaramente, fra misure limitative della libertà personale di tipo preventivo - cioè ricollegabili alla pericolosità dei soggetti - e misure limitative ricollegabili al (solo) “fenomeno dell’immigrazione”; le quali non sarebbero ragguagliabili, ai fini della adozione, ai medesimi parametri che valgono per le altre, salvo il rispetto delle garanzie *ex art 13 Cost.* Per un verso l’indirizzo interpretativo che si può derivare dalla giurisprudenza della Corte EDU potrebbe rappresentare una conferma di quanto più volte segnalato a

<sup>137</sup> Quello della necessaria scissura del provvedimento di espulsione dall’altro che dispone l’accompagnamento coattivo è strumento di garanzia essenziale. E’, infatti, evidente che il provvedimento relativo alla esecuzione coattiva, implicando la diretta incisione della libertà personale, dovrebbe sempre possedere una individua ed autonoma caratterizzazione, e non essere, invece, confusivamente situato all’interno della procedura di espulsione. Si veda, in proposito, quanto previsto dall’art. 13, comma 5-bis, T.U. Immigrazione, che, in ordine al provvedimento di accompagnamento coattivo (altrimenti definito “di allontanamento dal territorio”), quanto meno individua la diretta competenza del questore.

<sup>138</sup> Si veda, esemplarmente, il caso *CHAHAL C.REGNO UNITO* (Grande Chambre, sent. 15 novembre 1996).

proposito del fatto che l'art. 10, co. 2, Cost. consente una esplicazione assai più lata dell'apprezzamento discrezionale del legislatore in confronto allo *status libertatis* dello straniero, proprio perché tale disposto correla in via tendenzialmente esclusiva alla disciplina internazionale (ed alle norme-principio a questa ascrivibili) l'azione conformativa della legge; per altro verso, tuttavia, induce una serie di perplessità in ordine alla tollerabilità di un tal impianto protettivo alla stregua del regime di garanzia derivabile dalla Costituzione, nella specie essenzialmente dagli artt. 13, 24, 27 e 111. E' pur vero, infatti, che il regime di garanzia va inteso, per ciò che riguarda le tutele apprestabili in confronto al non cittadino, in quella sua rappresentazione riconducibile al concetto di nucleo essenziale; ma tale presupposto vale, in riferimento a diritti inviolabili quali la libertà personale, nel senso della integrale estensibilità allo straniero quanto meno dell'assetto "interno" di garanzia, ovvero del sistema protettivo direttamente inducibile dall'art. 13 Cost. (in quanto tale disposizione non introduce alcun discrimine tra cittadino e straniero in ordine al godimento del diritto). E' per tal motivo che la copertura offerta dalla CEDU a riguardo delle ipotesi sopra cennate pare disporsi in termini ancor più grezzi e parziali di quella ascrivibile al parametro costituzionale. Ciò vuol dire che quelle "garanzie minimali"<sup>139</sup>, di cui parla la stessa Corte EDU in riferimento all'assetto protettivo da riconoscere allo straniero nelle ipotesi sopra dette, si mostrano (o potrebbero, comunque, mostrarsi) ancor "più minimali" – sia consentita tale espressione – di quelle previste dalla Costituzione.

Occorre tuttavia notare che si potrebbero addurre altri esempi in cui la Corte EDU opera una lettura in senso ampliativo dell'impianto garantista della CEDU, segnatamente in riferimento alla riserva di giurisdizione. Non è neppure il caso di rimarcare come questa si situi entro il sistema di garanzia irriducibile della libertà personale e che, anzi, ne costituisca, insieme alla riserva di legge assoluta ed all'obbligo di motivazione, l'elemento portante e qualificante, senza del quale non è neppure pensabile una forma di tutela, seppur "minimale", di tale diritto. Orbene, se la CEDU lascia un amplissimo spazio all'apprezzamento discrezionale del legislatore nazionale, altrettanto si potrebbe dire a proposito della riserva di giurisdizione, quanto meno nel senso di una qual certa ambiguità e vaghezza del tenore prescrittivo delle disposizioni ivi contenute. Il che, oltre tutto, denota una evidente "lontananza" con l'assai più compiuto e certo assetto garantista dell'art. 13 Cost. E' pur vero, infatti, che l'art. 5, co. 4, CEDU prevede che la "persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale", ma si è già visto che il "sistema convenzionale" non sarebbe immediatamente ed integralmente estensibile alla polizia degli stranieri; e si è altresì visto che viene comunemente esclusa la applicabilità in confronto a tali ipotesi di una norma interna allo stesso art. 5, ovvero il cit. comma 1, lett. c). Si potrebbe allora presumere, alla luce di una interpretazione restrittiva, che il Protocollo n. 7, che non prevede la riserva di giurisdizione, sia da intendersi come introduttivo di una disciplina speciale o derogatoria (valida solo per i casi di espulsione) rispetto all'assetto di garanzia individuato, in via generale, dall'art. 5, co. 4, CEDU, e, dunque, che la mancanza di tale garanzia trovi la propria base legittimante all'interno della stessa CEDU. E' a tal stregua che l'apporto della Corte EDU si mostra particolarmente incisivo, segnatamente laddove pare ribadire la garanzia della riserva di giurisdizione, quanto meno nel senso della ricorribilità presso una autorità propriamente giurisdizionale<sup>140</sup> e non, invece presso una "istanza nazionale" o ad una "autorità" purchessia, come peraltro sembrerebbe ammesso dal cit. art. 1, co. 1, lett. c), protocollo n. 7. Non essendovi in tale norma alcun riferimento alla natura della autorità competente al riesame, se ne potrebbe derivare che, anche nelle ipotesi in cui l'allontanamento sia disposto in forma coattiva, l'autorità in questione possa essere anche non giurisdizionale. Ed, invero, laddove si fosse affermata una giurisprudenza restrittiva, questa si sarebbe potuta finanche situare in modo non del tutto incoerente alla luce della cennata latitudine dell'impianto CEDU.

#### b) *Il fair trial ex art. 6 CEDU.*

Ispirata ad un atteggiamento restrittivo, ma solo avendo riguardo alla polizia degli stranieri, è la giurisprudenza della Corte EDU per ciò che concerne il "diritto al giusto processo". Il giudice di Strasburgo esclude, infatti, pressoché stabilmente che l'art. 6, introduttivo di tale garanzia, possa essere invocato in riferimento alle procedure d'espulsione e, più in generale, d'allontanamento e d'interdizione dal territorio

<sup>139</sup> V. il caso *MAAOUIA C. FRANCIA* (sent. 5 ottobre 2000, § 36).

<sup>140</sup> Cfr., in particolare, quelle pronunce – v. il caso *ČONKA C. BELGIO* (III Sez., sent. 5 maggio 2002) – in cui si pone fortemente l'accento sulla necessità di esperire un rimedio giurisdizionale che non sia soltanto un "controllo marginalissimo di legalità formale" ma che, invece, entri a valutare nel merito se ricorrono elementi atti a giustificare la misura limitativa della libertà personale.

dello stato<sup>141</sup>. Si veda, in proposito, la articolata pronuncia resa in riferimento al caso *MAAOUIA C. FRANCIA* (sent. 5 ottobre 2000), le cui linee argomentative portanti sono ribadite, per ciò che concerne l'Italia, dalle recenti pronunce relative ai casi *BEN SALAH C. ITALIA* (sent. II Sez. 24 marzo 2009) e *SELLEM C. ITALIA* (sent. II Sez. 5 maggio 2009)<sup>142</sup>. Il giudice di Strasburgo fa discendere la inapplicabilità dell'art. 6, cit., e in particolare del primo comma di tale norma, ancora una volta dalla lettura combinata di tale disposto e dell'art. 1, Protocollo n. 7. E' dalla presenza di tale ultima norma, introduttiva di un apparato protettivo meno ampio rispetto a quello desumibile dall'art. 6, che, infatti, viene fatta derivare la sostanziale specialità della disciplina da questo introdotta in confronto a quella contenuta nell'art. 6, cit.<sup>143</sup>. La Corte rafforza l'argomento ora esposto attraverso una interpretazione ulteriormente riduttiva della portata garantista del "sistema convenzionale"; e ciò fa - con particolare riferimento al campo d'applicazione dello stesso art. 6, co. 1, cit. - assumendo che le decisioni relative all'ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero non pertengono agli ambiti cui si riferisce la disposizione, per il fatto che il diritto al giusto processo e le garanzie che ne derivano possono invocarsi, in base alla lettera della disposizione, solo nel caso in cui il giudice sia chiamato a pronunciarsi su controversie di carattere civile (in specie di natura risarcitoria) o che ineriscano ad un vero e proprio processo penale. La qual cosa sarebbe esclusa nelle ipotesi in parola, dal momento che i provvedimenti che attengono alle misure relative alla polizia degli stranieri attengono ad un diverso ambito (quello amministrativo)<sup>144</sup>.

La linea argomentativa seguita dalla Corte EDU appare tutt'altro che convincente. Nonostante la specificità (o natura derogatoria) del disposto contenuto nel cit. art. 1 del Protocollo n. 7, bene avrebbe potuto il giudice di Strasburgo accedere ad una lettura estensiva dell'art. 6, CEDU; nel senso di ritenerlo applicabile quanto meno in confronto a quelle misure che, pur se ascrivibili - *ex art. 5, co. 1, lett. f), CEDU* - alla competenza dell'autorità amministrativa, assumono una caratterizzazione tale, in quanto implicanti una immediata e diretta incisione della libertà personale, da far presumere obbligato quell'insieme di garanzie più volte richiamato: e cioè non solo l'intervento di un organo giurisdizionale indipendente e imparziale (garanzia che la Corte EDU ritiene peraltro sussistente e fa discendere a sua volta dal "sistema convenzionale"), ma, altresì, quelle altre importanti forme di tutela, apprestate dal terzo comma dello stesso art. 6, cit., che concernono il

---

<sup>141</sup> Ampia ed ormai assestata è, invece, al di fuori delle ipotesi qui esaminate relative alla polizia degli stranieri, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine al *fair trial*. Si tratta di una serie di pronunce che si riferiscono, in particolare, ai presidi desumibili dal terzo comma dell'art. 6, cit., in cui viene, anche testualmente, evocato quell'assetto minimo di garanzie dell'imputato che può farsi corrispondere all'altro di nucleo essenziale. In tal senso, "*the guarantees contained in paragraph 3 of Article 6 are constituent elements, amongst others, of the general notion of a fair trial*" (sul portato dell'art. 6, co. 3, CEDU e sulla nozione di *fair trial* v. il caso *GODDI C. ITALIA*, sent. 9 aprile 1984). I casi più interessanti di applicazione delle tutele che ineriscono al principio espresso dall'art. 6 concernono il processo in contumacia. Va rammentato che tale norma non impone una forma univoca di modello processuale e che permane pertanto in capo agli stati aderenti alla CEDU un ampio margine di autonomia. Va, altresì, ricordato che, a riguardo delle (late) previsioni contenute nell'art. 6, cit., sono state introdotte alcune linee o regole di carattere esplicativo, per ciò che concerne le garanzie relative al processo in contumacia, da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (*Resolution on the criteria governing proceedings held in the absence of the accused* n. 75/11 del 21 maggio 1975); tali indirizzi sono stati, a loro volta, oggetto di interpretazione da parte della Corte EDU. L'impianto garantista in parola può riassumersi: a) nella effettività della ricezione della citazione da parte dell'imputato, la quale deve risultare a conoscenza dello stesso "in modo inequivocabile" (caso *KOUNOV C. BULGARIA*, sentenza 23 maggio 2006), b) nel divieto di celebrare il processo laddove la presenza dell'imputato sia ritenuta indispensabile e laddove il giudice abbia motivo di ritenere che la mancata comparizione sia dipesa da cause allo stesso non imputabili (caso *SOMOGYI C. ITALIA*, sent. 18 maggio 2006; v. inoltre i casi *COLOZZA C. ITALIA*, sent. 12 febbraio 1985; *BROZICEK C. ITALIA*, sent. 19 dicembre 1989; *T. C. ITALIA*, sent. 12 ottobre 1992; *F.C.B. c. Italia*, sent. 28 agosto 1991; *BELZIUK C. POLONIA*, sent. 25 marzo 1998; caso *SEJDOVIC C. ITALIA*, sent. 1° marzo 2006; *POITRIMOL C. FRANCIA*, sent. 23 novembre 1993); c) nel riesame del caso e, quindi, nella riapertura o nella rinnovabilità del processo laddove, in caso di condanna in contumacia, il soggetto condannato provi che la sua assenza era dovuta a ragioni di forza maggiore.

<sup>142</sup> Si vedano, pure, le pronunce relative ai casi *MAMATKOULOV E ASKAROV C. TURCHIA* (*Grande Chambre*, sent. 4 febbraio 2005) e *PENAFIEL SALGADO C. SPAGNA* (Sez. IV, Dec. irricevibilità, 16 aprile 2002).

<sup>143</sup> Ad avviso della Corte di Strasburgo, infatti, dal combinato disposto delle norme in esame è dato desumere che gli stati aderenti alla CEDU "erano coscienti", nel sottoscrivere e ratificare il Protocollo n. 7, che l'art. 1 in esso contenuto sarebbe stata l'unica norma applicabile nelle ipotesi inerenti ai procedimenti di espulsione, allontanamento e interdizione e che, pertanto, l'articolo 6, co. 1, CEDU sarebbe rimasto estraneo a tale ambito. Le ragioni che hanno indotto gli stati membri del Consiglio d'Europa ad introdurre la previsione contenuta nell'art. 1 del cit. Protocollo n. 7 - le quali paiono, fra l'altro, finanche escludere la obbligatorietà dell'intervento dell'autorità giurisdizionale - sono evidenti, e risultano altresì formalizzate nel rapporto esplicativo al Protocollo medesimo: apprestare un livello estremo di protezione destinato a quei soggetti che si presume siano sprovvisti di altre forme di tutela in caso di espulsione; ciò che consente, a sua volta, di assicurare a tali soggetti quanto meno uno strumento di garanzia ascrivibile al sistema di controllo preveduto dalla Convenzione e, comunque, una protezione più intensa rispetto a quella, ridottissima, derivabile dall'art. 5, co. 1, lett. f), cit.

<sup>144</sup> Si veda, per una recente riaffermazione del principio ora esposto, la pronuncia relativa al caso *BEN SALAH C. ITALIA* (sent. II Sez. 24 marzo 2009).

diritto ad essere informato in una lingua comprensibile circa i motivi della restrizione e di farsi assistere gratuitamente da un interprete, di disporre di un tempo ragionevole per predisporre gli strumenti di difesa, di farsi assistere da un difensore (eventualmente d'ufficio)<sup>145</sup>; e, ciò, soprattutto, in quei casi in cui l'allontanamento dal territorio si ricollegi strettamente ad un processo penale, ovvero sia irrogato, ad esempio, come misura accessoria<sup>146</sup>. Né pare sufficiente a superare le perplessità poc'anzi espresse la eventualità che la riduzione del livello di protezione ora detto possa essere, per dir così, supplita per il tramite delle cd. tutele *par ricochet*, di cui si darà conto fra breve, dal momento che tal risultato è comunque ascrivibile alla interpretazione estensiva della Corte EDU e non, invece, indotto da una base formale di garanzia.

*c) Le ipotesi tipiche di tutela ricollegabili al concetto di “garanzia minimale”: la arbitrarietà dei provvedimenti restrittivi della libertà personale.*

Fuori della ipotesi ora vista, la Corte di Strasburgo si è fatta carico di rintracciare - all'interno della Convenzione - quanto meno quell'assetto protettivo che viene ricollegato alle “garanzie minimali”; ciò fa, ad esempio, allorché sottolinea che le misure implicanti il trattenimento ed il fermo, segnatamente nell'ambito della procedura d'espulsione, non possano non avere una durata ragionevole e non possano trasformarsi in una forma di restrizione della libertà personale avente finalità diverse da quella consentita dal cit. art. 5, co. 1, lett. f), CEDU; restrizione che, laddove non sia correlabile e strumentale agli adempimenti connessi alla procedura suddetta, diviene illegittima (caso *AMUUR C. FRANCIA* - sentenza 25 giugno 1996). Anche nel più recente caso *ZEČIRI C. ITALIA* (sent. 5 novembre 2005) la Corte EDU assume a parametro l'art. 5, cit. Si trattava di valutare la eventuale violazione della norma CEDU in riferimento al trattenimento temporaneo di un extracomunitario presso un CPTA, che si ricollegava alla espulsione dello stesso; irrogata, quest'ultima, come sanzione sostitutiva dalla sentenza penale di condanna (da parte del G.I.P., in sede di patteggiamento). La sentenza di condanna era stata successivamente annullata dalla Cassazione per cui, venuta meno la causa del trattenimento ( la sentenza di primo grado che aveva irrogato la espulsione), si doveva reputare altresì decaduto, secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, il provvedimento relativo al trattenimento (in quanto strumentale alla misura della espulsione preveduta a titolo di sanzione sostitutiva)<sup>147</sup>; provvedimento, quest'ultimo, che, invece, le autorità italiane avevano adottato (e prorogato) anche dopo l'annullamento da parte della Cassazione. La Corte di Strasburgo ha recisamente rigettato la motivazione addotta dal Governo italiano, concernente la presunta natura scusabile dell'errore in cui erano incorsi gli organi competenti ad irrogare e reiterare il provvedimento di trattenimento; poiché, nel caso di specie, “*les autorités ne pouvaient [...] ignorer que le requérant ne devait pas être expulsé*”.

Ciò che mette conto di segnalare, ai fini che qui interessano, è la sostanziale parificazione che la Corte EDU opera fra l'ingiustificato trattenimento all'interno di un CPTA e la detenzione o carcerazione in violazione delle garanzie previste, in via generale, dalla CEDU; il che fa intendere come per il giudice di Strasburgo quanto meno talune garanzie discendenti dall'art. 5 (fra cui quella concernente il risarcimento del danno, prevista dall'ultimo comma della disposizione), esplichino i propri effetti a prescindere dalla (riconosciuta e riaffermata) ampia discrezionalità della legge (e dalla assenza di esplicite previsioni all'interno della CEDU); e ciò, in particolare, laddove ridondino in una diretta violazione, nei termini gravi ora cennati, dell'assetto protettivo essenziale che presiede alla tutela della libertà personale. La interpretazione fornita dalla Corte EDU assume un rilievo particolare per gli effetti che può indurre in riferimento ai casi di ingiustificato trattenimento o , comunque, laddove il trattenimento presso i CPTA (gli attuali Centri di identificazione ed espulsione) si caratterizzi in modo tale da far presumere la lesione del regime di garanzia discendente dall'art. 5, CEDU. E', peraltro, da dire che la pronuncia, pur se riconosce la violazione in parola, si basa, comunque,

<sup>145</sup> Va detto che la garanzia del giusto processo assume un rilievo particolare, ed è per tal motivo che ne sarebbe auspicabile l'estensione ai casi qui in esame, in quei casi in cui il giudice è chiamato giudicare della congruità della procedura di allontanamento (e, in generale, relativa alla polizia degli stranieri) con specifico riguardo alla sua eventuale farraginosità e lunghezza e, dunque, alla lesione del “termine ragionevole” di cui parla lo stesso art. 6, co. 1. Ma si veda, *infra sub c)*, per il “recupero” di tale principio di garanzia attraverso il ricorso all'art. 5, CEDU.

<sup>146</sup> Anche in tale ultima ipotesi la Corte EDU appare ferma nell'escludere la garanzia del giusto processo. Si veda il caso *MAAOUIA C. FRANCIA*, cit., in cui si afferma chiaramente, che il fatto che la misura di polizia “*est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif*” (§ 39).

<sup>147</sup> Secondo quanto prevedeva l'art. 14, l. n. 40/1998. Si veda, ora, l'art. 16, T.U. Immigrazione.

su motivazioni che hanno ad oggetto il comportamento specifico tenuto in sede di applicazione della misura, ovvero sulla contraddittorietà e diretta incisione, da parte degli atti posti in essere dalle autorità (anche giurisdizionali) italiane, in confronto a quelle disposizioni legislative che vietavano il prolungamento del trattenimento in mancanza di una sua specifica causa. Il che fa comprendere come il giudice di Strasburgo, di norma e salvo i casi di macroscopica lesione dei principi CEDU da parte della legge nazionale che fra breve si vedranno, si mantenga - nella esplicitazione dei limiti delle misure restrittive della libertà personale nelle ipotesi in discorso - entro i margini di una interpretazione che presuppone la liceità della disciplina stessa.

Quanto ora detto fa sì che la giurisprudenza della Corte EDU, pur se giunge non di rado a riconoscere la violazione delle norme-principio della Convenzione e, dunque, la responsabilità degli stati (con le conseguenze che ne derivano, anche di ordine risarcitorio), non si spinga mai oltre una certa soglia. Si veda, a tal proposito, il caso, assai importante, *ČONKA C. BELGIO* (sent. 5 maggio 2002). Anche qui la responsabilità del governo belga è strettamente collegata ad una serie di provvedimenti posti in essere dalle autorità competenti in materia di espulsione incidenti, ancora una volta, sulle garanzie apprestate dall'art. 5, co.1, CEDU. Il giudice di Strasburgo, pur evocando la necessità della interpretazione "stretta" delle norme sull'*habeas corpus* per come espresse dalla Convenzione<sup>148</sup>, ribadisce il principio di segno opposto, della "sufficienza" della procedura d'espulsione al fine di legittimare la irrogazione di una misura restrittiva della libertà personale<sup>149</sup>. Pertanto non è la mera previsione della restrizione della libertà personale - ovvero, non sono i casi e i modi in cui la legislazione nazionale, in astratto, prevede la limitazione della libertà personale in riferimento alla espulsione - a fornire alla Corte l'elemento fondamentale per invocare la lesione dell'art. 5, co. 1, cit., bensì, ancora una volta, il modo d'applicazione di tale previsione da parte dell'autorità competente ad irrogare il provvedimento limitativo<sup>150</sup>. Nel caso in esame la Corte basa la motivazione sul (e deplora il) comportamento ingannevole delle autorità belghe, ovvero quella sorta di macchinazione<sup>151</sup> progettata e posta in essere dalla autorità di polizia proprio allo scopo di sviare dalla sua *ratio* originaria il provvedimento restrittivo della libertà e determinare una vera e propria espulsione collettiva, vietata in termini assoluti dall'art. 4 del Protocollo n. 4. Sicché sono gli espedienti impiegati nell'attuazione della previsione legislativa a provocare la violazione dell'art. 5, cit.

Il dato fondamentale che è dato desumere dalla giurisprudenza della Corte EDU è, dunque, il principio secondo cui la disciplina che inerisce al trattamento dello straniero, per ciò che riguarda la materia dell'ingresso, soggiorno e allontanamento, non possa, in ogni caso, consentire comportamenti arbitrari da parte della pubblica autorità. A tal proposito, una vera e propria *summa* della linea interpretativa adottata dalla Corte di Strasburgo è rappresentata dalla recente pronuncia relativa al caso *SAADI C. REGNO UNITO* (*Grande Chambre*, sent. 29 gennaio 2008). Quivi la Corte ripercorre i tratti essenziali della propria giurisprudenza e traccia un quadro esaustivo delle garanzie che debbono presumersi in ogni caso sussistenti in confronto ai provvedimenti restrittivi della libertà personale connessi all'ingresso illegale ed alla espulsione. Si trattava di valutare, nella specie, se vi era stata violazione dell'art. 5, commi 1 e 2, CEDU nella adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale in confronto ad un extracomunitario irakeno entrato nel Regno Unito e quivi richiedente asilo. Il caso ha assunto un notevole rilievo in quanto si ricollega alle procedure britanniche inerenti al trattenimento ed, in particolare, alla prassi seguita nel centro di permanenza di Oakington. Innanzi tutto la *Grande Chambre* ribadisce il principio, già affermato dalle precedenti sent. relative ai casi *ČONKA C. BELGIO* e *CHAHAL C. REGNO UNITO* per cui, laddove una persona sia detenuta nell'ambito d'una procedura d'espulsione, viene meno la necessità di verificare la sussistenza dei presupposti legittimanti *ex art. 5, co. 1, lett. c)*, CEDU (che abilita solo quelle misure restrittive volte ad impedire la commissione di un reato o a scongiurare il pericolo di fuga). Ciò che, tuttavia, non esime dal verificare l'eventuale carattere arbitrario della restrizione della libertà personale; il che può farsi discendere dal mancato rispetto del cd. principio di proporzionalità, ma inteso dal giudice di Strasburgo in modo del tutto singolare in riferimento alla procedura d'espulsione; nel senso, cioè, che questo è invocabile solo nel caso in cui la detenzione si prolunghi oltre un tempo ragionevole; condizione che, a sua volta, può presumersi

<sup>148</sup> Tale presupposto appare già manifestato nel caso *K.-F. C. GERMANIA* (sent. 27 novembre 1997).

<sup>149</sup> Si veda, analogamente, il caso *CHAHAL C. REGNO UNITO* (sent. 15 novembre 1996).

<sup>150</sup> Il che, fra l'altro, discende dal principio di carattere generale secondo cui la Corte EDU "non ha come compito di controllare in astratto la legislazione dedotta nella controversia; essa deve limitarsi per quanto possibile ad esaminare le questioni sollevate dai ricorrenti in relazione al caso per cui è stata adita". Così la sent. *Grande Chambre* 29 marzo 2006 relativa al noto caso *SCORDINO C. ITALIA* (§ 100).

<sup>151</sup> Ovvero la "*petite ruse ... consciemment utilisée par les autorités pour assurer la réussite du 'rapatriement collectif'*".



sussistente non alla stregua del mero decorso del tempo ma soltanto laddove vi sia una causa specifica che induca il ritardo, e questo possa imputarsi a diffeosità e carenze nell'espletamento del procedimento attribuibili al comportamento "negligente" delle autorità competenti<sup>152</sup>. E' in tali casi che la detenzione diviene arbitraria; e ciò vale tanto nella ipotesi in cui la restrizione della libertà personale si riconnette alle misure volte ad impedire l'ingresso illegale sia a quelle relative all'allontanamento ed alla espulsione<sup>153</sup>.

La *Grande Chambre* individua, poi, un ulteriore triplice ordine di presupposti giustificativi, in assenza dei quali la limitazione della libertà personale deve presumersi arbitraria: per non apparir tale, infatti, la misura restrittiva deve essere adottata "in buona fede" (ovvero non "inquinata" dai comportamenti ingannevoli sopra cennati) e deve essere strettamente connessa al fine invocato (impedire a una persona di fare ingresso illegale nel territorio ovvero effettuare la espulsione); inoltre il luogo e le condizioni di detenzione debbono essere dignitosi; infine la durata della detenzione non deve eccedere il tempo ragionevolmente necessario per raggiungere lo scopo perseguito. Gli assunti ora esposti, presenti nella sent. relativa al caso *SAADI C. REGNO UNITO*, sono ripresi, in termini del tutto analoghi, nella ancor più recente sentenza della *Grande Chambre* relativa al caso *A. ED ALTRI C. REGNO UNITO* (sent. 19 febbraio 2009). La pronuncia sembra offrire qualche spunto ulteriore laddove, con speciale vigore, ribadisce quanto già precedentemente enunciato - nei casi *WITOLD LITWA C. POLONIA* (sent. 4 aprile 2000), *WINTERWERP C. PAESI BASSI* (sent. 24 ottobre 1979), *AMUUR C. FRANCIA* (sent. 25 giugno 1996), *CHAHAL C. REGNO UNITO* (sent. 15 novembre 1996) - in riferimento alla liceità di estendere lo scrutinio alla verifica del rispetto dei principi di garanzia della CEDU da parte della legge nazionale. Ciò che la Corte fa laddove, in particolare, rimarca il profilo relativo alla "regolarità" (che altro non è che un aspetto, seppur a sua volta "minimale", della legittimità) della privazione della libertà personale per come verificabile in confronto alla stessa disciplina nazionale ed assumendo a parametro l'assetto protettivo della CEDU. Secondo la Corte, seppure la Convenzione operi un rinvio alla legislazione nazionale e preveda l'obbligo, da parte della pubblica autorità, di conformarsi alle procedure ivi previste, "il rispetto del diritto nazionale non è sufficiente", poiché l'art. 5, co. 1, CEDU esige, in ogni caso, la protezione dell'individuo contro quelle previsioni legislative che facoltizzino comportamenti arbitrari. Sicché si possono verificare casi in cui la misura limitativa della libertà personale, per come preveduta dalla normazione interna, può reputarsi "legittima alla stregua dell'ordinamento nazionale essendo invece lesiva della Convenzione" (in quanto, appunto, abilitativa di comportamenti arbitrari delle pubbliche autorità).

#### d) *Le tutele "par ricochet"*.

Nei casi passati in rassegna la interpretazione fornita dalla Corte EDU - allo scopo di enucleare un *minimum* di garanzie che possa presumersi invocabile - è "interna" all'art. 5, CEDU, cioè s'incentra sulla disposizione che fissa il sistema protettivo concernente la libertà personale. Altre volte la Corte stessa ottiene un ulteriore ampliamento o rafforzamento del sistema protettivo in discorso ricavando talune forme di tutela, che potrebbero definirsi di tipo residuale o derivato, da alcuni altri disposti presenti nella CEDU, ovvero, essenzialmente, dall'art. 3 (in base al quale "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti", dall'art. 8 (che sancisce il "diritto al rispetto della vita privata e familiare"), dall'art. 13 (che garantisce il "diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale"); quest'ultimo per solito letto in combinato con le altre due disposizioni. Si tratta delle cd. tutele *par ricochet*, ovvero di quelle forme indirette di garanzia che possono dirsi applicabili in virtù della portata assai estesa delle norme-principio su cui si fondano, le quali posseggono una intrinseca attitudine a coprire una vasta area di situazioni ed a determinare, per il tramite degli apporti interpretativi della Corte EDU, alcuni significativi effetti circa la conformazione ed i limiti del potere statale. E', quello cui si è ora fatto cenno, un *modus agendi* in cui è dato individuare senza dubbio un ulteriore sforzo di adeguamento ed attualizzazione dell'impianto protettivo della CEDU da parte del giudice di Strasburgo; ciò che è dato rilevare alla luce di alcune pronunce, specie recenti.

Per ciò che concerne il portato garantista desumibile dall'art. 3, CEDU si esaminino i casi *BEN SALAH C. ITALIA* (Sez. II, sent. 24 marzo 2009) e, ancor più, *SAADI C. ITALIA* (*Grande Chambre*, sent. 28 febbraio 2008) e

<sup>152</sup> Per cui la detenzione cessa d'essere giustificata solo laddove la procedura d'espulsione non sia "*menée avec la diligence requise*". Su tal modo d'intendere il principio di proporzionalità v. pure il caso *SAADI C. REGNO UNITO*, cit., *GEBREMEDHIN C. FRANCIA*, cit., ed, ancor più recentemente, il caso *A. ED ALTRI C. REGNO UNITO*, cit. (§ 164).

<sup>153</sup> Secondo la Corte, infatti, "*il serait artificiel d'appliquer aux affaires de détention d'une personne qui vient d'entrer sur le territoire un critère de proportionnalité différent du critère valant pour les mesures d'expulsion, d'extradition ou d'éloignement d'un individu déjà présent dans le pays*".

*SELLEM C. ITALIA* (Sez. II, sent. 5 maggio 2009). Si trattava di valutare la violazione dell'art. 3, CEDU in riferimento a provvedimenti d'espulsione che, se eseguiti, avrebbero potuto indurre una situazione di reale e comprovato rischio in confronto agli stranieri destinatari dei provvedimenti stessi; in virtù del fatto che costoro avrebbero potuto essere assoggettati, nei paesi di destinazione, ai trattamenti individuati dal cit. art. 3 ("tortura" e "pene o trattamenti inumani o degradanti"). Laddove si possa ragionevolmente presumere sussistente, sulla base di elementi concreti ed oggettivi, una tale eventualità, viene meno, secondo la Corte, la possibilità di operare un bilanciamento equitativo fra l'interesse dello stato alla esecuzione della espulsione ed il rischio che il soggetto privato subisca un pregiudizio a seguito della espulsione stessa<sup>154</sup>; e ciò anche se il destinatario del provvedimento sia da ritenere persona pericolosa per la collettività ed il provvedimento trovi la propria causa giustificativa in tale circostanza. I casi in cui si rappresenta in modo più problematico l'obbligo di far prevalere l'interesse del soggetto privato rispetto a quello dello stato sono quelli in cui l'allontanamento è disposto in dipendenza della (temuta o, ancor peggio, provata) appartenenza o partecipazione ad organizzazioni di carattere terroristico; ciò che, tuttavia, non costituisce, secondo il giudice di Strasburgo, motivo valido per derogare al portato protettivo desumibile dalla norma in esame. Il che fa comprendere come sia elevato, nella lettura del giudice stesso, il livello di protezione fornito dall'art. 3. Né rileva, ai fini della valutazione che inerisce al bilanciamento, il fatto che lo stato in cui si teme vengano praticati i trattamenti in questione sia aderente alla CEDU o, invece, un "paese terzo"; non essendo ammissibile, ad avviso della Corte, differenziare il criterio di giudizio in funzione di tale circostanza<sup>155</sup>. La protezione offerta dall'art. 3 è, infatti, da intendersi in termini assoluti, nel senso che la disposizione impone di non estradare o espellere una persona per il sol fatto che questa "corre nel paese di destinazione il rischio reale d'essere sottomessa a tali trattamenti"<sup>156</sup>; e tale motivo è di per sé sufficiente a far privilegiare l'interesse del soggetto<sup>157</sup>. E' interessante notare come, nelle pronunce in esame, la Corte si premuri di segnalare che il grado di protezione della CEDU è da intendersi qualitativamente più elevato rispetto a quello della stessa Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951, i cui art. 32 e 33 fanno comunque salvo l'interesse prevalente dello stato alla espulsione laddove la presenza del soggetto rappresenti "un pericolo per la sicurezza del paese" (art. 33, co. 2, cit.)<sup>158</sup>; il che sarebbe stato presumibile nei casi trattati dalle pronunce in esame, stante che il soggetto destinatario del provvedimento d'espulsione era accusato di far parte, appunto, di organizzazioni di carattere terroristico.

La interpretazione fornita dalla Corte EDU circa la (amplissima) portata garantista dell'art. 3 può determinare esiti assai interessanti avendo riguardo alla applicazione ed estensibilità della norma a tutti i casi in cui, in generale, si faccia questione del rischio che la esecuzione dei provvedimenti di allontanamento può indurre in ordine all'interesse primario tutelato dalla norma (della integrità fisio-psichica del soggetto a fronte del pericolo di essere assoggettato a tortura ed a trattamenti inumani e degradanti); ivi comprese le ipotesi, di estrema attualità, che ineriscono alle modalità applicative del cd. respingimento<sup>159</sup>. Non pare dubbio, infatti, che, proprio in virtù della natura assoluta (e non funzionalizzabile) della protezione offerta dall'art. 3, per come quest'ultimo è inteso dal giudice di Strasburgo, si debba ritenere che l'assetto di tutela che ne deriva

<sup>154</sup> Nella valutazione della Corte EDU assumono rilievo, ai fini della identificazione della nozione di "trattamento inumano o degradante", le "*considérations humanitaires impérieuses*", le quali possono riguardare i casi in cui la esecuzione della espulsione implicherebbe la cessazione di una cura o il "trattamento medico non appropriato". V. i casi *ARCILA HENAO C. PAESI-BASSI* (dec. 24 giugno 2003); *MEHO C. PAESI-BASSI* (dec. 20 gennaio 2004); *HUKIC C. SVEZIA* (dec. 27 settembre 2005).

<sup>155</sup> Sul punto v. il cit. caso *CHAHAL C. REGNO-UNITO* (sent. 5 novembre 1996).

<sup>156</sup> Così nel caso *SAADIC C. ITALIA*, cit., (§ 138).

<sup>157</sup> Anche l'art. 19, co. 2, Carta dei diritti U.E. contiene una previsione che può avvicinarsi a quella dell'art. 3 CEDU laddove sancisce che "nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti". In effetti, l'art. 19, cit., pare non solo recepire la formula dell'art. 3 CEDU, ma renderla ancor incisiva quanto al contenuto garantista, nel senso che non opera un riferimento nei termini generici di cui all'art. 3 CEDU, ma prende in considerazione in modo puntuale ed esplicito le ipotesi qui in esame configurando il divieto con un grado maggiore di tassatività; ragion per cui la protezione offerta dalla Carta di Nizza non potrebbe essere qualificata, al pari di quella della CEDU, come *par ricochet*. Non a caso la differenza di disciplina ora vista potrebbe, secondo V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 6, indurre problemi di corrispondenza.

<sup>158</sup> Va qui segnalato che le conclusioni cui giunge la Corte EDU è conforme agli artt. IV e XII delle "Linee direttive sui diritti dell'uomo e la lotta contro il terrorismo" adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 luglio 2002. Si veda, in particolare, l'art. XII, nella parte in cui afferma il principio secondo cui "lo stato cui è inoltrata una domanda d'asilo ha l'obbligo di assicurarsi che l'espulsione del richiedente nel suo paese d'origine o in un altro paese non lo esponga alla pena capitale o alla tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti".

<sup>159</sup> Si veda, per ciò che concerne la legislazione vigente, l'art. 10, T.U. Immigrazione.

potrebbe provocare rilevanti conseguenze in riferimento alla applicazione, da parte del giudice della giurisdizione ordinaria, delle norme del T.U. immigrazione che disciplinano le fattispecie in questione; quanto meno avendo riguardo ai respingimenti alla frontiera che vengono effettuati in territorio italiano. E' pur vero, infatti, che l'art. 10, co. 4, T.U. immigrazione esplicitamente esclude dalla applicazione delle norme sul respingimento i casi "previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari"; pur tuttavia, la costante evocazione, all'interno delle procedure in discorso, degl'interessi pubblici contrapposibili a quello dello straniero<sup>160</sup> - che presuppongono a loro volta un esteso grado di apprezzamento discrezionale da parte della autorità amministrativa - fa risaltare l'importanza del significato protettivo che la Corte di Strasburgo fa discendere dall'art. 3, CEDU. In tal senso pare del tutto ammissibile che, nella applicazione del T.U. immigrazione (ma, altresì, della legislazione vigente in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato), il giudice stesso possa effettuare un tipo di valutazione che si avvalga del significato espresso, nei termini sopra detti, dall'art. 3, cit. Come poc'anzi accennato, il significato garantista che la Corte EDU rinviene all'interno della norma in esame pare estensibile a tutti i casi in cui sussista il rischio o il pericolo che l'allontanamento induca le conseguenze ivi indicate e, dunque, anche nell'ambito delle procedure previste per il riconoscimento dello *status* di rifugiato ed, ora, per le "domande di protezione internazionale"<sup>161</sup>. A tal ultimo proposito deve segnalarsi che rivestono un ruolo centrale, ai fini della valutazione operata dalle Commissioni territoriali e dalla Commissione nazionale, gli indici relativi alla qualificazione "della persecuzione o del danno grave" (art. 5, d.lgs. n. 251/2007), nonché degli "atti di persecuzione" e dei "motivi di persecuzione" (rispettivamente individuati dagli artt. 7 e 8, cit. d.lgs. n. 252/2007). In particolare, il comma 2 dell'art. 8, cit., fa riferimento alla circostanza che vi sia "un timore fondato di essere perseguitato". Gli indici o criteri in questione potranno, allora, lecitamente essere ragguagliati, e costantemente "attualizzati", nella loro rispettiva valenza precettiva, alla stregua della lettura fornita dalla Corte EDU in riferimento all'art. 3, cit.; valutazione che, per ciò che concerne le procedure relative alla concessione dello *status* di rifugiato, pare possibile esperire da parte degli organi giurisdizionali in sede di impugnazione avverso la decisione delle Commissioni<sup>162</sup>.

Particolarmente estesa è, altresì, la giurisprudenza del giudice di Strasburgo relativa all'art. 8, CEDU; con particolare riguardo al portato garantista che dalla norma si fa discendere in ordine alle fattispecie qui esaminate, della copertura indiretta di talune libertà esercitabili dallo straniero. Anche per ciò che concerne il "diritto al rispetto della vita privata e familiare" la valutazione operata dal giudice di Strasburgo s'innerva sulla collocazione e portata dell'interesse che, all'interno dell'art. 8, viene contrapposto al godimento del diritto, e che si ricollega alle esigenze di natura pubblica della difesa dell'ordine ed della sicurezza, nonché della prevenzione dei reati. E' subito da dire che nel caso di specie assume una peculiare caratterizzazione la misura ed il grado dell'apprezzamento riconosciuto al legislatore; ed in tal senso la valutazione esperibile dalla Corte in ordine alle possibili lesioni del principio espresso dall'art. 8 pare disporsi in termini meno rigidi rispetto allo scrutinio esercitabile alla stregua dell'art. 3; e, ciò, proprio in virtù del fatto che tale ultima disposizione identifica in maniera più tassativa l'assetto di tutela del diritto, sì da far presumere, se non la insuscettibilità del cennato bilanciamento, quanto meno la necessità di una commisurazione nei modi "stretti" sopra riferiti. Da ciò deriva una qual certa instabilità ed ambivalenza che caratterizza la giurisprudenza individuativa dei limiti opponibili al potere statale in funzione della tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>163</sup>. Invero, che una diversa (e maggiore) estensione dell'azione conformativa della legge in ordine a tale ultimo diritto si debba ritenere ammissibile, pare legittimato dallo stesso art. 8, sol che se ne ponga a confronto il disposto, denso di intenti funzionalisti, con l'altro, assolutizzante, dell'art. 3. Emerge in particolare, dal secondo comma dell'art. 8, cit., la numerosità e molteplicità delle indicazioni di scopo e,

<sup>160</sup> V., ad esempio, quanto preveduto dall'art. 3, co. 6, T.U. Immigrazione in ordine al respingimento e alla non ammissione "per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali".

<sup>161</sup> Ai sensi delle Direttive 2004/83/CE (attuata con d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251) e 2005/85/CE, cui ha dato attuazione il recente d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25. Si veda, per ciò che concerne la fissazione delle singole ipotesi in cui si possa procedere al riconoscimento dello *status* di rifugiato, il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251.

<sup>162</sup> Si veda, a tal proposito, da ultimo, l'art. 35, d.lgs. n. 25/2008, che prevede il ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale presso il Tribunale (in composizione monocratica con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio) e l'eventuale reclamo avverso la sentenza del Tribunale presso la Corte d'Appello (nonché il ricorso per Cassazione).

<sup>163</sup> Come rileva G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 243 ss.

dunque, delle finalità lecitamente perseguibili dal legislatore statale. Sicché non pare dubbio, ed è ammesso dalla stessa Corte EDU, che la verifica della eventuale lesione dell'art. 8 non possa prescindere da tale presupposto. Si vedano, in tal senso, fra le più recenti pronunce, quelle in cui il giudice di Strasburgo sottolinea che, in ogni caso, la violazione della norma in parola (isolatamente presa o letta in combinato con l'art. 13) possa esser riconosciuta e dichiarata solo laddove il provvedimento (o, più in generale, il comportamento) posto in essere dalla autorità pubblica incida, in misura più o meno diretta ed evidente, sul cd. principio di proporzionalità<sup>164</sup>.

Assai significativa, in tal senso, appare una delle prime pronunce, relativa al caso *MOUSTAQUIM C. BELGIO* (Sent. 18 febbraio 1991), in cui la Corte pone particolare attenzione al significato (ed alla portata) della evocazione, all'interno dell'art. 8, co. 2, cit., del concetto di "società democratica", inteso come elemento qualificante il termine di raffronto alla cui stregua va parametrata la lecita "ingerenza di una autorità pubblica" nella vita privata e familiare del soggetto privato. La sentenza sottolinea che il concetto in questione impone di ritenere ammissibili solo quelle limitazioni che possano reputarsi giustificate da "un bisogno sociale imperioso" ed, appunto, "proporzionato allo scopo legittimo perseguito"; sicché l'art. 8, cit., deve presumersi violato laddove il provvedimento d'espulsione, pur se indotto e motivato, come nel caso di specie, sulla base della pericolosità sociale dello straniero (corroborata dai trascorsi penali dello stesso), non tenga conto di altri e più significativi elementi, quali, appunto, quelli provenienti dalla "storia" e dalla "vita familiare" del soggetto, che fanno ritenere ingiustificata la misura della espulsione in quanto produttiva di una non tollerabile (e sproporzionata) incisione dei legami familiari. Per una conferma di tali assunti si veda, più recentemente, la estesa ed argomentata pronuncia relativa al caso *MASLOV C. AUSTRIA (Grande Chambre)*, Sent. 23 giugno 2008), in cui viene ulteriormente approfondita la garanzia derivabile ex art. 8, cit. Si trattava, anche qui di valutare la opponibilità del diritto al rispetto della vita privata e familiare in confronto alla "ingerenza" indotta da un provvedimento di espulsione. La sentenza pare importante perché afferma, in termini assai ampi, la possibilità di assumere a parametro di riferimento a sé stante la "vita privata" dello straniero, eventualmente anche in assenza di una "vita familiare" dello stesso che ne asseveri il legame con il territorio. Secondo la Corte EDU, infatti, l'art. 8 tutela anche il diritto degli immigrati "ad intrattenere legami con i propri simili e col mondo esterno", il che impone di ritenere ricompresi entro l'ambito protettivo apprestato dal primo comma della disposizione gli "aspetti della identità sociale di un individuo" ed, in particolare, "i legami sociali tra gli stessi immigrati e la comunità nella quale essi vivono"; tutti elementi, questi, che varrebbero a configurare la nozione di "vita privata" ex art. 8, cit.

Ciò detto, non si può mancar di segnalare che alla base della valutazione della Corte si pone l'apprezzamento di una serie di esigenze - e la collocazione delle medesime alla stregua di una gerarchia di valori - che rischia pur sempre di rappresentarsi in modo tendenzialmente mobile. In tal senso si dispone, ad esempio, il parametro rappresentato dall'"esercizio normale della vita familiare", che viene sovente utilizzato ma, altrettanto frequentemente, reputato recessivo in confronto alle finalità pubbliche sopra dette<sup>165</sup>; a meno che non sopravvengano, a rendere meno funzionalizzabile la pretesa del soggetto privato, altre esigenze, quale in particolare quella che attiene all'"interesse superiore del minore"; il quale ultimo è reputato, sempre e comunque, "d'una importanza cruciale"<sup>166</sup>; sicché solo comportamenti particolarmente "indegni" del genitore possono autorizzare la privazione dei "diritti parentali" a questo riconoscibili in virtù dell'art. 8, co. 1, cit.<sup>167</sup>. E', dunque, alla stregua della commisurazione su richiamata - e della verifica di un eventuale irragionevole bilanciamento - che si esprime, in sostanza, l'apporto interpretativo della Corte EDU in ordine alla portata dell'art. 8, segnatamente nei casi più delicati; la maggior parte dei quali attiene, com'è facile intendere, alle lesioni indotte o dal diniego di ricongiungimento o, all'inverso, da un provvedimento di espulsione. Ma è proprio in ordine a tali ipotesi che la giurisprudenza in esame pare seguire indirizzi interpretativi non univoci, dal momento che la valutazione della Corte dà per presupposta, nei casi ora detti, l'adozione di una serie di criteri o indici, che dovrebbero essere quanto più possibile certi ed oggettivi e che,

<sup>164</sup> Di analogo tenore garantista appaiono le pronunce collegate ai casi *EMRE C. SVIZZERA* (sent. 22 agosto 2008); *MOUSTAQUIM C. BELGIO* (sent. 18 febbraio 1991); *AMROLLAHI C. DANIMARCA* (sent. 11 luglio 2002); *BELDJOUDI C. FRANCIA* (sent. 26 marzo 1992); *YILMAZ C. GERMANIA* (sent. 17 aprile 2003); *KELES C. GERMANIA* (sent. 27 ottobre 2005).

<sup>165</sup> Così come avviene nel caso *SABOU E PIRCALAB C. ROMANIA* (II Sez., sent. 28 dicembre 2004).

<sup>166</sup> V. il caso *JOHANSEN C. NORVEGIA* (sent. 7 agosto 1996).

<sup>167</sup> Sulla centralità dei "legami particolari sviluppati dagli immigrati con il paese ospitante" v. anche i casi *MEHEMI C. FRANCIA* (sent. 26 settembre 1997) e *BAGHLI C. FRANCIA* (sent. 30 novembre 1999).

invece, inducono un inevitabile grado di approssimazione, in quanto adoperati o in termini alternativi o, comunque, all'infuori di un quadro organico e stabile. Si veda, in proposito, il caso *ÛNER C. PAESI BASSI* (II Sez., sent. 5 luglio 2005). Anche qui si trattava di interpretare il portato garantista dell'art. 8, co. 1, CEDU alla luce di un provvedimento di espulsione irrogato a seguito di una sentenza penale di condanna dello straniero, da eseguire dopo il "fine pena". L'autorità amministrativa olandese che aveva adottato il provvedimento aveva reputato l'interesse pubblico alla sicurezza prevalente rispetto all'interesse dello straniero all'"esercizio normale della vita familiare" (nella specie, a proseguire la vita familiare con la propria compagna e i propri figli e parenti). La pronuncia fa una accurata elencazione degli indici attraverso cui desumere la sussistenza di quelle condizioni che consentono di valutare quando la misura della espulsione possa dirsi "necessaria in una società democratica" ai sensi del secondo comma dell'art. 8, segnatamente nel caso in cui l'espulsione stessa si ricolleggi ai trascorsi penali del soggetto.<sup>168</sup> Orbene, la capillare elencazione in discorso, che parrebbe ricondursi all'intento di delimitare entro margini oggettivi la valutazione esperibile da parte della Corte EDU, appare invece operata a tutt'altri – e assai meno garantisti – fini; vale a dire allo scopo di irrigidire il parametro di giudizio in riferimento ai casi più delicati che involgono la fenomenologia migratoria. Ed, invero, la sent. in esame conclude escludendo la violazione dell'art. 8, co. 1, cit., anche se il quadro di riferimento, pur con le sue indiscutibili ombre derivanti dai trascorsi penali del soggetto, avrebbe potuto indurre la Corte ad un esito differente; come peraltro avvenuto in riferimento ad altri casi in cui la pericolosità sociale del soggetto poteva presumersi sussistente in termini anche più rilevanti.

E' alla luce di tali risultanze che si manifesta in tutta la sua problematicità la cennata instabilità della giurisprudenza della Corte EDU che inerisce alle garanzie derivabili dall'art. 8, cit. Né è da escludere che sia rinvenibile una più o meno netta scissura fra le pronunce rese dalla Corte EDU assumendo a parametro temporale di riferimento il discrimine rappresentato dalla esplosione del fenomeno migratorio di massa (in particolare presso quei paesi europei che ne erano rimasti esenti, fra cui l'Italia)<sup>169</sup>. E' lecito, infatti, presumere - ed è questo il profilo meno appagante che emerge dalla giurisprudenza in esame - che quanto meno talune delle pronunce rese quando i sommovimenti in discorso si erano già manifestati in tutta la loro virulenza e problematicità appaiano caratterizzate da una qual certa propensione di tipo riduttivista e, comunque, denunciino una più o meno intensa "preoccupazione" per gli effetti provocati da una gestione non regimentata (nella specie sul piano propriamente giurisdizionale) della fenomenologia migratoria; il che, inevitabilmente, incide sul bilanciamento degli interessi rispettivamente individuati dal primo e dal secondo comma del cit. art. 8 e sull'avvertibile maggiore attenzione, da parte della Corte EDU, alle esigenze riconnesse all'ordine e alla sicurezza. Si vedano, in tal senso, fra le pronunce più recenti, oltre a quella relativa al cit. caso *ÛNER C. PAESI BASSI*, le altre relative ai casi *KIZILKAYA C. TURCHIA* (II Sez., sent. 20 febbraio 2008) e *CHERIF E ALTRI C. ITALIA* (II Sez., sent. 7 aprile 2009).

PAOLO STANCATI

<sup>168</sup> Tali indici sono: "natura e gravità del reato commesso", "durata del soggiorno nel paese ospitante", "periodo di tempo trascorso dopo la commissione del reato e dalla condotta tenuta dal soggetto durante tale periodo", "nazionalità delle persone coinvolte", "situazione familiare del ricorrente e in particolare durata del matrimonio", "altri fattori che possono dar conto della effettività di una vita familiare in seno alla coppia", "presenza di figli nati all'interno del matrimonio ed età dei medesimi", "difficoltà che i congiunti del soggetto rischiano di incontrare nel paese di destinazione", nonché i sopra cennati "legami particolari sviluppati dal soggetto con il paese in cui ha trascorso la più parte della propria esistenza". Si veda, per l'elencazione degli indici in discorso, anche la pronuncia relativa al caso *BOULTIF C. SVIZZERA* (II Sez., sent. 2 novembre 2001). La pronuncia sopra esaminata richiama altresì la Raccomandazione 1504 (2001) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla non-espulsione degli immigrati di lunga durata. Taluni degli indici ora visti si rintracciano nell'elencazione operata dall'art. 13, co. 2-bis, T.U. Immigrazione: "Nell'adottare il provvedimento di espulsione ai sensi del comma 2, lettere a) e b), nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell'articolo 29, si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine".

<sup>169</sup> Tale discrimine viene - da G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 242-5 - fatto coincidere con quel volgere di tempo che va dalla fine degli anni ottanta alla metà degli anni Novanta", per cui si potrebbe affermare che, se anteriormente a tale periodo la Corte EDU sembra decisamente privilegiare il diritto dello straniero ascrivibile al primo comma dell'art. 8, "nel corso degli anni Novanta la Corte muterà restrittivamente il proprio indirizzo giurisprudenziale attribuendo un'importanza sempre maggiore alla gravità dei reati commessi dai ricorrenti, spesso immigrati di seconda generazione, alla loro 'storia criminale', al mantenimento o meno di legami con il paese di origine ed alla ufficialità dei legami familiari a scapito della loro effettività, costituendo spesso la natura non matrimoniale dei rapporti familiari, una giustificazione delle limitazioni poste dalle normative statali al diritto in questione".