

Alessandro Pace*

Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo**

1. *Caratteri della Costituzione italiana*

La Costituzione italiana allude ai diritti dell'uomo una sola volta, nell'art. 2, là dove proclama che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Diritti giuridicamente proclamati come inviolabili, ma non «sacri» e tanto meno «naturali». Proclamando i diritti inviolabili dell'uomo, i Padri costituenti non intesero infatti alludere a diritti metapositivi¹.

Coerentemente, la nostra Costituzione non afferma che tutti gli uomini sono eguali tra loro, il che sarebbe stato ammissibile solo in una logica giusnaturalista, esplicitamente rifiutata dai Costituenti (v. *infra* il § 2). Dispone, invece, all'art. 3 comma 1, che «I cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», lasciando così intendere che il possesso della cittadinanza potrebbe essere assunto dal legislatore ad elemento diversificante nella disciplina di taluni diritti.

Con altrettanta coerenza, la Costituzione sancisce - in una apposita disposizione (l'art. 10 comma 2) - quale sia la fonte di disciplina dello straniero, a tal fine prescrivendo che «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Rilevante sul punto è però anche il primo comma della stessa disposizione, secondo cui «(l)'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute». Tale disposizione implica infatti l'immediata generale applicabilità

* Professore ordinario di diritto costituzionale fuori ruolo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma.

** Testo ampliato della relazione nazionale al Convegno internazionale di diritto comparato sul tema «*Are Human Rights Universal and Binding?*» (Washington, D.C., USA, 25 luglio – 1° agosto 2010). Il fatto che il saggio sia stato redatto per studiosi stranieri giustifica alcune notazioni altrimenti banali per un italiano.

¹ V. la riunione della I Sottocommissione del 9 settembre 1946 e, in particolare, gli interventi degli onn. Dossetti e Togliatti. Sul punto v. ampiamente A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, in «*Enciclopedia giuridica*», vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1989, p. 10 ss.

delle norme del diritto internazionale consuetudinario che prevedono la spettanza di un *minimum* di garanzie.

La Costituzione italiana è lunga e articolata. Ciò implica importanti conseguenze ermeneutiche: le singole parole di essa, proprio perché contenute in articolate disposizioni non di rado costituite da più di un comma, possiedono - da un punto di vista interpretativo - un significato più vincolante di quello degli enunciati costituzionali meramente «di principio» - quali «Il Congresso non potrà porre in essere leggi (...) per limitare la libertà di parola o di stampa»² oppure «La libertà dell'arte è garantita»³ e così via -, nei confronti dei quali la discrezionalità del legislatore e degli organi giurisdizionali è certamente maggiore⁴. Di qui la conseguenza che, diversamente da altri ordinamenti, l'interprete della Costituzione italiana non può eludere il fatto - solitamente trascurato - che la Parte prima della Costituzione recita «Diritti e doveri dei cittadini», pressappoco come nella Costituzione di Weimar dell'11 agosto 1919⁵, e non come la *Déclaration* del 26 agosto 1789 intitolata ai «Diritti dell'Uomo e del Cittadino».

Ciò non di meno, all'interno della Parte prima, mentre i diritti proclamati nel titolo IV («Rapporti politici») sono attribuiti sempre e soltanto ai cittadini, i diritti proclamati nel titolo I («Rapporti civili»), nel titolo II («Rapporti etico-sociali») e nel titolo III («Rapporti economici») sono riconosciuti a «tutti» (così, ad esempio, la libertà di religione e di manifestazione del pensiero e il diritto di agire in giudizio: artt. 19, 21 e 24) oppure sono riconosciuti impersonalmente (così, ad esempio, nell'art. 13 comma 1: «La libertà personale è inviolabile»; nell'art. 23: «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» o nell'art. 25: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge»).

Nel titolo I («Rapporti civili») sono esclusivamente riconosciute ai cittadini soltanto le libertà di circolazione (art. 16), di riunione (art. 17) e di associazione (art. 18) nonché il diritto a non essere estradato (art. 26) (che non può ovviamente essere riconosciuto ad altri). Infine, mentre tra i «Principi fondamentali» il diritto al lavoro spetta solo al cittadino (perché a lungo si discusse in Assemblea costituente se esso

² I. em. US Const. (1791).

³ Art. 21 Cost. svizzera (2002).

⁴ Sul punto, per maggiori approfondimenti della tesi, secondo la quale la scelta del metodo interpretativo è condizionata dalle caratteristiche testuali della costituzione e dall'atteggiamento psicologico dell'interprete nei confronti di essa, v. **A. Pace**, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in **G. Azzariti** (curatore), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 83 ss.

⁵ «Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen».

potesse essere addirittura configurato come un diritto ad una prestazione positiva da parte dei pubblici poteri), nell'ambito dei «Rapporti economici» al solo cittadino è riconosciuto il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale della persona inabile e sprovvista dei mezzi necessari per vivere (art. 38).

Questo essendo il materiale normativo, vediamo ora, sinteticamente, quali sono state talune delle prime soluzioni ermeneutiche prospettate, alla luce delle quali si è sviluppato il successivo dibattito e si è sviluppata la giurisprudenza della Corte costituzionale.

2. Gli indirizzi dottrinali anteriori alla giurisprudenza costituzionale

Nel volume collettaneo *La Costituzione italiana. Commento analitico* (1949), opera pregevolissima di tre giovani magistrati⁶, Luigi Bianchi D'Espinosa sottolineava che mentre gli artt. 2 e 3 Cost. individuerebbero, in via di principio, la *sedes materiae* della disciplina del cittadino, l'art. 10 comma 2 costituirebbe, sempre in via di principio, la *sedes materiae* della disciplina dello straniero, e rilevava, sin da allora, che l'eventuale inosservanza, da parte della legge italiana, delle norme e dei trattati internazionali disciplinanti la materia, ne avrebbe determinato l'invalidità. Bianchi d'Espinosa sottolineava inoltre come il richiamo al «diritto internazionale generalmente riconosciuto» (art. 10 comma 1 Cost.) implichi comunque un obbligo degli Stati di «riconoscere agli stranieri la qualità di soggetto di diritti, e di concedere ad essi perciò almeno i diritti che sono conseguenza immediata della personalità. Così uno Stato non potrebbe, senza violare il diritto delle genti, considerare lo straniero come schiavo; oppure negargli il diritto all'integrità personale, o la libertà di coscienza o di culto, ecc. Il diritto internazionale fissa dunque un *minimo di diritti* che la legislazione interna è obbligata a riconoscere agli stranieri... ». Dopo di che egli sottolineava come la spettanza dei soli diritti esplicitamente attribuiti ai cittadini, nella Parte prima, dovesse essere preclusa agli stranieri⁷ (ma senza però spiegare il perché).

Dal canto suo, un altro degli autori della stessa opera, Gastone Baschieri, non contestava l'esattezza dell'intestazione della Parte prima ai soli «Diritti e doveri dei cittadini», come forse avrebbe fatto Bianchi D'Espinosa se gli fosse spettato di commentare la Parte prima della Costituzione. Pur rilevando che alcune delle disposizioni della Parte prima sarebbero applicabili anche agli stranieri «in quanto siano *iure soli* sudditi temporanei dell'ordinamento italiano», Baschieri sottolineava

⁶ G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Nocchioli, Firenze, 1949

⁷ L. Bianchi D'Espinosa, in G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, cit., p. 41 s.

l'importanza politica e la correttezza giuridica di quella intitolazione, in quanto essa esternava l'esistenza di un «Patto Nazionale» tra i cittadini⁸, presupposto dalla nostra Costituzione.

Del 1953 è il saggio *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione* di Carlo Esposito, peraltro pubblicato in veste definitiva l'anno successivo (Paolo Barile nell'opera che ricorderò qui di seguito⁹ lo avrebbe citato nell'edizione del 1953)¹⁰. In esso si trova subito un rilievo notevolissimo ai fini del nostro discorso. Il principio di eguaglianza si rivolge, nell'art. 3 Cost., ai soli cittadini (in forza di una scelta consapevole della Commissione per la Costituzione che la sostituì alla dizione «uomini» proposta dagli onn. Moro e Laconi) perché nell'art. 2 la nostra Costituzione non «intende riconoscere “diritti naturali”». Solo se i diritti dell'art. 2 avessero un fondamento giusnaturalistico, l'eguaglianza potrebbe infatti essere proclamata con riferimento a tutti gli uomini, come appunto in alcune Costituzioni settecentesche, e non solo¹¹. Determinante, in tal senso, il rilievo - sottolinea Esposito - che la posizione giuridica dello straniero sia specificamente disciplinata, nei modi visti, dall'art. 10 comma 2. Ciò infatti «esclude che la proclamazione generale sulla eguaglianza dei cittadini e quelle ad esse unite sulla giustizia sociale per i cittadini si riferiscano anche allo straniero»¹². D'altra parte, «se gli stranieri fossero per legge in generale e per l'ordinamento giuridico eguali ai cittadini, la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere»¹³.

Tutto ciò non portava però Esposito ad escludere che i diritti costituzionalmente riconosciuti a «tutti» (o «impersonalmente») o addirittura «ai cittadini» non possano essere estesi anche agli stranieri. Nel primo caso perché vi sarebbe una presunzione che la Costituzione «abbia voluto concedere tale diritto anche agli stranieri», nel secondo perché la proclamazione costituzionale (il riferimento, ancorché implicito, è ovviamente fatto agli artt. 17, 18 e 38 Cost.)

⁸ G. Baschieri, in G. Baschieri, L. Bianchi D'Espinosa, C. Giannattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, cit., pp. 48 s. e 53.

⁹ P. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953.

¹⁰ C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 17 ss.

¹¹ C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia*, cit., p. 23 s., ed ivi a p. 20 un'elencazione di enunciati costituzionali di stampo giusnaturalistico. Analoga sarebbe, per Esposito, la giustificazione adducibile per la menzione degli «uomini» nell'art. 49 GG, e cioè che si darebbe ritenuto, per taluni dei diritti riconosciuti dal *Grundgesetz*, il loro fondamento giusnaturalistico.

¹² C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia*, cit., p. 24 nota 19.

¹³ C. Esposito, *op. loc. ult. citt.*

avrebbe «rispetto agli stranieri, solo forza suppletiva delle lacune delle leggi ordinarie e, comunque, decostituzionalizzata»¹⁴. Ciò tuttavia non vale per quanto riguarda le dichiarazioni dei diritti politici, come tali esercitabili solo dal cittadino¹⁵

Nello stesso anno - e solo di poco successivo al primo apparire del saggio di Esposito - è la monografia di Paolo Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*: un'opera di importanza storica per la letteratura costituzionalistica italiana perché per la prima volta le norme costituzionali vengono esaminate dall'angolo visuale delle situazioni giuridiche soggettive.

Nella sua ampia disamina del problema, Barile parte dalle due affermazioni di Esposito poco sopra ricordate: in primo luogo, che la categoria giuridica dei cittadini cesserebbe di esistere, se gli stranieri fossero, per l'ordinamento giuridico, eguali ai cittadini; in secondo luogo la capacità espansiva, in senso soggettivo, delle proclamazioni dei diritti costituzionali¹⁶. Ciò non di meno, Barile, alla luce di un'attenta lettura anche delle norme legislative e regolamentari allora vigenti, critica, nella sua absolutezza, la tesi di Esposito¹⁷. Dopodiché, avendo messo in evidenza come, nell'ambito del titolo IV («Rapporti politici»), ci siano situazioni soggettive che possono riguardare anche gli stranieri - quali l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche (art. 53 Cost.) e l'obbligo di fedeltà alla Repubblica (art. 54 Cost.), nella misura in cui devono rispettare le leggi penali e quelle di pubblica sicurezza -, Barile prospetta che anche alcuni diritti politici possono spettare agli stranieri: così il diritto di petizione (art. 50 Cost.) e così il diritto di iscriversi nei partiti politici (art. 49 Cost.), anche se, a quest'ultimo riguardo, egli riconosce che in un partito politico non ci possa essere la prevalenza di stranieri. Infine, alla luce del citato l'art. 10 comma 2 Cost., Barile giunge alla conclusione, opposta a quella della precedente dottrina, secondo la quale tale norma porrebbe addirittura nel nulla la clausola di reciprocità (art. 16 delle preleggi).

In dottrina, nei quindici anni successivi i termini del problema nella sostanza non mutano. Ne costituisce la riprova quanto scrive Costantino Mortati, nel 1967, nella VII edizione delle sue *Istituzioni di diritto pubblico* - uno dei manuali di diritto costituzionale più consigliati e studiati nelle Università - proprio alla vigilia della prima sentenza della Corte costituzionale in tema di diritti dello straniero.

¹⁴ C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia*, cit., p. 24 nota 19, ma v. anche p. 33 nota 36.

¹⁵ C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia*, cit., p. 24 nota 19; Id., *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., p. 221 s.

¹⁶ P. Barile, *Il soggetto privato*, cit., p. 51 s.

¹⁷ P. Barile, *Il soggetto privato*, cit., p. 53.

Per Mortati le situazioni prospettabili nei confronti dello straniero sarebbero tre, alla luce della Costituzione: la prima «di assoluta esclusione di quei diritti per loro stessa natura inerenti alla qualità di cittadino ed, in modo tipico, di tutti i diritti politici»; la seconda, «di necessario riconoscimento, in condizioni di parità con i cittadini, degli altri [diritti] che riguardano la tutela delle esigenze essenziali alla condizione umana (e pertanto di quelli di cui agli artt. 13, 14, 15, 19, 21 comma 1, 32 e 33)»; la terza, «di discrezionale attribuzione dei residui diritti [e cioè di quelli non costituzionalmente riconosciuti], con quelle limitazioni le quali possano rendersi necessarie a tutela della sicurezza e del buon costume. Le attribuzioni conferibili nell'esercizio di tale discrezionalità devono ritenersi subordinate alla condizione della "reciprocità", a tenore della disposizione in questo senso posti dall'art. 16 delle preleggi»¹⁸.

Per ciò che invece attiene ai diritti aventi fondamento nel diritto internazionale generale (art. 10 comma 1 Cost.), Mortati faceva sua l'opinione (allora) dominante, dell'insussistenza di «consuetudini internazionali che richiedano un'assimilazione del trattamento degli stranieri a quello dei cittadini, vigendo invece la convinzione (confermata dalla "carta" dell'ONU), della necessità di assicurare ad essi il godimento dei soli diritti dell'uomo, cioè il conferimento di un minimo di pretese azionabili, attinenti non esclusivamente alla soggettività e capacità ma anche allo svolgimento della capacità stessa entro una sfera al di sotto della quale verrebbe compromessa la stessa dignità della persona»¹⁹.

E' evidente la differenza che passa tra l'impostazione di Esposito e quelle di Barile e Mortati: tralasciando il *minimo di diritti* spettanti all'uomo in forza del diritto internazionale consuetudinario, mentre per Barile e Mortati l'estensione agli stranieri dei diritti costituzionali riconosciuti o impersonalmente o a tutti implicava una spettanza anche agli stranieri *ope constitutionis*, per Esposito la situazione è diversa. Trattandosi di una mera presunzione, essa avrebbe potuto essere superata da un eventuale specifico intervento contrario del legislatore ordinario, con la conseguenza che contro una siffatta legge non si sarebbe potuta prospettare una questione di legittimità costituzionale.

Solo per dovere di completezza, ed anche con una certa ritrosia, deve inoltre essere avvertito che pochi mesi prima della pubblicazione della VII edizione delle *Istituzioni* di Mortati veniva pubblicata una mia monografia riguardante la libertà di riunione - un diritto costituzionalmente intestato ai soli cittadini (il che aveva fatto

¹⁸ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Cedam, Padova, 1967, vol. II, p. 913 ss..

¹⁹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 913.

ritenere che le sole riunioni garantite fossero quelle politiche) - che perveniva sul punto a conclusioni opposte a quelle fin qui ricordate.

Secondo la tesi ivi sostenuta, essendo la Costituzione dello Stato un fatto politico oltre che una regola, essa sarebbe innanzi tutto rilevante per i soli cittadini (si ricordi quello che aveva detto Baschieri a proposito del Patto costituzionale), il che giustificerebbe il riconoscimento formale ai soli cittadini *di tutti i diritti* della Parte prima (appunto intitolato ai «diritti e doveri del cittadino»). Il che, come già più volte sottolineato, sarebbe confermato sia dal fatto che il principio di eguaglianza riguarda, nell'art. 3 comma 1 Cost., i soli cittadini, sia dal fatto che la *sedes materiae* della condizione giuridica dello straniero sta nell'art. 10 comma 2.

Quindi, l'attribuzione della gran parte delle libertà civili a "tutti" non costituirebbe una presunzione *juris tantum* di spettanza generale, come ritenuto da Esposito, ma si riferirebbe esclusivamente a tutti i cittadini²⁰. Proprio perciò il fatto che le libertà di riunione e di associazione siano, non diversamente da tutti gli altri diritti, formalmente garantite ai soli cittadini non spiegherebbe alcuna influenza sulla natura (asseritamente politica) di entrambi tali diritti. Come tutti gli altri diritti, essi potrebbero quindi essere estesi dal legislatore ordinario anche agli stranieri. Ciò che in effetti avveniva già allora, posto che le stesse leggi fasciste di polizia non avevano mai formalmente differenziato gli stranieri dai cittadini nell'esercizio della libertà di riunione e di associazione²¹. In effetti, se una legge ordinaria non differenzia gli stranieri dai cittadini è ovvio che essa si applichi anche a costoro, tanto più in un ordinamento di democrazia liberale.

Non diversamente dall'impostazione di Esposito, il fondamento costituzionale dei diritti degli apolidi e degli stranieri, per questa dottrina, starebbe quindi nelle norme internazionali consuetudinarie (art. 10 comma 1 Cost.) e nelle norme e i trattati internazionali, ai quali, nelle sue leggi, lo Stato italiano è doverosamente tenuto ad adeguarsi in forza dell'art. 10 comma 2 Cost. Inoltre, poiché sono numerosissimi i trattati bilaterali stipulati dall'Italia che prevedono la clausola della nazione più favorita²², è ben difficile trovare un qualche Stato nei confronti dei cui cittadini la

²⁰ A. Pace, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 38 ss. La tesi è stata successivamente ripresa e approfondita in Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, I ed., Cedam, Padova, 1984, p. 133 ss.; III ed., 2003, p. 315 ss. nonché in Id. e M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero* in G. Branca e A. Pizzorusso (curatori), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna – Roma, 2006, p. 296 ss.

²¹ V. gli artt. 18 ss., 209 ss. t.u. 18 giugno 1931, n. 773.

²² V. l'elenco riportato in E. Calò, *Il principio di reciprocità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 290 ss.

Repubblica italiana non si sia impegnata a garantire lo stesso trattamento dei cittadini italiani, a condizione di reciprocità²³.

Il che, beninteso - come già implicitamente anticipato -, non esclude che lo Stato italiano possa, volendolo, estendere *sua sponte* con legge ordinaria i diritti dei cittadini agli stranieri (ivi inclusi i diritti politici), senza quindi che lo impongano norme o accordi internazionali²⁴. E' però di tutta evidenza che, nel caso dell'estensione dei diritti politici, la via maestra vada piuttosto individuata in una legge che agevoli l'acquisto della cittadinanza valorizzando maggiormente da un lato lo *jus soli*²⁵ e, dall'altro il criterio del soggiorno per un certo periodo di tempo sul territorio nazionale (beninteso insieme ad altri requisiti: la conoscenza della lingua italiana, l'assenza di pericolosità sociale e di precedenti gravi reati ecc.).

Soprattutto importante, per questa tesi, è che il riconoscimento agli stranieri degli stessi diritti dei cittadini italiani costituisca la conseguenza, diretta o indiretta, di una scelta del legislatore ordinario. Da cui altresì consegue, contro diffuse opinioni²⁶, il mantenimento in vigore, là dove possibile, della clausola di reciprocità come strumento di tutela delle condizioni dei cittadini italiani all'estero²⁷.

Il fatto che per la disciplina della cittadinanza sia sufficiente una legge ordinaria conferma, anzi, che non è la formale intestazione costituzionale dei diritti politici ai cittadini ciò che ne impedisce l'estensione agli stranieri, ma la coscienza, nei cittadini, di «essere Stato». La cittadinanza è infatti «qualcosa di più di una

²³ In questo senso, v. anche **L. Paladin**, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1998, p. 564.

²⁴ Nello stesso senso v. **M. Luciani**, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in «*Rivista critica del diritto privato*», 1992, p. 224 ss.; **Id.**, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 585; **E. Grosso**, *La titolarità del diritto di voto*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 106 ss.

²⁵ Ricorda **V. Onida**, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Relazione generale al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su «*Lo Statuto costituzionale del non cittadino*», in *AIC - Annuario 2009*, Jovene, Napoli, 2010, p. 21, che «...solo per chi vanta ascendenze di sangue italiano [art. 4 comma 1 e art. 9 comma 1 lett. a), legge 5 febbraio 1992, n.91] o per chi contragga matrimonio con un cittadino (art. 1 comma 11, legge 15 luglio 2009, n. 94) si facilita il percorso, mentre per gli altri stranieri l'acquisto della cittadinanza è condizionato oggi a dieci anni di regolare residenza (art.9 comma 2, lett. f), legge n. 91 del 1992) e al compimento di un lungo *iter* burocratico che di fatto porta il tempo necessario ad almeno dodici anni (art. 3 d.P.R. 18 aprile 1994, n. 362)»

²⁶ **P. Barile**, *Il soggetto privato*, cit., p. 57; **A. Cassese**, *Artt. 10 e 11*, in **G. Branca** (curatore), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 512 s.; **V. Onida**, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 10 s..

²⁷ Affermare, oggigiorno, che la clausola di reciprocità è in buona parte superata costituisce un'ovvia conseguenza dell'avvenuto riconoscimento, a tutti gli stranieri, della parità nel godimento della gran parte dei diritti fondamentali degli italiani. Un'equiparazione, in favore degli italiani all'estero, che invece certamente non esisteva quando la Costituzione italiana fu approvata. E' quindi irrealistico ritenere che i Costituenti volessero eliminare tale clausola. Della situazione di discriminazione dei lavoratori italiani all'estero, tuttora persistente nel 1973 (nella specie, in Svizzera), è rimasta, non sola, la testimonianza del bel film *Pane e cioccolata* di Franco Brusati, con Nino Manfredi.

condizione giuridica, essendo essa fondata su predefinite consuetudini e predeterminate inclinazioni culturali»²⁸, per cui, quando viene meno il senso di appartenenza ad un'identità storico-culturale, si è di fronte al disfacimento della stessa comunità politica²⁹ e quindi ha scarso rilievo che l'estensione dei diritti politici avvenga con legge ordinaria.

3. La giurisprudenza costituzionale negli anni 1967-1988

La sent. n. 120 del 1967 è stata la prima ad affrontare il problema della condizione giuridica dello straniero. Il caso concerneva uno straniero in stato di arresto, imputato del reato di contrabbando, che non poteva essere liberato senza la prestazione di cauzione. Pur affermando che il principio di eguaglianza si applica anche agli stranieri quando vengano in gioco i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.³⁰, la Corte costituzionale avverte però che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento»³¹.

Nell'anno successivo, con la sent. n. 11 del 1968, la Corte costituzionale respinge, ma solo in parte, la questione di legittimità costituzionale di una norma che

²⁸ Così **M. Sandel**, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, 1996, p. 117, citato da **C. De Fiore**, *Nazione e Costituzione*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 371 ss., 388 s., il quale ammette l'importanza dell'etnia come *prius* ontologico del concetto di nazione, anche se giustamente afferma che dell'etnia lo Stato-nazione non costituisce la fedele e unitaria proiezione.

²⁹ Così **F. Bilancia**, *Paura dell'altro. Artificialità dell'identità e scelta dell'appartenza*, in **F. Bilancia, F.M. Di Sciuolo, F. Rimoli** (curatori), *Paura dell'altro. Identità occidentale e cittadinanza*, Carocci, Roma, 2008, p. 224 ss.

³⁰ Corte cost., sent. n. 120 del 1967, seguita dalla sent. n. 104 del 1969. A tale indirizzo si è conformata la giurisprudenza della magistratura ordinaria: v. Cass. civ., sez. un., 4 marzo 1988, n. 2265, che ha ritenuto applicabile al lavoratore straniero il diritto alla retribuzione «proporzionata» e «sufficiente per un'esistenza libera e dignitosa» garantito ai lavoratori italiani.

³¹ Tale indirizzo interpretativo è stato poi ribadito da tutta una serie di decisioni di rigetto. V. ad esempio la sent. n. 144 del 1970 (relativa all'obbligo di comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza, a carico degli albergatori e degli affittacamere, della generalità dei clienti, con un aumento delle pene comminate nel caso che l'omissione riguardi uno straniero. Le norme ritenute rilevanti dal giudice *a quo* erano gli artt. 2, 3 e 10 Cost. e gli artt. 8, 14 e 16 della C.e.d.u.); la sent. n. 109 del 1974 (relativa all'impossibilità dello straniero, espulso dall'Italia per motivi di ordine pubblico, di rientrarvi per essere presente nel processo penale a suo carico. Le norme ritenute rilevanti dal giudice *a quo* erano gli artt. 3 e 24 Cost.); la sent. n. 244 del 1974 (relativa al potere di espulsione dello straniero sprovvisto di mezzi economici. Le norme ritenute rilevanti dal giudice *a quo* erano gli artt. 3, 16, 24, 25, 102 Cost.); infine la sent. n. 46 del 1977 (si contestava il reato contravvenzionale per omessa richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno. Le norme ritenute rilevanti dal giudice *a quo* erano gli artt. 2, 3 e 10 Cost.).

condiziona l'esercizio della professione di giornalista (e quindi l'uso del titolo) all'iscrizione in un apposito albo, richiedendosi a tal fine il possesso della cittadinanza italiana oppure il trattamento di reciprocità. E poiché tale condizione di reciprocità non era allora prevista dall'ordinamento nazionale del soggetto interessato, la Corte respinge la questione ritenendo «ragionevole che in tanto lo straniero sia ammesso ad un'attività lavorativa in quanto al cittadino italiano venga assicurata una pari possibilità nello Stato al quale il primo appartiene». La Corte aggiunge però che la stessa soluzione non può essere data all'ipotesi «dello straniero che sia cittadino di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche». In tal caso «il presupposto di reciprocità rischia di tradursi in una grave menomazione della libertà di quei soggetti ai quali la Costituzione - art. 10, terzo comma - ha voluto offrire asilo politico e che devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*»³². Limitatamente a questa parte, la Corte dichiara perciò l'incostituzionalità dell'art. 45 della legge n. 69 del 1963.

Posta di fronte alla violazione di diritti costituzionali proclamati in documenti internazionali quali il diritto di difendersi in giudizio e il diritto alla vita, previsti e garantiti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, la Corte ne afferma la spettanza agli stranieri, e lo fa in due importanti sentenze di accoglimento: la n. 50 del 1972 e la n. 54 del 1979³³. Significativa, in quest'ultima decisione, è l'affermazione, in linea con la precedente sent. n. 25 del 1966, secondo la quale l'eguaglianza viene vista come «principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura» indipendente, quindi, «dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate».

³² Per la verità la conclusione della Corte eccede di gran lunga le premesse, in quanto finisce per privilegiare il giornalista proveniente da un ordinamento totalitario rispetto al giornalista proveniente da un ordinamento democratico. Il disconoscimento, nel paese di origine, delle libertà democratiche costituisce bensì il presupposto oggettivo per ottenere l'asilo, ma non garantisce al «rifugiato» maggiori diritti di quelli riconosciuti dall'art.10 comma 2 Cost. al comune straniero. In questo senso, già prima della sent. n. 11 del 1968, v. il mio *La libertà di riunione*, cit., p. ==.

³³ Sul punto v. la sent. n. 50 del 1972, dichiarativa dell'incostituzionalità della disposizione che consentiva l'interrogatorio dello straniero senza l'aiuto dell'interprete e la sent. n. 177 del 1974 dichiarativa dell'incostituzionalità della disposizione che consentiva al giudice e al p.m. di emettere il decreto di irreperibilità nei confronti dell'imputato all'estero, ove non risulti dagli atti notizia precisa della sua dimora e ancorché non siano state previamente disposte quelle ulteriori indagini che sono invece richieste quando l'imputato si trovi nel territorio nazionale. Entrambe tali ipotesi rientrerebbero nella previsione dell'art. 10 Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo e dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

V. altresì la sentenza n. 54 del 1979, dichiarativa dell'incostituzionalità di una certa disposizione, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui consentiva l'estradizione per i reati sanzionati con la pena capitale nell'ordinamento dello Stato richiedente. La Corte ha giustamente desunto dal divieto della pena di morte il diritto alla vita (proclamato nell'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo e dall'art.6 del Patto internazionale sui . diritti civili e politici).

In tal guisa, nella giurisprudenza costituzionale, si fa strada un nuovo principio - quello della razionalità/ragionevolezza - che, pur costituendo una «costola» del principio costituzionale d'eguaglianza (art. 3 comma 1 Cost.), progressivamente se ne distaccherà, come esplicitamente riconosciuto nella sent. n. 165 del 2000, nella quale la Corte paradossalmente non esaminerà una questione di legittimità costituzionale sotto il profilo della irragionevolezza della disciplina legislativa, «essendo il dubbio di costituzionalità circoscritto alla violazione del principio di eguaglianza» (*sic!*).

Ancora, è l'irrazionalità della disciplina sottoposta all'attenzione della Corte ciò che determina la dichiarazione d'incostituzionalità di una disposizione legislativa che, nell'ipotesi del reato di contrabbando, non consentiva la liberazione dello straniero, anche quando il reato era punito con la sola pena pecuniaria, se non previo versamento della cauzione in misura eguale al minimo edittale prevista, ai sensi dell'art. 3 Cost. (sent. n. 215 del 1983). La Corte, superava così il precedente di cui alla prima sentenza relativa agli stranieri (sent. 120 del 1967).

Altrettanto scontata è dichiarazione d'incostituzionalità di cui alla sent. n. 199 del 1986, anch'essa prevalentemente dettata dall'irrazionalità della disciplina legislativa, la quale precludeva l'applicazione della nuova disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori al minore straniero in stato di abbandono. La Corte sottolinea che i «doveri inderogabili di solidarietà richiamati dallo stesso art. 2 Cost.» incombono sull'«autorità giudiziaria deputata dalle leggi ordinarie a dare effettiva tutela ed esercizio ai diritti umani, tra cui, nella specie, dell'abbandonato, il diritto alla famiglia degli affetti in mancanza di quella del sangue». La declaratoria d'incostituzionalità è pronunciata alla luce della previsione generale dell'art. 2 e di quella specifica di cui all'art. 30 comma 2 Cost. («Nel caso di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti»).

Con la sent. n. 10 del 1993 la Corte, posta di fronte ad una legge che non prevedeva che il decreto di citazione a giudizio nel processo penale dovesse essere notificato all'imputato straniero con la traduzione nella lingua di quest'ultimo, respingeva bensì la questione ma sostenendo che l'interpretazione della norma dovesse essere opposta, alla luce sua del principio di ragionevolezza sia del diritto di difesa (artt. 3 e 24 Cost.; 6 comma 3 lett. a), C.e.d.u.; 14 comma 3 lett. a), Patto internaz. dir. civili e politici).

Anche le successive declaratorie d'incostituzionalità prenderanno in assorbente considerazione l'irrazionalità delle norme contestate. Così è a dire per la sent. n. 34 del 1995 che dichiara l'incostituzionalità di una legge che, nel disporre la sanzione dell'espulsione, pone in essere una evidente violazione della chiarezza e della invariabilità della fattispecie penale, la quale ridonda anche nella violazione del principio di legalità delle pene previsto dall'art. 25 Cost. (sent. n. 34 del 1995). Così è a dire della sentenza n. 58 dello stesso anno che dichiara l'incostituzionalità di una

norma che obbligava il giudice ad emettere, «senza l'accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione, eseguibile nei confronti dello straniero» condannato per un reato in materia di spaccio di stupefacenti». Pur richiamandosi all'art. 13 Cost. (che riconosce la libertà personale «come diritto inviolabile dell'uomo, sia esso cittadino o straniero»), è infatti indubbio che, anche questa volta, determinante, ai fini della pronuncia d'illegittimità, è l'irrazionalità della disciplina legislativa, che da un lato individuava la pericolosità del soggetto come presupposto dell'ordine di espulsione, dall'altro non consentiva in concreto l'accertamento della stessa.

Ed è ancora l'irrazionalità della disciplina a determinare, per l'ennesima volta, la declaratoria d'incostituzionalità di una norma che non prevedeva «a favore del genitore straniero extracomunitario, il diritto al soggiorno in Italia, sempreché possa godere di normali condizioni di vita, per ricongiungersi al figlio, considerato minore secondo la legislazione italiana, legalmente residente e convivente in Italia con l'altro genitore, ancorché non unito al primo in matrimonio». In questo caso, per la Corte, venivano in considerazione tanto «il diritto fondamentale del minore a poter vivere, ove possibile, con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo; quanto il conseguente diritto dei genitori a realizzare il ricongiungimento con il figlio» (artt. 10 comma 2, 30 e 31 Cost., art. 8 C.e.d.u., Dichiarazione ONU dei diritti del fanciullo del 20 novembre 1959) (sent. n. 203 del 1997).

4. *I diritti inviolabili dell'uomo quali desumibili dalla giurisprudenza costituzionale*

Non sembra quindi dubbio che, al di là di qualche sporadico richiamo ai diritti inviolabili dell'uomo e alle convenzioni internazionali, nel trentennio 1967-1997, è soprattutto il principio di razionalità/ragionevolezza che viene utilizzato dalla Corte costituzionale per garantire allo straniero gli stessi diritti costituzionali garantiti al cittadino.

Sono stati perciò gli studiosi e i commentatori, ai primi degli anni '90, a darsi carico di indicare quali sarebbero i diritti inviolabili dell'uomo spettanti allo straniero. Un attento studioso, Giustino D'Orazio, in un volume specificamente dedicato al tema³⁴, ha diligentemente elencato i vari diritti qualificabili come «inviolabili», desumendoli dalle pronunce della Corte costituzionale, sia pur relative a cittadini italiani, e dalle eventuali normative internazionali³⁵.

³⁴ **G. D'Orazio**, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo – condizione giuridica – estradizione*, Cedam, Padova, 1992, pp. 240 ss., 284 ss.

³⁵ Ancorché breve, merita di essere ricordata la rassegna giurisprudenziale curata da **M. Luciani**, *Cittadini e stranieri*, cit., p. 224 ss.

Questo l'elenco: il diritto alla vita (sent. n. 54 del 1979), il diritto alla salute e all'integrità psico-fisica (sentt. nn. 88 del 1979, 561 del 1987, 455 del 1990); il correlativo diritto al risarcimento dei danni subiti (sent. n. 132 del 1985), il diritto al proprio decoro, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (sentt. nn. 38 del 1973 e 1150 del 1988), la libertà di manifestazione anche con riguardo alle opinioni politiche (sentt. nn. 85 del 1965, 122 del 1970, 168 del 1971), il diritto di agire e difendersi in giudizio (sentt. nn. 11 del 1956, 29 del 1962, 98 del 1965, 37 del 1969, 122 del 1970, 11 del 1971, 177 del 1974, 125 del 1979, 18 del 1982, 50 del 1972, 188 del 1980), il diritto alla riparazione degli errori giudiziari (sent. n. 1 del 1969), il diritto alla revisione del giudicato penale (sent. n. 28 del 1969), il rispetto della dignità umana (sent. n. 159 del 1973); la presunzione di non colpevolezza nel processo penale (sent. n. 120 del 1977); la libertà di contrarre matrimonio (sentt. nn. 27 del 1969 e 587 del 1988); i diritti della famiglia (ivi incluso il diritto alla riunificazione del gruppo familiare) (sentt. nn. 181 del 1976 e 132 del 1985), la libertà personale (sent. n. 766 del 1988), la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (sentt. nn. 77 del 1982, 122 del 1970, 366 del 1991), la libertà di circolazione quale proiezione della libertà personale (sent. n. 6 del 1962), la libertà di associazione (sentt. nn. 40 del 1982, 239 del 1984), il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa (sentt. nn. 14 del 1973, 188 del 1975, 239 del 1984), il diritto di libertà sessuale (sent. n. 561 del 1987), il diritto sociale all'abitazione (sent. n. 404 del 1988).

A tale elenco, fondato sulla giurisprudenza costituzionale, D'Orazio ne aggiunge un secondo basato sull'interpretazione di normative internazionali su cui sostanzialmente concordava la dottrina³⁶. Vengono quivi in considerazione: l'inviolabilità del domicilio (ma non basta la Costituzione?), l'esercizio dei diritti immobiliari³⁷, la libertà di ricerca scientifica, di manifestazione artistica, la libertà di riunione, di insegnamento universitario, di promuovere una riunione, la libertà di

³⁶ G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., p. 284 ss.

³⁷ M. Luciani, *Cittadini e stranieri*, cit., p. 216 negava, allora, la «fondamentalità» delle situazioni economiche di vantaggio, tra cui il diritto di proprietà, osservando giustamente che sarebbe stato contraddittorio riconoscere allo straniero la spettanza del diritto fondamentale di proprietà, quando nella giurisprudenza della Corte costituzionale la fondamentalità di tale diritto era negata al cittadino.

E' interessante sottolineare che la Corte costituzionale dichiarerà molti anni dopo, con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, l'incostituzionalità di talune norme limitative del diritto di proprietà, sotto il profilo dell'ammontare dell'indennità da esproprio, non già qualificando il diritto di proprietà come diritto inviolabile (o fondamentale), ma prendendo in considerazione il precetto di una norma C.e.d.u. che risultava violata ai sensi dell'art. 117 comma 1 Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, secondo il quale «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

associazione sindacale, il diritto all'assistenza ospedaliera, il godimento dei diritti disciplinati nel titolo dei rapporti economici.

Prima di passare a trattare della giurisprudenza dell'ultimo ventennio è importante fare due notazioni.

La prima. Con la sent. n. 215 del 1997, la Corte costituzionale supera l'indirizzo interpretativo fino ad allora seguito, che era nel senso che i «diritti inviolabili dell'uomo» garantiti dall'art. 2 Cost. costituissero una «clausola riassuntiva» dei diritti esplicitamente previsti dalle successive norme della Costituzione, e sposa l'opposta tesi della «fattispecie aperta»³⁸ allo scopo di potervi includere i c.d. «nuovi diritti»³⁹. La successiva giurisprudenza costituzionale confermerà però che, salvo eccezioni pienamente condivisibili (ad esempio il diritto al nome, il diritto sulla propria immagine, il diritto a far registrare il cambiamento di sesso), i «nuovi diritti» altro non sono che facoltà desumibili dai «vecchi diritti» (come il diritto dei portatori di *handicap* a che sia loro effettivamente assicurata la frequenza delle scuole medie, facilmente deducibile dagli artt. 34 e 38 Cost.; come il riconoscimento della pensione di guerra per le vittime di violenza carnale in occasione di fatti bellici, facilmente deducibile dall'art. 13 comma 4 Cost.; come il diritto del convivente *more uxorio* a subentrare nel rapporto di locazione, altrettanto facilmente deducibile dal combinato disposto degli artt. 3 e 42 Cost.)⁴⁰. Di questa nuova impostazione, la Corte farà comunque, in una valutazione complessiva della successiva giurisprudenza, un uso assai controllato. In genere, ricorrerà all'art. 2 Cost. soprattutto per «rafforzare» retoricamente scelte interpretative aventi già un autonomo fondamento nelle norme costituzionali.

Seconda notazione. Già negli anni '80, se non prima, dottrina e giurisprudenza hanno cominciato ad utilizzare l'aggettivo fondamentale, in luogo dell'aggettivo inviolabile, di talché alla fine degli anni '90 le due locuzioni apparivano ormai pienamente sovrapponibili l'una all'altra⁴¹.

³⁸ A. Barbera, Art. 2, in G. Branca (curatore), *Commentario della Costituzione italiana*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna – Roma, 1975, p. 80 ss.

³⁹ A favore dei quali v. il notissimo saggio di F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 3 ss. secondo il quale i diritti inviolabili, «prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive», sarebbero valori, laddove, a mio parere, i valori giuridicamente rilevanti sono quelli positivizzati nella Costituzione, la quale prevede soprattutto regole (nel senso, invece, che la Costituzione prevederebbe soprattutto principi, oltre a F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (curatore), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 68, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, p. 148 ss., a proposito dei quali v., criticamente, il mio *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit., p. 86 ss.).

⁴⁰ V. rispettivamente le sentenze nn. 215 e 561 del 1987 e 404 del 1988, e su di esse le osservazioni di A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 51. .

⁴¹ Per la verità c'è chi tuttora sostiene l'interpretazione restrittiva della locuzione «diritti fondamentali» (ad es. P.F. Grossi, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di*

5. Il testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286)

Alla fine degli anni '90, quando la dottrina, assolutamente maggioritaria, ancorché non unanime, si mostrava ormai favorevole alla integrale estensione agli stranieri di gran parte dei diritti della Parte prima (ma con l'esclusione dei diritti politici) veniva approvata la legge 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. legge Turco-Napolitano dal nome dei ministri proponenti) e, poco dopo, il d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»; di seguito: t.u.), dichiaratamente emanato ai sensi dell'art. 10 comma 2 Cost. (dopo qualche anno, avendo il centro-destra vinto le elezioni, il t.u. n. 286 del 1998 veniva restrittivamente modificato in tutta una serie di disposizioni dalla legge 30 luglio 2002, n. 189: c.d. legge Bossi-Fini dal nome dei ministri proponenti).

Tale t.u., pur salvaguardando, in qualche ipotesi, l'applicabilità della clausola di reciprocità, all'art. 2 riconosce, al comma 1, «(a)llo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato (...) 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»; al comma 2, il godimento degli stessi «diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano», salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il medesimo t.u. dispongano

libertà e istituzioni, II ed., Cedam, Padova, 2008, p. 1 ss.), ma è prevalente la tesi che identifica la fundamentalità con l'invulnerabilità e viceversa (in tal senso, per tutti, v. **A. Baldassarre**, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, negli *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1996, p. 63 ss.; **P. Caretti**, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. XIX) oppure sostiene che la fundamentalità dei diritti di libertà deriverebbe da ciò, che essi si pongono «come fondamento legale ad un tempo della società civile, della società politica e dello Stato» (così ancora **A. Baldassarre**, *Le ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in «*Democrazia e diritto*», 1976, p. 295) Infine c'è anche chi sostiene che la fundamentalità di un diritto ne presupporrebbe l'universalità (così **L. Ferrajoli**, *Diritti fondamentali*, in **Id.**(curatore), *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 6), e quindi tale qualificazione andrebbe limitata ai soli classici diritti personali di libertà. Significativo del progressivo superamento della categoria dell'«invulnerabilità» è che già il convegno del 1976 dell'Unione Giuristi Cattolici venne intitolato *Diritti fondamentali dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1977, nonostante la menzione in Costituzione dei diritti inviolabili dell'uomo fosse dovuta all'opera dei giuristi cattolici in Assemblea costituente. Ed è altrettanto significativo, nello stesso senso, che **P. Costa**, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Annali*, vol. II, tomo 2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 365 ss. non alluda mai ai diritti inviolabili.

A rigore, la nostra Costituzione non contiene, a differenza della Legge fondamentale tedesca e della Costituzione spagnola, una categoria di «diritti fondamentali» autonomamente individualibile avente una tutela sostanziale e/o processuale differenziata. Di qui, a mio parere, la conseguenza che tutte le norme costituzionali, in quanto facenti parte, allo stesso titolo, della nostra Costituzione, sono, di per ciò solo, norme fondamentali. In questo senso v. **A. Pace**, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici "comuni"*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 1989, p. 685 ss. D'altra parte, l'enucleazione dalla Costituzione di norme assertivamente più rigide delle altre (così, ad esempio, i «principi supremi» enunciati nella sent. n. 1146 del 1988), se opportuna a certi fini - sempre che la Corte costituzionale non si limiti, nella sua giurisprudenza, a mere declamazioni in proposito, coma ha fatto finora -, rischia però, agli occhi del *quisque de populo*, di sminuire la rigidità delle restanti norme costituzionali.

diversamente; al comma 3 garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio italiano e alle loro famiglie «parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani», in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975; al comma 4 garantisce allo straniero regolarmente soggiornante la partecipazione alla vita pubblica locale» (questa disposizione, relativa alla partecipazione degli stranieri alle elezioni amministrative non ha avuto finora alcun seguito); al comma 5 riconosce allo straniero «parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge»; al comma 6 garantisce che i provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione «siano tradotti anche sinteticamente in una lingua comprensibile al destinatario, ovvero, quando ciò non sia possibile, nelle lingue francese, inglese o spagnola, con preferenza per quella indicata dall'interessato».

In altre parole, il t.u. demanda alla Corte costituzionale e ai giudici comuni il compito di individuare, caso per caso, i diritti che potrebbero essere qualificati «fondamentali»: non quindi le sole libertà civili. Lo stesso t.u., agli artt. 34 ss., disciplina infatti specificamente le prestazioni di assistenza sanitaria riconosciute sia agli stranieri iscritti sia a quelli non iscritti al Servizio Sanitario Nazionale, l'obbligo scolastico per i minori stranieri, il diritto allo studio, l'accesso alle università, l'esercizio professionale e l'accesso all'abitazione, il diritto alle cure gratuite per gli indigenti (art. 38 Cost.).

Secondo l'art. 3 della «Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione» (d.m. 23 aprile 2007), «I diritti di libertà, e i diritti sociali, che il nostro ordinamento ha maturato nel tempo devono estendersi a tutti gli immigrati...»⁴².

6. La giurisprudenza successiva al t.u. n. 286 del 1998

Dopo l'esplicito intervento legislativo del t.u., che demanda al giudice - sia esso la Corte costituzionale o il giudice comune - l'accertamento, con riferimento alla singola fattispecie, della spettanza allo straniero dei «*diritti fondamentali della persona umana*» la Corte costituzionale non ha più avuto remore ad applicare agli stranieri extracomunitari le norme costituzionali della Parte prima della Costituzione, e lo ha fatto non di rado invocando esplicitamente, a supporto della decisione, proprio il t.u. n. 286 del 1988.

Di qui le declaratorie d'illegittimità costituzionale in nome della tutela dei principi dell'unità familiare (sent. n. 376 del 2000⁴³; nello stesso senso v. Cass. civ.,

⁴² Non è però ben chiaro, per un problema di virgole, se l'inciso «nel tempo» si riferisca al soggetto che lo precede («I diritti di libertà, e i diritti sociali, che il nostro ordinamento ha maturato nel tempo...» oppure se si leghi con la frase finale («...nel tempo devono estendersi a tutti gli immigrati»).

sez. I, 7 febbraio 2001, n. 1714; Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2008, n. 8582; Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2008, n. 19734; Corte app. Firenze, 12 ottobre 2006, n. 6941; Corte app. Torino, 18 luglio 2007; Trib. Pisa, 26 febbraio 2008, n. 213; Trib. Biella, 26 aprile 2007) della libertà personale (sentenze n. 222⁴⁴ e n. 223⁴⁵ del 2004; nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Catania, 16 giugno 2005); del principio di intrinseca ragionevolezza delle leggi (sentenze n. 78⁴⁶, n. 466⁴⁷ del 2005 e n. 278⁴⁸ del 2008; v. anche Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2007, n. 16417; Trib. Roma, 28 marzo 2008; Trib. Nola, 6 febbraio 2008); del principio di non discriminazione in materia di agevolazioni sociali (sent. n. 432⁴⁹ del 2005; nella giurisprudenza di merito, v. anche Trib. Bergamo, 27 novembre 2009), del principio di ragionevolezza, nonché del diritto alla tutela della salute e all'assistenza sociale (sent. n. 306⁵⁰ del 2008; ma v.

⁴³ Sentenza n. 376 del 2000, dichiarativa dell'incostituzionalità della norma che non estendeva «il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio» in violazione degli artt. 2, 3, 10, 29 e 30 Cost. e di varie norme internazionali.

⁴⁴ Sentenza n. 222 del 2004, dichiarativa dell'incostituzionalità, ex art. 13 Cost., della norma, contenuta nello stesso t.u. n. 286 del 1998, «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa». Questa sentenza si muove dichiaratamente nel solco tracciato dalla sentenza interpretativa di rigetto n. 105 del 2001.

⁴⁵ Sentenza n. 223 del 2004, dichiarativa dell'incostituzionalità, ex artt. 3 e 13 comma 3 Cost., della norma, anch'essa contenuta nel t.u. n. 286 del 1998, nella parte in cui disponeva l'arresto obbligatorio dello straniero che non aveva ottemperato all'ordine di lasciare l'Italia.

⁴⁶ Sentenza n. 78 del 2005, dichiarativa dell'incostituzionalità, ex art. 3 Cost. (principio del principio di razionalità/ragionevolezza delle leggi), della norma che prevedeva l'arresto obbligatorio del lavoratore straniero per il mero fatto di essere stato denunciato a seguito del rigetto dell'istanza di regolarizzazione.

⁴⁷ Sentenza n. 466 del 2005, dichiarativa dell'incostituzionalità, ex art. 3 Cost., della norma che prevedeva la pena dell'arresto obbligatorio e dell'espulsione dello straniero che essendo già stato espulso dal territorio dello Stato fosse stato denunciato per avervi fatto reingresso senza una speciale autorizzazione. (Anche qui la pronuncia deve intendersi emanata alla luce del principio di razionalità/ragionevolezza delle leggi, come nella sentenza n. 78 del 2005).

⁴⁸ Sentenza n. 278 del 2008, dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 1 comma 1 della legge 12 novembre 2004, n. 271, nella parte in cui non consentiva l'utilizzo del servizio postale per la proposizione diretta, da parte dello straniero, del ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione, quando sia stata accertata l'identità del ricorrente in applicazione della normativa vigente. Nella sentenza non è precisata la norma-parametro presa in considerazione, nell'ordinanza di rinvio si invocavano gli artt. 3 e 24 Cost.

⁴⁹ Sentenza n. 432 del 2005, dichiarativa dell'incostituzionalità, ex art. 3 Cost., di una disposizione di una legge regionale che non includeva gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

⁵⁰ Sentenza n. 306 del 2008, dichiarativa dell'incostituzionalità, per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e degli artt. 32 e 38 Cost., di una serie di norme nella parte in cui escludevano che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, potesse essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi «non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (attuazione della direttiva 2003/109/CE

anche Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2006, n. 20561; Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 2008, n. 1531; Trib. Bergamo, 14 marzo 2008; Trib. Reggio Emilia, 7 gennaio 2008; Trib. Roma, 27 settembre 2001), del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani con riferimento alla possibile assunzione presso l'Azienda Trasporti Milanesi (Trib. Milano, 20 luglio 2009)⁵¹.

Ad esse vanno aggiunte alcune importanti decisioni della Corte costituzionale, che pur non annullando la disposizione impugnata, hanno imposto al giudice *a quo* di dare ad essa una data interpretazione conforme a Costituzione (così dette sentenze «interpretative» di rigetto). Così la sent. n. 454 del 1998 che ha ritenuto che i lavoratori extracomunitari «aventi titolo per accedere al lavoro subordinato stabile in Italia in condizione di parità con i cittadini, e che ne abbiano i requisiti» hanno titolo ad essere iscritti negli elenchi ai fini dell'assunzione obbligatoria. E così la sent. n. 198 del 2000 che ribadisce il diritto dello straniero, anche illegalmente soggiornante, destinatario di un provvedimento restrittivo della sua libertà di autodeterminazione, di essere messo in grado di comprenderne il contenuto e il significato (v. già, in questo senso, la sent. n. 10 del 1993 sopra citata).

Vanno poi ricordate svariate decisioni che pur non accogliendo la questione sollevata dal giudice *a quo*, confermano la spettanza allo straniero di un dato diritto fondamentale. Tale il caso deciso con la sent. n. 252 del 2001, secondo la quale lo straniero entrato clandestinamente nel territorio nazionale per la sostituzione di una protesi ad un piede amputato non può essere espulso, in quanto «la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, (...) impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto» (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998)». Nello stesso senso, ma in termini più generali, v. Cass. civ., sez. un., 9 settembre 2009, n. 19393 (importante anche perché nega la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto la protezione umanitaria non può essere oggetto di valutazioni discrezionali degli organi della pubblica amministrazione).

7. Gli stranieri irregolari

La disamina, prevalentemente giurisprudenziale fin qui svolta ci mostra come, pur nella sempre affermata diversità dello *status* di straniero da quello di cittadino, vi è stata, prima grazie alla giurisprudenza e poi grazie al t.u. n. 286 del 1998, la

relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo) per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo»,

⁵¹ In senso contrario, v. invece, sorprendentemente, l'ord. n. 71 del 2009 della Corte costituzionale.

parificazione dello straniero al cittadino nei diritti fondamentali relativi alla persona, alla famiglia, al lavoro e all'assistenza sociale.

Prima di concludere dobbiamo però chiederci se questo riconoscimento possa dirsi generale nei confronti degli stranieri extracomunitari che vivono in Italia.

La risposta è positiva. L'art. 1 t.u. n. 286 del 1998 dispone infatti, al comma 1, che «(a)llo 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». Una differenza c'è, ovviamente, per i «diritti che costano» (assistenza sanitaria e sociale, istruzione, attività professionali), che spettano ai soli stranieri regolarmente soggiornanti (artt. 34 ss. t.u.), e i «diritti in materia civile» (e cioè i diritti previsti dal codice civile e dalle norme privatistiche), i quali, ai sensi dell'art. 1 comma 2, spettano allo straniero purchè «regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato (...) salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente».

Secondo i dati ufficiali dell'Istituto centrale di statistica rilevati agli inizi del 2009 la popolazione straniera (regolare) esistente in Italia ammontava a poco meno di quattro milioni. I dati delle presenze irregolari in Italia variano a seconda delle fonti di rilevazione. Sarebbero 500.000/750.000 secondo l'OCSE e un milione secondo la Caritas. Gli irregolari, secondo l'OCSE, sarebbero, per il 60/65 per cento, «*overstayer*», cioè persone che sono entrate in Italia regolarmente, che poi si sono trattenute più di quanto loro consentito dal visto di ingresso. Un altro 25 per cento dei clandestini giungerebbe illegalmente da altri Paesi vincolati al Trattato di Schengen, approfittando dell'abolizione dei controlli alle frontiere. Soltanto il 15 per cento dell'immigrazione irregolare arriverebbe dal mare e dalle rotte del Mediterraneo⁵².

Lo straniero che, casualmente fermato da un agente di pubblica sicurezza, non sia in grado di giustificare la sua permanenza irregolare sul territorio italiano, viene trattenuto per 24 ore dall'autorità di polizia, dopo di che, a seguito di decreto di espulsione adottato dal Prefetto (art. 13 t.u.), gli viene ordinato dal Questore di lasciare entro cinque giorni il territorio nazionale (art. 14 t.u.). Il che significa che lo straniero, in genere privo di risorse economiche, dovrebbe partire entro cinque giorni

⁵² Riferiva il *Corriere della sera*, 10 agosto 2009, che secondo l'OCSE, gli immigrati clandestini, nel luglio 2009, sarebbero stati 500.000 e 750.000. Per la Caritas (un'organizzazione cattolica di soccorso per gli emarginati) sarebbero stati invece un milione. Inoltre, per l'OCSE, la stragrande maggioranza degli irregolari entrerebbe in Italia legalmente. Ben il 60-65 per cento sarebbero «*overstayer*», cioè persone che sono entrate in modo regolare e poi si sono trattenute più di quanto consentito dal loro visto di ingresso. Un altro 25 per cento dei clandestini giungerebbe illegalmente da altri Paesi vincolati al Trattato di Schengen, approfittando dell'abolizione dei controlli alle frontiere. Soltanto il 15 per cento dell'immigrazione irregolare arriverebbe dal mare e dalle rotte del Mediterraneo, ma negli ultimi mesi sarebbe stata in atto una nuova crescita degli sbarchi dovuta alla pressione demografica dall'Africa subsahariana e dalle coste meridionali del Mediterraneo e all'aggravarsi della crisi alimentare ed economica.

a sue spese (non di rado per recarsi in altro continente e pertanto addirittura in aereo!). Essendo però tale provvedimento puramente obbligatorio (non coercitivo), lo straniero generalmente non se ne cura fidando nella buona sorte e anche perchè, oltre a non avere i mezzi, non ha alcuna voglia di tornare in patria.

Se lo straniero viene nuovamente fermato, gli verrà contestato il reato di aver violato l'ordine di lasciare il territorio nazionale (punibile con la detenzione da uno a quattro anni) e subirà il processo «per direttissima». In ogni caso, a meno che lo straniero sia detenuto in carcere, il questore adotterà un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Fin qui l'ipotesi degli «*overstayer*» e di quanti entrano clandestinamente in Italia provenendo da paesi dell'area Schengen.

La terza ipotesi è quella dei «*boat people*», per i quali non sia stato possibile il «respingimento» in alto mare, essendo necessario procedere al loro soccorso o per altre cause (ad esempio, occorre effettuare accertamenti per verificare se ricorrano ipotesi di diritto di asilo). Una volta che i *boat people* abbiano raggiunto il territorio nazionale, il Questore dispone che gli stranieri siano trattenuti, per il tempo strettamente necessario, presso un «Centro di identificazione e di espulsione» (art. 9 d.l. 23 maggio 2008, n. 92) allo scopo di poter effettuare i necessari accertamenti.

Trattandosi di una restrizione della libertà fisica, al provvedimento del Questore si applica l'art. 13 comma 3 Cost.: il provvedimento deve essere adottato nelle 48 ore dal trattenimento nel «Centro di identificazione e di espulsione» e deve essere convalidato, a pena di inefficacia, da un magistrato (il Giudice di pace) entro le successive 48 ore, a seguito di un'udienza in camera di consiglio con l'assistenza di un difensore, che si tiene con «il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo» forniti dalle Questure (art. 13 comma 5 ter.d.lgs. n. 286 del 1998).

Contro questa disciplina sono state mosse notevoli critiche⁵³. Si deve però tener conto che, mentre è indubbio che l'asilo costituisce un vero e pro prio diritto soggettivo spettante al singolo straniero che dimostri che nel suo paese gli è impedito «l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» (art. 10 comma 3 Cost.), lo stesso non può dirsi con riferimento all'ipotesi nella quale

⁵³ Per critiche sul punto, v. da ultimo **A. Pugiotto**, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Convegno AIC 2009, Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, p. 333 ss., il quale tra l'altro, a p. 393 ss., formula le seguenti proposte: «1) la previsione di più realistiche quote d'ingresso da programmare obbligatoriamente ogni anno (mentre oggi, dopo la legge Bossi-Fini, il governo può anche decidere di azzerare qualsiasi flusso in entrata) in luogo di periodiche sanatorie (che alimentano nuova irregolarità, quella di chi è escluso dal provvedimento di sanatoria); 2) l'abrogazione del reato di immigrazione clandestina che (oltre ad accomunare irregolare e clandestino nella categoria di straniero che delinque) è destinato a provocare un'impennata del numero di soggetti da allontanare; 3) la possibilità di sanare *in itinere* lo stato di irregolarità a condizioni legislativamente prestabilite (evitando così lo schiacciamento attuale dell'immigrazione irregolare su quella clandestina); 4) l'estensione di accordi di riammissione con i paesi d'origine (condizionandoli al rispetto dei diritti fondamentali dello straniero rimpatriato)».

siano delle «masse» a chiedere di essere accolte sul nostro territorio nazionale⁵⁴ anche quando nei paesi d'origine sia impedito «l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» (il che non è affatto raro). Il problema, in questo caso, non lo si risolve consentendo ininterrotti e illimitati flussi migratori, ma affrontandolo in sede diplomatica e internazionale ed operando in modo tale a che le condizioni politiche cambino nei paesi d'origine delle migrazioni.

Molti anni fa, nell'*incipit* del commento agli artt. 10 e 11 Cost., un autorevolissimo internazionalista scrisse che la Costituzione italiana «è stata giustamente ricompresa tra quelle più ambiziose (...) anche per quanto concerne la determinazione dell'atteggiamento dello Stato italiano rispetto alla comunità internazionale». Diversamente dallo Statuto albertino «la nostra Costituzione annovera infatti ben quindici precetti internazionalistici. Questa maggiore "attenzione" prestata ai rapporti internazionali non è il risultato meccanico dell'ampliamento dell'"area" ricoperta dalle costituzioni moderne: esso è in generale, il frutto dell'acquisita consapevolezza che lo Stato è interamente calato nella realtà internazionale, la quale ne condiziona direttamente e in larga misura anche la vita interna»⁵⁵.

Ma se questo è indiscutibile, ne deriva che l'indicazione desumibile dalla Costituzione è che i problemi internazionalistici vanno affrontati e risolti insieme con gli altri Stati. Pertanto, se da un lato sembra forzato ritenere che le «migrazioni di massa» costituirebbero «l'esercizio da parte di milioni di esseri umani di una libertà (la libertà di emigrare) che le convenzioni internazionali riconoscono come diritto fondamentale»⁵⁶ e che i movimenti di massa potrebbero essere assimilati all'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno⁵⁷ (primo, perché la libertà di emigrazione - che è cosa diversa dall'espatrio - è un fenomeno «regolato» e «tutelato» nei rispettivi flussi sia nell'ordinamento di provenienza che in quello d'arrivo⁵⁸; secondo, perché la libertà di circolazione e soggiorno, essendo un diritto individuale, mai e poi mai potrebbe essere estesa fino a ricomprendere movimenti di massa), dall'altro lato si deve piuttosto ammettere, di fronte a questi imponenti fenomeni di massa, che soluzioni normative stabili ed efficaci in materia di emigrazione possono essere

⁵⁴ In questo senso v. già, in epoca certamente non sospetta, **C. Esposito**, voce *Asilo*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. III, Giuffrè, Milano, 1959, 225.

⁵⁵ **A. Cassese**, *Artt. 10 e 11*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 461 s.

⁵⁶ **V. Onida**, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 18.

⁵⁷ Così ancora **V. Onida**, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 15.

⁵⁸ **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Cedam, Padova, 1992, p. 296 ss.

rinvenute solo a seguito di accordi internazionali nei quali siano coinvolti non solo tutti gli Stati europei, ma gli stessi Stati da cui tali movimenti migratori si originano.

Anche programmando annualmente i flussi, come è stato suggerito⁵⁹, ciò infatti non impedirebbe comunque ai «mercanti di morte» di imbarcare frotte di disperati alla ricerca di un destino migliore.

⁵⁹ A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*», cit., p. 393 s..