

I diritti dello straniero e la democrazia.

Di Roberto Cherchi

1. I diritti dello straniero nell'ordinamento italiano. 2. I diritti dello straniero e lo schema del "contratto": la regolazione dei presupposti dell'ingresso e dell'allontanamento. 3. Lo schema del "contratto" e le norme sul soggiorno dello straniero. 4. Diritti inviolabili o fondamentali e condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante. 5. I diritti dello straniero e la stabilità del soggiorno regolare. 6. Diritti dello straniero, integrazione sociale e integrazione politica. 7. I diritti politici dello straniero. 8. Il diritto dell'immigrazione e lo stato di eccezione: l'afflusso di migranti dal medio-oriente e dal Nord Africa e la sospensione delle garanzie costituzionali. Il caso dei "punti di crisi". 9. Conclusioni.

1) I diritti dello straniero nell'ordinamento italiano.

La ricognizione e l'analisi dei diritti fondamentali dello straniero impone di fare riferimento a una pluralità di fonti del diritto, interne e internazionali. Tra le fonti interne viene in evidenza, in primo luogo, la Costituzione. L'art. 10, comma 2 Cost. prevede che "la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali". Alcune disposizioni costituzionali fanno esplicito riferimento al cittadino: l'art. 3 Cost. afferma che tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge¹; inoltre, la prima parte della Costituzione è rubricata "diritti e doveri dei cittadini"; infine, le disposizioni costituzionali relative ai diritti politici e di

¹ Differenziandosi, in ciò, dall'art. 3 della legge fondamentale tedesca, secondo la quale "tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge". Parimenti la Costituzione degli Stati Uniti utilizza con frequenza la formula *person*, interpretata dalla giurisprudenza statunitense come fonte di diritti per lo straniero: sul punto v. F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 8-9.

incolato fanno esplicito riferimento al cittadino. Di contro, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Infine, numerose disposizioni disciplinano diritti senza circoscriverne l'ambito soggettivo.

Secondo un orientamento, le Costituzioni sono un "fatto politico" che presuppone l'esistenza dello Stato nazionale e la distinzione tra cittadino e straniero. In coerenza con queste premesse l'art. 3, comma 1 Cost., affermando l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, sancirebbe la non illegittimità delle norme che differenzino cittadini e stranieri nella regolazione delle situazioni giuridiche soggettive². In ogni caso, si sottolinea come la legge incontri il limite generale posto dal canone di razionalità/ragionevolezza, essendo questo divenuto un limite generale di validità di tutte le norme di rango legislativo³; inoltre, un ulteriore limite deriverebbe dalle norme e dai trattati internazionali che regolano la condizione giuridica dello straniero, cui la legge deve essere conforme (art. 10, comma 2 Cost.)⁴. Questa lettura del rapporto tra lo Stato e lo straniero deriva dalla premessa secondo la quale il controllo delle frontiere e dei flussi migratori è espressione dell'esercizio di poteri sovrani ed è essenziale per la sopravvivenza dello Stato; essa, inoltre, è ascrivibile al rapporto che, a partire dall'Ottocento, è venuto in essere tra le idee di Costituzione, Stato e popolo⁵.

² Cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, p. 316.

³ Cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 317; Id., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista Aic*, 2010, p. 7; v. altresì R. Bin, *Diritti e Argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 43.

⁴ A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 319.

⁵ Così, secondo l'approccio statualistico di Jellinek alla protezione dei diritti costituzionali, i diritti costituzionali sono diritti pubblici soggettivi garantiti in forza di norme costituzionali che comportano l'autolimitazione dello Stato. Il popolo – e non la popolazione – è uno degli elementi costitutivi dello Stato; da ciò ben si può affermare che l'autolimitazione dei poteri sovrani sia prevista dalla Costituzione nei confronti del cittadino (e non dello straniero). È significativo, in questo senso, il pensiero di Jellinek, per il quale "mediante il potere unitario dello Stato la pluralità dei membri si assomma nell'unità del popolo. Questa unità è quella del popolo dello Stato, della moltitudine statalmente unificata. Ed è questa la ragione per cui il popolo, nel senso giuridico, non può affatto concepirsi al di fuori dello Stato; e così parimenti il territorio è possibile soltanto nello Stato come estensione spaziale di questo" (cfr. G. Jellinek, *La dottrina generale dello Stato*, tr. it. di M. Petrozziello, Giuffrè, Milano, 1949, p. 31 ss., in part. pp. 36-37). A simili conclusioni si giunge altresì seguendo il modello individualistico di protezione dei diritti, in base al quale il "contratto" è lo strumento per la fondazione dello Stato in funzione di garanzia della libertà originaria dell'individuo. Secondo Rousseau, "l'uomo è nato libero e ovunque è in catene" (Cfr. J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, edizione a cura di Tito Magri, Laterza, Bologna-Roma, 1992, p. 60), ma con il contratto sociale è possibile per gli individui associarsi in funzione della garanzia della libertà e dei beni (*Ibidem*, p. 74, dove si afferma che è necessario "trovare una forma di associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti non

Un diverso orientamento afferma invece che la Costituzione contiene diritti dell'uomo e diritti del cittadino, in continuità con la tradizione costituzionale che trae origine nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. In questo senso si esprimono la dottrina maggioritaria⁶ e la giurisprudenza costituzionale (a partire da Corte cost. 120/1967 e 104/1969), secondo i quali il combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10 Cost. determinerebbe l'estensione del principio di uguaglianza agli stranieri nella regolazione dei "diritti fondamentali" (Corte cost. sent. 120/1967) o, con una formula forse più restrittiva, ai "diritti inviolabili" (Corte cost. 104/1969)⁷.

obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima. Ecco il problema fondamentale di cui il contratto sociale da la soluzione"). Il discorso dell'autore muove dalla premessa secondo la quale il popolo è costituito dai cittadini (cfr. J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., p. 78, secondo cui gli associati "prendono collettivamente il nome di popolo, mentre, in particolare, si chiamano cittadini, in quanto partecipano dell'autorità sovrana, e sudditi, in quanto soggetti alle leggi dello Stato. Ma questi termini spesso si confondono e vengono scambiati; basta saperli distinguere quando sono usati in tutta la loro esattezza"). Date queste premesse, ben può essere il contratto sociale diretto a escludere lo straniero dall'ambito soggettivo di applicazione delle sue norme. In questa prospettiva, quindi, sarebbe necessario un nuovo e diverso "contratto" tra lo Stato e lo straniero, distinto rispetto al contratto sociale originario e regolato unilateralmente con legge, diretto a disciplinare i rispettivi diritti ed obblighi.

⁶ In questo senso, *ex plurimis*, cfr. G. D'Orazio, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. Soc.*, 1973, pp. 955, 962-963; Id., *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo - condizione giuridica - estradizione)*, Cedam, Padova, 1992, pp. 116-117; A. Barbera, *Commentario*, cit., p. 116; A. Cassese, *Sub artt. 10-12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, cit., p. 513 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 31 e 74; G. Sirianni, *La polizia degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 23 ss.; C. Corsi, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 793 ss.; Id., *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 115 ss.; S. Niccolai, *Straniero*, cit., p. 453; P. Bonetti, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 85; G. Bucci, *Una circolare per circolare. A proposito delle politiche sull'immigrazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2004, p. 4; F. Cerrone, *La cittadinanza e i diritti*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, p. 332; E. Grosso, *Straniero (status dello)*, cit., p. 5790; B. Pezzini, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, 2010, p. 212 ss.; A. Pugiotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 335 ss.; A. Apostoli, *Irragionevoli scelte legislative versus decisioni giudiziarie di ripristino della legalità costituzionale: il «non-cittadino» nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC*, 4/2011, p. 2; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 94 ss.; B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 307; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 15; G. Corso, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, in Corte costituzionale, *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 1 ss.

⁷ In senso critico rispetto all'uso approssimativo dei termini "fondamentale" e "inviolabile" v. M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., p. 225.

All'estremo opposto si colloca, infine, quell'orientamento dottrinale che ritiene riduttiva l'applicazione agli stranieri dell'art. 3 Cost. con riferimento alle sole ipotesi di regolazione di un diritto inviolabile o fondamentale, e valorizza, di contro, il principio della pari dignità sociale (art. 3, comma 1 Cost.) come foriero di un diritto soggettivo, il diritto a non essere discriminati, diritto avente carattere fondante, inviolabile, proprio non solo del cittadino ma anche dello straniero⁸. Dalla natura inviolabile del diritto a non subire disparità di trattamento fondate su criteri soggettivi (come quella per "sesso", "razza" o "condizioni personali o sociali") o, più in generale, disparità di trattamento nella libertà e nella dignità, discenderebbe, quindi, un vincolo per il legislatore anche quando venga in evidenza la regolazione di interessi non ascrivibili ai diritti inviolabili⁹.

Accanto alla Costituzione vi sono le fonti internazionali. L'art. 10, comma 2 Cost. contiene una riserva di legge rinforzata che implica l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge che siano lesive di norme e trattati internazionali che regolano la condizione giuridica dello straniero. Tra queste convenzioni viene in evidenza la Convenzione OIL 143/1975 sul trattamento dei lavoratori migranti, cui ha fatto seguito l'adozione della legge 943/1986, e la convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (1990), che reca numerose disposizioni attributive di diritti applicabili anche allo straniero irregolarmente soggiornante e che, pur essendo entrata in vigore nel 2003, non è stata ancora ratificata dall'Italia. Inoltre, come è noto, le sentenze "gemelle" (Corte cost. sentt. 348 e 349 del 2007) hanno sancito la natura di parametro interposto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Viene in evidenza, infine, la Carta dei diritti dell'Unione europea, il cui ambito di applicazione è condizionato dalla competenza dell'Unione europea (v. art. 51 della Carta).

L'espansione del novero dei diritti dello straniero emerge non solo dalla stratificazione tra Costituzione e carte internazionali di diritti, ma è anche una conseguenza dell'adozione di atti legislativi che non si limitano a regolare i presupposti e le procedure di ingresso e di espulsione,

⁸ Sul punto v. G. Brunelli, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, *Dir. imm. citt.*, 1/2010, p. 64, che evidenzia come questo indirizzo interpretativo trovi un fondamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale (in particolare nella sentenza n. 163/1993).

⁹ In questo senso v. A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 75-76; M. Cuniberti, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, pag. 516; A. Guazzarotti, *Lo straniero, i diritti, l'eguaglianza*, in *Quest. giust.*, 1/2009, pp. 95-96; G. Brunelli, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, cit., p. 59, che ha elaborato un'articolata ricostruzione degli orientamenti dottrinali esistenti sul principio di uguaglianza e sul diritto a non essere discriminati.

ma che attribuiscono allo straniero la titolarità di diritti. La prima legge repubblicana in questo senso è la legge 943/1986, adottata in attuazione della Convenzione OIL n. 143 del 1975 sul trattamento dei lavoratori migranti, cui ha fatto seguito la legge 39/1990 (legge Martelli) e la legge 40/1998 (c.d. legge Turco-Napolitano), che costituisce l'architettura del d. lgd. 286/1998 (testo unico sull'immigrazione). Il testo unico riconosce allo straniero regolarmente soggiornante un articolato catalogo di diritti civili e sociali, che va oltre i diritti espressamente definiti dal Costituente come "inviolabili" o "fondamentali", e con il riconoscimento di alcuni inviolabili anche allo straniero irregolarmente soggiornante.

Date queste premesse, non stupisce che le trattazioni relative ai diritti dello straniero riconoscano allo stesso un complesso catalogo di diritti, da cui sono da ritenersi esclusi solo i diritti politici e di incolato¹⁰. A dispetto delle riscontrate tendenze espansive nel riconoscimento dei diritti, tuttavia, l'uguaglianza tra cittadini e stranieri non costituisce il principale schema interpretativo delle disposizioni vigenti. In questo scritto ci si propone quindi di offrire alcune chiavi di lettura delle tecniche di riconoscimento e garanzia dei diritti dello straniero e, altresì, degli elementi di uguaglianza e di disuguaglianza riscontrabili nei regimi giuridici applicabili al cittadino e agli stranieri, per poi giungere all'enucleazione di elementi funzionali alla ricostruzione della nozione giuridica di diritto fondamentale.

¹⁰ Tra i diritti riconosciuti allo straniero devono essere menzionati il diritto alla vita; la libertà personale (art. 13 Cost., *ex plurimis*, con specifico riferimento allo straniero, sent. 105/2001; art. 6 della Carta dei diritti e art. 5 Cedu); la libertà personale come limite massimo della durata della carcerazione preventiva (Corte cost., sent. n. 147/1973); il diritto a non essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti (art. 13, comma 4 Cost., art. 27, comma 3, Cost., art. 3 Cedu); la libertà e segretezza di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost., Corte cost., sent. 366/1991); la libertà di coscienza e di religione (artt. 19 e 20 Cost., art. 9 Cedu, art. 10 Carta dei diritti, Corte cost., sentt. 14/1973 e 188/1975); la libertà di pensiero (art. 21 Cost., art. 9 Cedu, art. 10 Carta UE dei diritti, Corte cost., sent. 168/1971); il diritto alla difesa (art. 24 Cost., art. 6, commi 3 e 5 Cedu, artt. 47 e 48 Carta dei diritti, Corte cost., sentt. 29/1962, 11/1971, 50/1972, 109/1974, 177/1974, 125/1979); la natura personale della responsabilità e la presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost., Corte cost., sent. 120/1967); la libertà dal licenziamento in caso di contrazione di matrimonio (artt. 2, 31 e 37 Cost., Corte cost., sent. 27/1969); il diritto al matrimonio (art. 29 Cost., art. 12 Cedu, art. 9 Carta dei diritti, Corte cost., sentt. n. 27/1969 e 245 del 2011); il diritto alla vita privata e familiare (artt. 14 e 15 Cost., art. 8 Cedu, art. 7 Carta dei diritti); il diritto alla salute (art. 32 Cost., Corte cost., sent. 252/2001); il diritto all'istruzione (artt. 33 e 34 Cost., art. 2 protocollo n. 1 Cedu e art. 14 della Carta dei diritti); il diritto al proprio decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (Corte cost., sent. n. 38/1973); il diritto alle misure alternative alla pena detentiva (Corte cost., sent. n. 78/2007). Per una ricostruzione del catalogo dei diritti dello straniero v. P. Bonetti, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti fondamentali degli stranieri e sulle discriminazioni* (Sasso Marconi 23 settembre 2011), in www.asgi.it, p. 13 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, cit., p. 95; L. Ciaurro, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Federalismi.it*, 2008, pp. 28-29; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 58 ss.

2) I diritti dello straniero e lo schema del “contratto”: la regolazione dei presupposti dell’ingresso e dell’allontanamento.

Si è visto che, secondo un orientamento dottrinale, lo straniero non sarebbe titolare di diritti costituzionali, ma solo dei diritti previsti dalla legge, senza che dalla Costituzione possa evincersi un imperativo di uguaglianza con il cittadino. Questo orientamento dottrinale è assimilabile a quello, di matrice statunitense, secondo il quale il rapporto tra lo Stato e lo straniero che fa ingresso nel territorio nazionale sarebbe regolato esclusivamente dalla legge che definirebbe i contenuti di un “contratto” tra lo Stato e lo straniero. Lo schema del “contratto” è una delle chiavi di lettura utilizzate dalla dottrina statunitense per spiegare l’approccio negativo o riduttivo dei diritti costituzionali dello straniero, e dell’uguaglianza con il cittadino, che emerge in parte della legislazione relativa allo straniero. Secondo questo approccio, il “contratto sociale” su cui si fonda la Costituzione ha come parti i soli cittadini, e nuovi “contratti sociali” sono negoziati con gli stranieri, giorno per giorno, con contenuti determinati dalla legge; nessun “contratto” (e nessun diritto) può essere pertanto invocato dallo straniero giunto sul territorio nazionale senza “invito” e quindi irregolarmente presente. Allo schema contrattuale si collega altresì quella parte della giurisprudenza statunitense, relativa alle norme sull’immigrazione, tradizionalmente caratterizzata da un *self restraint* a garanzia del *plenary power* riconosciuto alle altre due branche del *federal Government* (pur se nella giurisprudenza più recente si assiste a un’erosione di questo approccio deferente)¹¹. Discorrendo di “contratto” non si fa quindi riferimento a un documento

¹¹ Sullo schema contrattuale come criterio esplicativo della legislazione relativa all’immigrazione e alla condizione giuridica dello straniero, sulla giurisprudenza che riconosce al potere legislativo e al potere esecutivo federale il *plenary power*, sul collegamento tra riconoscimento del *plenary power* ed esercizio di poteri sovrani e sull’inesistenza di diritti costituzionali in capo allo straniero irregolarmente presente, cfr. L. Oren, *The Legal Status of Undocumented Aliens: In Search of a Consistent Theory*, in *Immigr. & Nat'lity L. Rev.*, 1980-1981, p. 455; P. H. Schuck, *The transformation of immigration law*, in *Columbia law review*, cit., p. 1 ss., in part. pp. 6 e 44; S. H. Legomsky, *Immigration law and the principle of plenary congressional power*, in *The Supreme Court Review*, 1984, p. 255 ss.; V. C. Romero, *Everyday law for immigrants*, Paradigm publishers, Boulder, London, 2009, p. 5 ss. Sull’erosione della dottrina del *plenary power* nella giurisprudenza della Corte Suprema degli ultimi decenni, in particolare a partire dalla decisione *Zadvydas v Davis*, in cui la Corte Suprema ha riconosciuto allo straniero oggetto di detenzione amministrativa il diritto al *substantial due process of law*, v. R. Canty, *The new world of immigration custody determinations after Zadvydas v Davis*, in *Georgetown immigration law journal*, 2003-2004, p. 470 ss.; J. W. Gardnert, *Halfway There: Zadvydas v. Davis Reins in Indefinite Detentions, but Leaves Much Unanswered*, in *Cornell International law journal*, 2003-2004, p. 177 ss.; G. Martinez, *Indefinite detention of immigrant information:*

legalmente vincolante, il cui contenuto sia oggetto di una negoziazione tra le parti in causa, ma a un complesso di diritti e obblighi facenti capo allo straniero determinato unilateralmente dalla legge, nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali (ex. art. 10, comma 2 Cost.) e dell'ulteriore limite costituito dal generale imperativo della razionalità/ragionevolezza degli enunciati normativi.

Lo schema del "contratto", cui era sostanzialmente estraneo il disegno normativo del testo unico sull'immigrazione nella sua formulazione originaria, è un'utile chiave di lettura di alcune novelle successive, ossia la legge 189/2002 (cosiddetta legge Bossi-Fini), il decreto legge 92/2008, convertito nella legge 125/2008, e la legge 94/2009, architrave del cosiddetto "pacchetto sicurezza" nella XVI legislatura.

Vengono in evidenza, in primo luogo, le norme di legge che regolano l'ingresso e l'allontanamento dello straniero. E' infatti pacifico che tra i diritti dello straniero, secondo le norme internazionali e interne, non vi è né il diritto all'ingresso – salvo quanto previsto dalle norme sul riconoscimento della protezione internazionale¹² – né il diritto di incolato. E' quindi coerente con queste premesse che la regolazione dei presupposti dell'ingresso e dell'allontanamento sia rimessa alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali, lasciando spazio a una dimensione contrattuale in cui, unilateralmente, sono determinate le condizioni dell'ingresso e i presupposti dell'allontanamento.

In base a quanto previsto dal testo unico nella sua formulazione originaria, era ammesso l'ingresso in Italia dello straniero che soddisfacesse una serie di requisiti, tra i quali il non essere una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (art. 4, comma 3 TUI)¹³. L'accertamento di tale pericolosità era espressione di attività amministrativa discrezionale, per cui le eventuali condanne per la commissione di reati non determinavano, *sic et simpliciter*, l'adozione

federal and State overreaching in the interpretation, in *The Yale law journal*, 2010, p. 667 ss.; A. Bramante, *Ending indefinite detention of non-citizens*, in *Case western reserve law review*, 2011, p. 933 ss.

¹² Sul carattere non assoluto del diritto degli Stati di proteggere i confini, dovendo lo stesso essere bilanciato dall'esigenza del rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale e da considerazioni di carattere umanitario, cfr. S. Trevisanut, *Which borders for the EU Immigration policy? Yardsticks of international protection for EU joint borders management*, in L. Azoulay e K. De Vries (edited by), *EU Immigration law. Legal complexities and political rationales*, p. 136 ss.

¹³ Gli ulteriori requisiti per l'ingresso erano (e tuttora sono): il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza (art. 4 TUI). I mezzi di sussistenza sono definiti con apposita direttiva da parte del Ministro dell'interno.

di un provvedimento sfavorevole inerente all'ingresso nel territorio o al permesso di soggiorno. Il disegno originario è stato superato con l'introduzione di elementi di automatismo: in seguito alle modifiche apportate all'art. 4, comma 3 TUI dalla legge 189/2002 (cosiddetta legge Bossi-Fini), la condanna *con sentenza definitiva* per alcuni reati previsti dal medesimo articolo precludeva l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, come esito di attività amministrativa vincolata (salvo che non fosse riscontrabile un divieto di respingimento)¹⁴. L'art. 4, comma 3, TUI è stato ulteriormente modificato dalla l. 94/2009, che attualmente prevede come ostativa per l'ingresso e il soggiorno il non aver subito la condanna, anche *non definitiva*, per determinati reati (oltre che la condanna, in questo caso però con sentenza definitiva, per alcuni reati inerenti la tutela del diritto d'autore)¹⁵.

Analoghe considerazioni possono essere espresse con riferimento all'espulsione. Poiché le condizioni di ingresso devono essere rispettate anche durante il soggiorno (art. 5, comma 5 TUI), la sentenza di condanna per uno dei reati previsti come ostativi per l'ingresso o l'inverarsi di ulteriori

¹⁴ Il respingimento dello straniero è vietato: 1) se sono state adottate misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie (art. 20 TUI); 2) nel caso in cui lo straniero chieda asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato o l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari (art. 10, c. 4 TUI); 3) se lo straniero corre il rischio di essere perseguitato, nel paese di provenienza, a causa di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, o se rischia di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (art. 19, c. 1 TUI); 4) qualora lo straniero abbia un permesso di soggiorno o un visto di rientro emesso da un altro paese dell'area Schengen; 5) nel caso in cui sia destinatario di una misura cautelare o di una sentenza penale di condanna esecutiva emesse dall'autorità giudiziaria. E' altresì previsto che l'esecuzione del respingimento (e dell'espulsione) di persone vulnerabili (individui affetti da disabilità, anziani, minori, componenti di famiglie monoparentali con figli minori, vittime di gravi violenze psicologiche o sessuali) deve avere luogo "con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate" (art. 19, c. 2-bis, TUI aggiunto dall'art. 3, c. 1 lett. g), d.l. 89/2011, convertito nella legge 129/2011).

¹⁵ Secondo l'art. 4 TUI, è causa ostativa all'ingresso la condanna, anche con sentenza non definitiva, per un delitto per il quale sia previsto l'arresto in flagranza e per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. E' infine ostativa all'ingresso anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della *legge 22 aprile 1941, n. 633*, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale. E' bene però precisare che il diniego di rilascio, di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno può essere fondato anche su una valutazione discrezionale della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, che è un requisito per l'ingresso (e quindi anche per il soggiorno) previsto dall'art. 4, comma 3 TUI e che può essere riscontrato anche in assenza della commissione di uno dei reati tipici previsti dalla medesima disposizione. La decisione in questo caso trova la propria base su segnalazioni di polizia, procedimenti penali in corso o condanne per reati per i quali non operano automatismi espulsivi: sulla discrezionalità di tali atti cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 3683 del 27 luglio 2015.

presupposti per l'espulsione previsti dalla legge¹⁶ dovrebbe determinare, quale esito di un'attività amministrativa vincolata (sempre che non sia accertato un fatto ascrivibile a un divieto di espulsione: art. 19 TUI)¹⁷, un provvedimento amministrativo sfavorevole inerente il permesso di soggiorno (diniego di rilascio, di rinnovo o revoca del titolo di soggiorno) e la conseguente espulsione dello straniero¹⁸.

La predeterminazione delle condizioni d'ingresso e di soggiorno e la previsione di meccanismi "automatici" da cui discende l'adozione di un provvedimento sfavorevole (respingimento; revoca o mancato rinnovo del permesso di soggiorno; espulsione) rientra in una logica "contrattuale". Lo straniero ha "promesso" di rispettare determinate condizioni (come l'astenersi dal commettere alcuni tipi di reato) e il loro mancato rispetto comporta che il

¹⁶ Come l'essere lo straniero appartenente ad alcune categorie di soggetti pericolosi: cfr. art. 13, comma 2, lett. c, TUI.

¹⁷ Secondo l'art. 19 TUI: 1) non è ammessa l'espulsione (o il respingimento) verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, o qualora possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. La norma è applicabile non solo a chi abbia presentato istanza di protezione internazionale, ma a qualunque straniero che si trovi in questa situazione di pericolo; 2) non è ammessa l'espulsione degli stranieri minori di diciotto anni, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; 3) non è ammessa l'espulsione degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, fatta eccezione per quelle ipotesi che si sono in precedenza esaminate; 4) non è ammessa l'espulsione degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; 5) non è ammessa l'espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art. 19, commi 1 e 2, TUI).

¹⁸ L'ordinamento conosce due tipi di espulsione amministrativa, l'espulsione ministeriale e l'espulsione prefettizia. L'espulsione ministeriale è decisa per "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato" (art. 13, c. 1, T.U.I.) e per "motivi di prevenzione del terrorismo" (art. 3, c. 1, l. 155/2005). Si tratta di una decisione contraddistinta da un elevato tasso di discrezionalità e la competenza ad essa relativa è del giudice amministrativo (TAR Lazio). L'espulsione prefettizia è decisa dal prefetto. Il prefetto decide sull'espulsione qualora ricorra uno dei seguenti presupposti legali: a) lo straniero che abbia fatto ingresso nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera e non sia stato adottato nei suoi confronti un provvedimento di respingimento, anche "differito"; b) sia stata omessa la comunicazione sostitutiva del nulla osta al lavoro (prevista con riferimento all'ingresso di alcune categorie di lavoratori in casi particolari); c) lo straniero soggiorni in Italia e non abbia presentato domanda di permesso di soggiorno, sempre che il ritardo non sia dovuto a forza maggiore; d) il permesso di soggiorno sia stato revocato o annullato o ne sia stato rifiutato il rilascio o negato il rinnovo, o sia scaduto da più di sessanta giorni senza che ne sia stato chiesto il rinnovo; e) lo straniero non abbia dichiarato la propria presenza, in occasione dell'ingresso per soggiorno breve per visite, affari, turismo e studio o, se proveniente da un Paese dell'area Schengen, entro otto giorni dall'ingresso, rispettivamente all'autorità di frontiera o al questore della provincia in cui si trova (art. 1, cc. 2 e 3, l. 68/2007); f) lo straniero abbia soggiornato per un periodo più lungo rispetto a quanto permesso dal visto di ingresso per soggiorno di breve durata (art. 3, c. 1, lett. c, n. 1, del d.l. 89/2011) g) lo straniero sia reputato, a causa della propria condotta e in base a elementi di fatto, un individuo socialmente pericoloso (ad esempio, lo straniero abitualmente dedito a traffici delittuosi; lo straniero che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi viva dei proventi di attività delittuose; lo straniero che è dedito alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica).

“contratto” non si perfeziona o è risolto, con conseguente allontanamento dello straniero. La natura vincolata dell’attività amministrativa *de qua* dovrebbe quindi escludere ogni valutazione discrezionale che tenga conto di altri interessi, non ascrivibili ai divieti di espulsione, quali ad esempio quello alla continuità della vita familiare sul territorio italiano. Chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell’automatismo espulsivo, la Corte costituzionale lo ha ritenuto non illegittimo utilizzando un argomento tipicamente contrattuale: l’analitica previsione per legge dei presupposti dell’espulsione, infatti, è un corollario del principio di “stretta legalità” discendente dall’art. 10, comma 2 Cost., che “permea l’intera disciplina dell’immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti” (Corte cost., sent. 148/2008)¹⁹. E’ evidente la lettura garantista che in questa sentenza della Consulta viene data dello schema “contrattuale”. Il “contratto” comporta obblighi per entrambe le parti (il dovere dello straniero di non commettere determinati reati, il dovere per lo Stato di rispettare il “diritto” dello straniero al soggiorno, in assenza di violazione delle condizioni “contrattuali”), laddove invece l’indeterminatezza dei presupposti di ingresso e soggiorno esporrebbe lo straniero all’arbitrio del pubblico ufficiale chiamato ad assumere la decisione. La rigidità dei meccanismi automatici di respingimento e di espulsione dello straniero è stata tuttavia da ultimo minata da alcune direttive europee e dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (in part. Corte cost. sent. 202/2013)²⁰.

¹⁹ In senso analogo v. la sentenza Corte cost., 353/1997 e l’ordinanza Corte cost. 146/2002. La sentenza della Corte costituzionale 148/2008 ha «spazzato via le posizioni più ‘coraggiose’ di alcuni TAR» e ha posto le basi per un nuovo orientamento del Consiglio di Stato, che ha escluso margini di discrezionalità nel giudizio sulla pericolosità dello straniero: così A. Deffenu, *La condizione giuridica dello straniero nel «dialogo» tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, in G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi Della Mura (a cura di), *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale. Atti del convegno svoltosi a Lecce il 19-20 giugno 2009*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 124. Da ultimo, la Corte di Cassazione ha qualificato l’espulsione come attività vincolata, anche se ha evidenziato che, con specifico riferimento all’ascrivibilità di uno straniero a determinate categorie di soggetti pericolosi suscettibili di essere espulsi (ai sensi dell’art. 13, c. 2, lett. c), TUI) e alla contestuale verifica della sussistenza di un divieto di espulsione e di respingimento (art. 19 TUI), il giudizio del giudice di pace sul decreto di espulsione è un giudizio a cognizione piena, volto ad accertare la sussistenza dei presupposti di legge in base a cui è stata disposta la misura (art. 13, c. 2, lett. c), TUI), così come l’eventuale applicabilità dell’art. 19 TUI, relativo alle condizioni di inespellibilità.

²⁰ Le prime direttive europee che hanno introdotto norme in deroga al principio dell’automatismo espulsivo sono la direttiva sul ricongiungimento familiare (direttiva 2003/86/Ce) e la direttiva sul permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo (2003/109/CE). Entrambe queste direttive impongono all’amministrazione precedente di porre in essere, nei procedimenti inerenti il permesso di soggiorno e nei procedimenti di espulsione, un bilanciamento tra l’interesse all’espulsione e l’interesse ascrivibile al diritto alla vita privata e familiare. In senso analogo il considerando numero 6 della direttiva europea rimpatri prevede che le decisioni sull’espulsione devono essere assunte «caso per caso, secondo criteri obiettivi,

Allo schema contrattuale sono ascrivibili anche alcune norme procedimentali sul respingimento e sull'esecuzione dell'espulsione dello straniero. La legge che regola il respingimento sembra muovere dalla premessa secondo la quale lo straniero respinto non è titolare di diritti costituzionali. Se non suscita dubbi di legittimità costituzionale il respingimento ai valichi di frontiera da parte della polizia, in quanto esso limita la libertà di circolazione²¹, al contrario il respingimento "differito" incide sulla libertà personale, poiché la sua esecuzione è successiva al fermo dello straniero e si traduce nel suo accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica²². Le norme vigenti non rispettano né la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 2 Cost., né il procedimento di convalida giurisdizionale *ex post*, secondo il modello di cui all'art. 13, comma 3 Cost.²³ Analogamente, il testo unico nella sua formulazione originaria sembrava considerare il potere di espulsione come una *species* del potere di ammettere. Così la norma che prevedeva il provvedimento questorile che decide l'accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso, benché incidente sulla libertà personale, non rispettava le garanzie costituzionali di cui all'art. 13, commi 2 e 3 Cost. (la disciplina è stata successivamente adeguata all'art. 13, comma 3 Cost.: v. *infra*, par. 4).

non limitandosi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare», e il testo unico attualmente prevede che l'espulsione prefettizia è disposta in seguito a una valutazione "caso per caso" (art. 13, c. 2 TUI, così come modificato dall'art. 3, comma 1, lett. c), n. 1), lett. a), D.L. 23 giugno 2011, n. 89). La Corte di Cassazione ha precisato che la decisione di rimpatrio non può essere assunta in forza della "semplice considerazione del soggiorno irregolare", ma solo in base a una valutazione "caso per caso" che deve fondarsi su "criteri obiettivi" e dovrà tenere nella "debita considerazione" interessi di rilievo costituzionale come il diritto alla vita privata e familiare, ma anche l'interesse superiore del bambino e le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato (Cass. 15362 del 22 luglio 2015). *Last but not least*, a queste norme ha fatto seguito la sentenza della Corte costituzionale 202/2013, sentenza additiva che ha esteso il principio del bilanciamento tra l'interesse all'espulsione e l'interesse alla protezione dei legami familiari in tutti i procedimenti inerenti il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno, e non solo in quelli relativi allo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o al familiare ricongiunto (Corte cost. sent. 202/2013). Date queste premesse possiamo affermare che, nella pratica amministrativa e giurisdizionale, la rigidità dell'automatismo espulsivo è stata erosa e in molti casi cede il passo alle valutazioni caso per caso, alla discrezionalità amministrativa.

²¹ Cfr. M. Cuniberti, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., p. 822.

²² Il respingimento differito è disposto con decreto questorile nei confronti dello straniero che sia stato fermato, al momento dell'ingresso o "subito dopo", mentre cercava di entrare in Italia sottraendosi ai controlli di frontiera o nei confronti dello straniero che sia stato temporaneamente ammesso sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso (art. 10, c. 2, TUI).

²³ Su questi dubbi di legittimità costituzionale v. C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, cit., pp. 158-159; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene, (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pp. 287 e 530; S. Romanotto, P. Bonetti, *Respingimenti*, in *asgi.it*, p. 5; F. Vassallo Paleologo, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Dir. imm. e citt.*, 2009, 2, p. 17 ss.; A. Pugiotto, *Purché se ne vadano*, cit., p. 353.

Allo schema contrattuale sono altresì ascrivibili le norme speciali che differenziano le condizioni di ingresso avendo riguardo alle competenze professionali²⁴ (si entra “su invito” e le condizioni non sono uguali per tutti); la norma, introdotta dalla l. 94/2009, che ha previsto il reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato, sanzionando anche penalmente l’ingresso o il soggiorno in assenza di “contratto” (art. 10-*bis* TUI, introdotto dall’art. 1, comma 16, lett. a, l. 94/2009); la norma che ha introdotto, nel 2008, la circostanza aggravante della commissione del reato da parte di persona che si trovi illegalmente sul territorio nazionale, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza 249/2010, che muoveva dalla premessa, di matrice contrattuale, secondo cui la disparità di trattamento tra cittadini e stranieri (privi di “contratto”) sarebbe ammissibile anche nell’ambito del diritto penale (art. 61, comma 1, n. 11-*bis*, c.p., introdotto dall’articolo 1, lett. f, del d. l. 92/2008, convertito nella legge 125/2008)²⁵.

3) Lo schema del “contratto” e le norme sul soggiorno dello straniero.

Lo schema contrattuale è anche un’utile chiave di lettura delle norme vigenti relative al soggiorno dello straniero. Anche in questo caso si rende necessario distinguere il disegno originario del testo unico dalle modifiche successive. Con riferimento allo straniero regolarmente soggiornante, il disegno originario del testo unico proponeva un’interpretazione estensiva degli artt. 2, 3 e 10 Cost., riconoscendo a tale categoria di persone un articolato catalogo di diritti civili e

²⁴ Ad esempio, si è previsto che l’ingresso e il soggiorno per più di tre mesi è consentito, al di fuori dei limiti imposti dalle quote dell’annuale “decreto flussi” (art. 3, comma 4, TUI) agli stranieri “altamente qualificati” che siano in possesso di determinati titoli e che intendano svolgere attività lavorativa sotto la direzione o il coordinamento di una persona fisica o giuridica (art. 27-*quater*, comma 1, TUI)

²⁵ Analoghe considerazioni sono riferibili alla circostanza aggravante della commissione del reato da parte di persona che si trovi illegalmente sul territorio nazionale, che comportava l’aumento fino a un terzo della pena prevista per il reato base e l’inapplicabilità della sospensione all’esecuzione della pena (art. 656, comma 9, lettera a, c.p.p.). Anche in questo caso il legislatore muoveva dalla premessa, di matrice contrattualistica, della carenza di diritti costituzionali dello straniero e della conseguente non illegittimità della disparità di trattamento tra cittadino e straniero nel godimento di un diritto “inviolabile” come la libertà personale. La Corte costituzionale, tuttavia, muovendo dalla premessa secondo la quale i diritti inviolabili sono propri anche dello straniero e che le disparità di trattamento per “condizioni personali e sociali” (art. 3, comma 2 Cost.) nel godimento di tali diritti devono essere assoggettate a uno scrutinio stretto di ragionevolezza, ha dichiarato la disposizione illegittima in quanto discriminatoria (Corte cost. sent. 249/2010).

sociali e affermando, in numerose disposizioni, l'uguaglianza con il cittadino²⁶. Il testo unico nella sua formulazione originaria riconosceva altresì alcuni diritti "inviolabili" o "fondamentali" allo straniero irregolarmente soggiornante. La matrice di tali norme, in particolare di quelle che riconoscono diritti allo straniero irregolarmente soggiornante che non ha concluso un "contratto", non è quella contrattuale.

E' però possibile individuare alcuni elementi di contrattualismo anche nelle norme che regolano il soggiorno. Un primo elemento è ravvisabile nelle norme che, sin dall'entrata in vigore del testo unico, regolano i titoli di soggiorno all'insegna della determinazione unilaterale delle condizioni per il rilascio e della differenziazione tra stranieri. I titoli di soggiorno sono infatti diversi per durata²⁷, per attività che possono essere svolte da parte dello straniero²⁸ e per la possibilità di conversione in altro titolo²⁹. Anche quando il motivo del rilascio del permesso di soggiorno è lo stesso, il regime giuridico può essere differenziato. Ad esempio, in base al permesso di soggiorno

²⁶ Così, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 2, TUI, "lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente"; secondo l'art. 2, comma 3, TUI, "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"; secondo l'art. 2, comma 4, TUI, "lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale"; secondo l'art. 2, comma 5, TUI, "allo straniero è riconosciuta 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".

²⁷ La durata del permesso di soggiorno è quella indicata nel visto d'ingresso. E' poi prevista una durata massima, che è di tre mesi per visite, affari e turismo; non più di un anno per la frequenza di un corso di studio o formazione (ferma restando la facoltà di rinnovo annuale nel caso di corsi pluriennali); in relazione alle esigenze documentate negli altri casi. La durata del permesso di soggiorno per motivi di lavoro non può superare i nove mesi per i contratti stagionali; un anno per il lavoro subordinato a tempo determinato; due anni per il lavoro autonomo, il lavoro subordinato a tempo indeterminato e i ricongiungimenti familiari (art. 5, commi 3 e 3-bis e 3-quater, TUI).

²⁸ Di regola, il permesso di soggiorno consente solo lo svolgimento delle attività per le quali esso è rilasciato; tuttavia alcuni permessi (per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo e per motivi familiari) possono essere utilizzati anche per le altre attività consentite allo straniero, senza che sia necessaria la conversione o la modifica del titolo medesimo (art. 14, comma 1, d.p.r. 294/1999). Il titolare di Carta blu UE, limitatamente ai primi due anni di occupazione legale sul territorio nazionale, esercita esclusivamente attività lavorative conformi alle condizioni di ammissione e limitatamente a quelle per le quali è stata rilasciata la Carta blu Ue. I cambiamenti di datore di lavoro nel corso dei primi due anni sono soggetti all'autorizzazione preliminare da parte delle competenti direzioni territoriali del lavoro (art. 27-quater, comma 13, TUI). Dopo i primi due anni il titolare di Carta blu Ue può svolgere qualsiasi attività lavorativa.

²⁹ Ad esempio, secondo l'art. 6, comma 1, TUI, "il permesso di soggiorno rilasciato per motivi di studio e formazione può essere convertito, comunque prima della sua scadenza ... in permesso di soggiorno per motivi di lavoro nell'ambito delle quote stabilite a norma dell'articolo 3, comma 4, secondo le modalità previste dal regolamento di attuazione".

per i “lavoratori stranieri altamente qualificati” (carta blu Ue), i suoi titolari “beneficiano di un trattamento uguale a quello riservato ai cittadini” (art. 27-*quater*, comma 15, TUI)³⁰ e godono quindi di un regime giuridico più favorevole di quello connesso all’ordinario permesso di soggiorno per lavoro subordinato; parimenti, condizioni diverse per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato sono previste per categorie speciali di lavoratori stranieri (art. 27 TUI).

In secondo luogo, lo schema contrattuale è utile per la lettura delle disposizioni sui *presupposti del rilascio del permesso di soggiorno*, rimodulati dalle novelle del 2002 e del 2009. Si pensi all’istituto del *contratto di soggiorno*, che è stipulato dallo straniero con un datore di lavoro entro otto giorni dall’ingresso in Italia e comporta l’assunzione di alcuni obblighi da parte del datore di lavoro (art. 5-*bis* TUI, inserito dall’art. 6, comma 1, l. 189/2002). Si pensi, altresì, all’istituto dell’*accordo di integrazione*, che lo straniero che richiede un permesso di soggiorno deve stipulare entro il termine perentorio di otto giorni dall’ingresso. Tale accordo, articolato per crediti, comporta l’impegno a conseguire specifici obiettivi di integrazione (art. 4-*bis* TUI, inserito dall’art. 1, comma 25, l. 94/2012). Lo schema contrattuale è in entrambi casi evidente: nel primo caso, il rilascio del permesso di soggiorno è subordinato all’assunzione di alcuni obblighi da parte del datore di lavoro³¹; nel secondo caso è lo straniero che assume l’impegno a maturare crediti di integrazione, e l’eventuale perdita integrale dei crediti si traduce nella revoca del permesso di soggiorno e nell’espulsione dal territorio nazionale (fatta eccezione per i soggetti aventi particolari titoli di soggiorno³²). Si pensi, altresì, alla previsione del pagamento, oltre che delle spese per la

³⁰ Unica eccezione a tale parificazione è che, per i primi due anni, i cambiamenti di datore di lavoro sono soggetti all’autorizzazione preliminare da parte delle competenti Direzioni territoriali del lavoro (art. 27-*quater*, comma 13, TUI).

³¹ Con la stipulazione del contratto di soggiorno, il datore di lavoro presta garanzia che il lavoratore abbia la disponibilità di un alloggio conforme ai parametri minimi previsti dalla legge per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica e si fa carico delle spese necessarie per il rientro del lavoratore nel proprio paese (art. 5-*bis* TUI, aggiunto dall’art. 6, comma 1, l. 189/2002).

³² Il testo unico collega le vicende del permesso di soggiorno a quelle dell’*accordo di integrazione*. Entro il mese successivo a quello di stipula dell’*accordo*, lo straniero partecipa gratuitamente alla sessione di formazione civica e di informazione sulla vita civile in Italia. La sessione ha una durata non inferiore a cinque e non superiore a dieci ore. La mancata partecipazione a tale sessione comporta la perdita di quindici dei sedici crediti iniziali (art. 2, comma 5; art. 3). Lo straniero può acquisire punti mediante la frequenza di corsi e giornate di formazione; di contro può subire una decurtazione per effetto di provvedimenti di condanna penale (anche non definitivi), dell’applicazione anche non definitiva di misure di sicurezza personale e dell’applicazione di sanzioni pecuniarie definitive di importo non inferiore ai 10mila euro (artt. 4 e 5). L’*accordo* ha una durata di due anni. Un mese prima della scadenza si procede alla verifica dello stesso. Lo straniero deve presentare allo sportello unico per l’immigrazione la documentazione necessaria al riconoscimento dei crediti e quella relativa all’adempimento dell’obbligo scolastico da parte

procedura di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno, anche di un ulteriore “corrispettivo” (art 5, comma 2-ter, TUI, inserito dall’art. 1, comma 22, lett. b, l. 94/2009), fissato da un decreto ministeriale che è stato recentemente annullato dal Tar Lazio (sentenza n. 06095/2016).

In terzo luogo, alcune norme prevedono la “sanzione” del provvedimento sfavorevole inerente il permesso di soggiorno come conseguenza della mancata osservanza da parte dello straniero degli “impegni” assunti con il “contratto”³³.

E’ tuttavia nella regolazione dei diritti dello straniero irregolarmente soggiornante nelle novelle della XIV e della XVI legislatura che l’approccio “contrattuale” ha trovato il terreno più

dei figli, o la prova di essersi adoperato a tal fine (art. 6, comma 1). In assenza di idonea documentazione, lo straniero può comunque ottenere l’accertamento del livello di conoscenza della lingua attraverso il superamento di un test di italiano, cultura civica e vita civile organizzato dallo sportello unico per l’immigrazione. L’accordo è estinto nel caso di conseguimento dei trenta crediti previsti, sempre che sia attestata la conoscenza richiesta dell’italiano, della cultura civica e della vita civile. Se i crediti conseguiti sono superiori a zero e inferiori a trenta, l’accordo è prorogato di un anno (art. 6, comma 3). E’ evidente, anche in questo caso, l’utilità dello schema contrattuale: lo straniero assume un impegno a perseguire un percorso di integrazione, attestato dalla maturazione di un numero minimo di crediti in due anni. Il percorso è scandito da incentivi (attività il cui svolgimento può comportare la maturazione di crediti) e di disincentivi (atti da cui può discendere la perdita di crediti); la perdita totale dei crediti comporta la revoca del permesso di soggiorno e l’espulsione dal territorio nazionale.

³³ Si pensi, in tema di lavoro stagionale, alla norma secondo la quale lo straniero che dimostri di essere giunto in Italia almeno due anni di seguito per lavoro stagionale può essere rilasciato un permesso pluriennale (fino a tre annualità), per la durata temporale di cui ha usufruito nell’ultimo dei due anni precedenti, ma nel caso in cui lo straniero violi le disposizioni del testo unico, “il permesso è revocato immediatamente” (art. 5, comma 3-ter, TUI, così modificato dall’art. 5, comma 1, lett. a, l. 189/2002). Si pensi, altresì, all’art. 9, comma 7, lett. a) e b), TUI, secondo il quale il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo è revocato se “è stato acquisito fraudolentemente” o in caso di espulsione. Parimenti secondo l’art. 18, comma 4, TUI, lo speciale permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, rilasciato dal questore per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti di un’organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale, “è revocato in caso di interruzione del programma o di condotta incompatibile con le finalità dello stesso”. Inoltre, secondo l’art. 18-bis, comma 4, TUI, il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica “è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso”. Infine, secondo l’art. 22, comma 12-quinquies, il permesso di soggiorno rilasciato allo straniero vittima di particolare sfruttamento lavorativo “è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso”. Con riferimento al permesso di soggiorno per lavoro autonomo, tale permesso è revocato e lo straniero è espulso in caso di condanna per alcuni delitti previsti a tutela del diritto d’autore e dagli artt. 473 e 474 c.p. (art. 26, commi 7 e 7-bis TUI). Con riferimento al permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo, è previsto che esso è revocato se è stato acquisito fraudolentemente e in caso di espulsione (art. 9, comma 7, lett. a) e b). Con riferimento ai lavoratori altamente qualificati, titolari di permesso di soggiorno denominato “Carta blu UE”, è previsto il diniego di rilascio, di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno in caso di frode del “contraente” (se il permesso “è stato ottenuto in maniera fraudolenta o è stato falsificato o contraffatto”), o altresì nel caso in cui lo straniero non soddisfi o non soddisfi più le condizioni per l’ingresso, se nei primi due anni non ha esercitato attività coerenti con quanto autorizzato dal permesso o quando non abbia risorse sufficienti per mantenere sé stesso e i suoi familiari senza fare ricorso all’assistenza sociale nazionale (art. 27-quater, comma 12, TUI).

fertile. Se infatti, secondo lo schema del “contratto”, lo straniero regolarmente soggiornante è titolare dei diritti allo stesso riconosciuti dalla legge (in assenza di vincoli costituzionali), l’altra faccia di tale approccio è quella di ammettere radicali disparità di trattamento tra cittadino e straniero irregolarmente soggiornante il quale, non avendo stipulato alcun “contratto”, sarebbe da ritenersi privo di ogni diritto costituzionale. La stessa presenza sul territorio nazionale dello straniero sarebbe quindi priva di ogni rilevanza giuridica e l’ordinamento, in virtù di una *fictio iuris*, potrebbe considerarlo come se fosse ancora fuori dal territorio nazionale. Una visione così radicale non è stata portata alle sue estreme conseguenze dalle novelle del 2002, del 2008 e del 2009, ma ne costituisce sicuramente la matrice giuridico-culturale.

Tra le norme *de quibus* viene in evidenza in primo luogo la norma, sostanzialmente negativa del diritto fondamentale al matrimonio, che subordinava le pubblicazioni matrimoniali alla presentazione di «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano» (art. 116 c.c., così come modificato dall’art. 1, comma 15, l. 94/2009, dichiarato illegittimo *in parte qua* da Corte cost., sent. 245/2011); la norma, limitativa del diritto fondamentale all’abitazione³⁴, che ha introdotto sanzioni penali a carico di chi dà in alloggio o cede (anche in locazione) un immobile di cui abbia disponibilità a uno straniero irregolarmente soggiornante, purché a titolo oneroso e in presenza di dolo specifico (art. 5, d. l. 92/2008, convertito nella l. 125/2008)³⁵; la norma, negativa del diritto fondamentale al nome, che subordina la formazione degli atti di stato civile alla presentazione del titolo di soggiorno (una circolare, tuttavia, ha affermato che la norma escludente non deve essere applicata alla formazione degli atti di nascita³⁶). Negativa della stessa

³⁴ Sul carattere fondamentale del diritto all’abitazione v. Corte cost., sentt. 404/1988 e 61/2011 e art. 25 della dichiarazione universale dei diritti dell’uomo; sul punto v., altresì, A. Ciervo, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Jovene, Napoli, 2011, p. 367.

³⁵ Occorre evidenziare che in questo caso la disparità di trattamento, a svantaggio dello straniero irregolarmente soggiornante, investe l’abitazione non solo come diritto sociale ma anche come diritto di libertà negativa, protetto nel suo contenuto *erga omnes*, sia nei confronti dello Stato che nei confronti di ogni altro soggetto pubblico o privato. La norma *de qua*, quindi, appare lesiva del contenuto minimo del diritto in esame.

³⁶ Con riferimento alla formazione dell’atto di nascita, la norma *de qua* appare in conflitto con il valore costituzionale della protezione dell’infanzia e della gioventù (art. 31 Cost.), così come degli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza del 20 novembre 1989, che prevede la registrazione del fanciullo al momento della nascita, il diritto a un nome, a una cittadinanza, a preservare la propria identità (ivi compresa la propria nazionalità, il proprio nome e le proprie relazioni familiari). Un’antinomia è ravvisabile anche con riferimento all’art. 24, comma 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo il quale ogni fanciullo, dopo la nascita, deve essere registrato e deve avere un nome. Al fine di ovviare alle conseguenze di un’interpretazione letterale della disposizione, l’art. 3 della

capacità giuridica dello straniero è poi la norma, tuttora in vigore, che subordina l'accesso ai servizi pubblici (come i servizi sociali, i servizi pubblici locali, il trasporto pubblico locale l'erogazione di energia elettrica, gas, acqua etc.) alla presentazione del titolo di soggiorno, con l'eccezione delle attività sportive e ricreative, delle prestazioni sanitarie e delle prestazioni scolastiche obbligatorie (art. 6, comma 2 TUI, così modificato dall'art. 1, comma 22, lett. g, l. 94/2009). Il progetto di negazione dei diritti fondamentali dello straniero irregolarmente soggiornante in origine era peraltro ancor più radicale. Il disegno di legge A.S. 733, che costituisce la matrice della l. 94/2009, subordinava alla regolarità del soggiorno l'accesso a tutti i servizi pubblici, anche, quindi, di quelli scolastici e sanitari (l'eccezione relativa a questi due servizi è stata introdotta nel corso del procedimento legislativo)³⁷; inoltre, lo stesso disegno di legge disponeva l'abrogazione del divieto di segnalazione alle autorità per gli operatori sanitari di cui all'art. 35, comma 5, TUI (la disposizione soppressiva non è poi stata approvata dalla Camera dei deputati nel procedimento legislativo³⁸).

4) Diritti inviolabili o fondamentali e condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante.

Si è visto che l'approccio "contrattuale" implica una lettura negativa dei diritti costituzionali dello straniero, che sono eventualmente riconosciuti dalla legge nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali di cui all'art. 10, comma 2, Cost. A questa prospettiva si contrappone una diversa interpretazione della Costituzione, condivisa dalla dottrina maggioritaria e dalla

Circolare n. 19 del 7 agosto 2009, Ministero dell'Interno, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali, secondo il quale «per lo svolgimento delle attività riguardanti le dichiarazioni di nascita e di riconoscimento di filiazione (registro di nascita – dello stato civile) non devono essere esibiti documenti inerenti al soggiorno trattandosi di dichiarazioni rese, anche a tutela del minore, nell'interesse pubblico della certezza delle situazioni di fatto».

³⁷ Cfr. Senato della Repubblica, XVI legislatura, Dossier di documentazione, Servizio studi, Dipartimento giustizia, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, disegno di legge A.S. n. 733-B, p. 77. La disposizione è stata poi emendata al Senato con l'inserimento dell'esenzione riferita alle prestazioni sanitarie, e dalla Camera dei deputati con l'approvazione dell'esenzione relativa alle prestazioni scolastiche obbligatorie. Sul punto v. anche G. Brunelli, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, cit., p. 59.

³⁸ Cfr. Senato della Repubblica, XVI legislatura, Dossier di documentazione, Servizio studi, Dipartimento giustizia, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, disegno di legge A.S. n. 733-B, p. 107.

giurisprudenza costituzionale, in virtù della quale allo straniero, anche se irregolarmente soggiornante, spettano almeno i diritti “inviolabili” o “fondamentali” ex art. 2 Cost. Tali diritti sarebbero propri della persona in quanto tale, in virtù della semplice presenza sul territorio e non della regolarità del soggiorno. Questi diritti si cumulano con i diritti previsti dalle norme e dai trattati internazionali ratificati dall’Italia, che assurgono al rango di norma interposta ai sensi degli artt. 10, comma 2 Cost. e 117, comma 1 Cost.³⁹ Sovente si riscontra una contaminazione tra le due fonti, essendo alcuni diritti previsti sia dalla Costituzione che dalle carte internazionali dei diritti applicabili allo straniero.

Questa matrice giuridico-culturale - i diritti inviolabili o fondamentali da riconoscersi, almeno nel loro contenuto minimo, in base alla mera presenza sul territorio - è presente nel testo unico sull’immigrazione. La norma generale è quella di cui all’art. 2, comma 1, TUI, secondo la quale “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”. Nel testo unico sono espressamente previsti i seguenti diritti dello straniero irregolarmente soggiornante: il diritto alla protezione diplomatica e consolare nelle forme e nei limiti previsti dal diritto internazionale (art. 2, comma 7, TUI); il diritto di difesa (art. 2, comma 5, TUI); il diritto alla salute (art. 35, comma 3, TUI); il diritto all’istruzione (art. 38, TUI). Ulteriori norme prevedono la possibilità del rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 5, comma 6, TUI e art. 11, c. 1, lett. c-ter, d.P.R. 394/99) e pongono divieti di respingimento o di espulsione dello straniero presente sul territorio, a garanzia di suoi diritti costituzionali e/o umani (art. 19 TUI)⁴⁰. I

³⁹ Sull’utilità dello schema che riconoscimento dei diritti dello straniero in base alla mera presenza sul territorio come chiave di lettura della legislazione e della giurisprudenza statunitense in materia, v. L. S. Bosniak, *Exclusion and membership: the dual identity of the undocumented worker under United States law*, in *Wisconsin Law Review*, 1988, p. 955 ss., in part. p. 983: “the law's protection and recognition of undocumented immigrants in certain contexts demonstrates that these immigrants have a legal identity distinct from that of alien -- distinct, that is, from that defined by the nation's exclusionary project. This identity derives from their personhood and their territorial presence, and it demarcates a certain sphere of formally protected activity accorded to acknowledged community members. It is within this protected sphere that large numbers of undocumented workers have constructed lives that are often extensively integrated into the United States at both the economic and community levels” (enfasi aggiunta).

⁴⁰ In particolare, secondo il testo unico “in nessun caso può disporsi l’espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione”; parimenti è sancito il divieto di espulsione del minorenne, salvo il suo diritto a seguire il genitore o l’affidatario espulsi (art. 19, 18

diritti costituzionali inviolabili o fondamentali, così come i diritti umani previsti dalle convenzioni internazionali, sono inoltre invocati dai migranti richiedenti asilo che non possono vantare nient'altro che un "contatto" con la frontiera, e sono il fondamento e il limite di validità delle norme europee e interne che regolano il diritto di asilo.

Al riconoscimento della titolarità di alcuni di tali diritti allo straniero irregolarmente soggiornante da parte della legge, però, corrisponde, di regola, una declinazione legislativa degli stessi in chiave riduttiva, limitata al contenuto minimo del diritto, in condizioni, quindi, di disuguaglianza non solo con il cittadino, ma anche con lo straniero regolarmente soggiornante.

Viene in primo luogo in evidenza il rapporto tra i diritti costituzionali e le norme che regolano le procedure di espulsione. Queste norme sono applicabili, per definizione, solo allo straniero (irregolarmente soggiornante) e non anche al cittadino. La disparità di trattamento è quindi *in re ipsa*. Cionondimeno, la legge nel regolare queste procedure dovrebbe assicurare la piena effettività del diritto di libertà personale e del diritto di difesa, che sono però declinati in chiave negativa o riduttiva.

Si pensi all'esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera (artt. 13 TUI) e al trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione (art. 14 TUI), le cui norme sono di dubbia compatibilità con le garanzie della libertà personale di cui all'art. 13 Cost.

L'esecuzione dell'espulsione può avere luogo attraverso la "partenza volontaria", che implica la fissazione da parte del prefetto di un termine per la partenza (da sette a trenta giorni), su istanza dell'interessato (art. 14, comma 5.1, TUI), oppure mediante l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, deciso dal questore con proprio decreto⁴¹. Secondo l'art. 13

comma 2, lett. a, TUI); inoltre, è fatto divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio (art. 19, comma 2, lett. d, TUI). Infine, secondo l'art. 19, comma 2-*bis*, TUI, "il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate".

⁴¹ Il d. l. 89/2011 ha recepito la direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/Ce), tradendo, però, il *favor* per la partenza volontaria in essa contenuto; di conseguenza, nella prassi applicativa la regola generale è l'accompagnamento coattivo (che è obbligatorio nei casi di espulsione ministeriale e di espulsione giudiziale). L'accompagnamento coattivo alla frontiera è disposto dal questore con proprio decreto: 1) nei casi di espulsione ministeriale (ai sensi degli artt. 13, c. 1, TUI e 3, c. 1, l. 155/2005) o di espulsione dello straniero socialmente pericoloso; 2) in presenza di un rischio di fuga, secondo quanto previsto dall'art. 13, c. 4-*bis*, TUI); 3) quando la domanda di permesso di soggiorno è stata respinta in quanto manifestamente

Cost. la decisione sulla limitazione della libertà personale deve essere assunta, come regola generale, dall'autorità giudiziaria (art. 13, comma 2 Cost.). Solo in casi eccezionali di necessità e di urgenza, tassativamente disciplinati dalla legge, è consentito all'autorità di pubblica sicurezza di assumere provvedimenti provvisori da comunicare entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria, la quale procede all'eventuale convalida nelle successive quarantotto ore (art. 13, comma 3, Cost.). Tale rapporto tra regola ed eccezione, che implica un *favor* per l'attività giurisdizionale rispetto a quella amministrativa, non viene rispettato dalle norme legislative sull'esecuzione dell'espulsione⁴². Nel disegno originario del testo unico, il decreto questorile di accompagnamento alla frontiera non era soggetto ad alcuna convalida giurisdizionale. Avendo la Corte costituzionale lasciato intendere l'illegittimità costituzionale di tale regime giuridico (nella motivazione della sentenza Corte cost. 105/2001), il Governo con decreto-legge ha modificato questa disciplina prevedendo l'obbligo di comunicare il provvedimento al tribunale in composizione monocratica immediatamente e comunque entro quarantotto ore, con eventuale convalida nelle successive quarantotto ore (art. 13, comma 5-*bis*, TUI, introdotto dall'art. 2, d.l. 51/2002, convertito con modificazioni nella legge 106/2002 e poi modificato dal d.l. 241 del 2004, che ha previsto la competenza del giudice di pace). In tal modo, quindi, il legislatore si è conformato alle garanzie di cui all'art. 13, comma 3 Cost., eludendo però il rispetto dell'art. 13 comma 2 Cost., che prescrive come regola generale la riserva di giurisdizione, mentre il procedimento di convalida sarebbe ammesso solo "in casi eccezionali di necessità e di urgenza".

infondata o fraudolenta; 4) se lo straniero, senza giustificato motivo, non ha osservato il termine concesso per la partenza volontaria in base all'art. 13, c. 5, TUI; 5) qualora lo straniero abbia violato una delle misure disposte dal questore in correlazione alla concessione del termine per la partenza volontaria o in alternativa al trattenimento nei CIE (*ex art. 13, c. 5.2 o ex art. 14, c. 1-bis, TUI*); 6) in tutte le ipotesi di espulsione giudiziaria (artt. 15 e 16 TUI e quando l'espulsione costituisce una sanzione penale o una conseguenza di una sanzione penale; 7) nel caso in cui lo straniero non abbia chiesto il termine per la partenza volontaria (art. 13, c. 5.1, TUI). Il rischio di fuga di cui al punto 2) è stato disciplinato in termini così ampi da determinare la sussunzione nella fattispecie astratta dell'allontanamento alla frontiera di quasi tutte le fattispecie concrete di allontanamento dello straniero. Secondo il testo unico, il "pericolo di fuga" è riscontrabile: a) se lo straniero non possiede il passaporto o altro documento equipollente, in corso di validità; b) se non vi è idonea documentazione che dimostri la disponibilità di un alloggio da parte dello straniero, nel quale questi possa essere rintracciato; c) se lo straniero ha in precedenza dichiarato o attestato false generalità; d) se lo straniero ha violato il divieto di reingresso; e) se lo straniero non ha rispettato gli obblighi imposti dal questore in correlazione alla concessione di un termine per la partenza volontaria o in luogo del trattenimento in un C.I.E. (art. 13, c. 4-*bis*, TUI).

⁴² Sull'interpretazione dei commi 2 e 3 dell'art. 13 Cost. nel senso di una preferenza per l'attività giurisdizionale, cfr. V. Angiolini, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1992, p. 73 ss.

Analoghe considerazioni possono essere formulate con riferimento al trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione e di espulsione. La decisione è assunta *in ogni caso* dal Questore (art. 14 TUI) ed è oggetto di convalida da parte dell'autorità giudiziaria nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, comma 3, Cost.⁴³ Inoltre, la regolazione dei casi e modi del trattenimento dello straniero nei Cie non è affidata solo alla legge e agli atti aventi forza di legge, come impone la riserva di legge assoluta di cui all'art. 13 Cost., ma è rimessa quasi esclusivamente a fonti secondarie del diritto e lascia eccessivi margini di discrezionalità all'autorità amministrativa⁴⁴.

⁴³ Nel senso dell'illegittimità di tali norme v. P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 601.

⁴⁴ In primo luogo, l'art. 13, commi 2 e 3 Cost. prevede che sia la legge a determinare i casi in cui può aver luogo la limitazione della libertà personale. E' possibile che la legge lasci all'autorità competente dei margini di discrezionalità, che hanno la funzione di consentire l'adattamento della misura alla persona, in modo che la restrizione della libertà personale sia decisa solo se inevitabile (Corte cost. sentt. 126/72, 64/77, sul punto v. anche A. Cerri, *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., p. 11); i presupposti del provvedimento, però, devono essere delineati in modo esauriente e tassativo. La regolazione del trattenimento dello straniero non appare coerente con queste premesse, in quanto i suoi presupposti sono eccessivamente ampi e ravvisabili in quasi tutti i procedimenti di allontanamento. In carenza di presupposti tassativamente definiti, è l'autorità amministrativa a scegliere quali stranieri devono essere trattenuti, e ciò avviene in osservanza di criteri non legalmente determinati, che sono essenzialmente due: a) la pericolosità del soggetto trattenuto (desumibile dal fatto che è in corso un'espulsione giudiziale, o dall'esistenza di precedenti penali, o dal fatto che in corso un procedimento penale); b) la ragionevole probabilità dell'esecuzione del provvedimento di rimpatrio, che dipende soprattutto dalla nazionalità dello straniero. I criteri così definiti sono elementi di *soft law* e quindi, proprio perché informali, sono suscettibili di non essere sempre rispettati, né se ne potrà invocare la violazione innanzi a un giudice. A ciò deve essere aggiunto il fatto che il numero di posti disponibili nei centri per il trattenimento è estremamente ridotto, per cui in molti casi il trattenimento deciso dal questore non può avere luogo per carenza di un posto disponibile (sul punto v. Aa.Vv., *Documento programmatico sui centri di identificazione e di espulsione – Ministero dell'interno*, Roma, 2013, in http://www.a.sgi.it/public/parser_download/save/1_013_doc_cie_documenti.pdf, p. 14). È quindi non l'applicazione delle norme di legge, ma «la casualità a determinare i trattenimenti nonché i conseguenti accompagnamenti alla frontiera» (in questo senso si veda il *Rapporto De Mistura*, in <http://www1.interno.gov.it>, p. 5). In secondo luogo, secondo l'art. 13 Cost., non solo i casi, ma anche i modi della limitazione della libertà personale devono essere previsti dalla legge. Mentre il regime penitenziario è regolato dalla legge, cui si saldano un regolamento di esecuzione (regolamento penitenziario d. p. r.230/2000) e i regolamenti d'istituto, di contro le norme sul trattenimento sono quasi esclusivamente regolamentari. Il testo unico prevede solo che «lo straniero è trattenuto nel centro con modalità tali da assicurare la necessaria assistenza e il pieno rispetto della sua dignità» e che «è assicurata in ogni caso la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno». Tutte le altre norme sono di rango secondario: si tratta del d. p. r. 394/1999, regolamento governativo che conferisce ai prefetti il potere di allestire e gestire i centri «anche mediante la stipula di apposite convenzioni con l'ente locale o con soggetti pubblici o privati che possono avvalersi dell'attività di altri enti, di associazioni del volontariato e di cooperative di solidarietà sociale» (art. 22, comma 2, d. p. r. 394/1999); del decreto del Ministro dell'interno del 21 novembre 2008, recante le linee guida per la predisposizione dei capitolati delle gare d'appalto, attraverso i quali sono individuati i servizi che devono essere assicurati da parte del soggetto aggiudicatario. Infine, l'ingresso nei centri è stato disciplinato mediante circolari: la «circolare Maroni» (Circolare del Ministero dell'interno, 1 aprile 2011, n. 1305), che ha vietato l'ingresso nei Cie (e nei Cara) ai mezzi di informazione, alle organizzazioni indipendenti (tranne alcune menzionate nella stessa circolare) e a esponenti della società civile; la circolare Cancellieri (Direttiva n. 11050/110 del 13 dicembre 2011, Ministro dell'interno), che ha

Analoga lettura riduttiva è riscontrabile nell'analisi delle norme procedurali sull'allontanamento con riferimento al diritto di difesa. La disamina della disciplina vigente evidenzia l'esigenza di soddisfare l'interesse a una sollecita definizione dei giudizi relativi ai provvedimenti di espulsione, che è collegato «all'interesse generale a un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione da Paesi extracomunitari» (Corte Cost. sent. 161/2000), in alcune ipotesi con pregiudizio delle garanzie della difesa. Sovente, nel conflitto tra *lex* e *iura*, Corte costituzionale e Corte di Cassazione hanno proposto interpretazioni adeguatrici delle disposizioni di legge vigenti; interpretazioni che però non sono sempre recepite in modo uniforme dai giudici di pace.

Si pensi al regime di convalida del decreto questorile di esecuzione dell'espulsione. Si è visto che il testo unico nella sua formulazione originaria non prevedeva che il decreto di espulsione fosse immediatamente esecutivo. Al contrario, secondo la disciplina vigente in seguito a una modifica del 2002, il decreto di espulsione è immediatamente esecutivo, con la conseguenza che il giudizio di convalida del decreto di esecuzione dell'espulsione avrebbe potuto avere luogo dopo che, in seguito all'avvenuto accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, lo straniero non si fosse trovato più sul territorio nazionale (art. 13, comma 3, TUI dalla legge 189/2002). La Corte costituzionale ha affermato, con una sentenza additiva, che il giudizio di convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera deve svolgersi, nel rispetto del principio del contraddittorio e con le garanzie del diritto di difesa, prima dell'esecuzione dello stesso (Corte cost. sent. 222/2004). Criticità ulteriori sono ravvisabili, sempre con riferimento alla garanzia del diritto di difesa, nella devoluzione al giudice di pace – un giudice non togato – della competenza in ordine ai giudizi di opposizione al decreto di espulsione, di convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera, di convalida del decreto di trattenimento nel Cie⁴⁵; nella

vincolato l'ingresso di giornalisti ed esponenti di associazioni alla previa autorizzazione del prefetto, rilasciata dopo la comunicazione dell'istanza al dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione. Come è noto, sia in vigore di una riserva di legge assoluta che di una riserva di legge relativa, la legge deve regolare l'oggetto della sua competenza e non può rimettere la disciplina del proprio oggetto esclusivamente a fonti secondarie (sul punto, *ex plurimis*, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1993, p. 62 ss).

⁴⁵ Il giudice di pace è competente a giudicare in ordine a tutti i provvedimenti adottati nel procedimento di espulsione: il giudizio di opposizione al decreto di espulsione, il giudizio di convalida del decreto questorile di accompagnamento alla frontiera, il giudizio di convalida del decreto questorile di trattenimento in un Cie e la decisione in ordine alla proroga di trattenimento. Come è noto, il giudice di pace non è un giudice togato, è un giudice nato per conciliare posizioni distanti nella società che non gode delle stesse garanzie di autonomia e indipendenza proprie del giudice togato. In senso critico sulle competenze del giudice di pace v. P. Morozzo Della Rocca, P. Cognini, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2005, p. 35; I. Gjergji, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una «terra di nessuno»*

mancata previsione legislativa del potere del giudice di sospendere l'efficacia del decreto di espulsione⁴⁶; nella mancata previsione legislativa di un'udienza per le proroghe del trattenimento dello straniero nei Cie⁴⁷.

L'analisi delle norme vigenti che regolano le procedure di allontanamento rivela quindi una visione, se non propriamente negativa, quanto meno riduttiva di alcuni diritti costituzionali, quasi che le norme costituzionali sui diritti non recassero garanzie e limiti all'azione dei pubblici poteri, ma "principi generali" da rispettare nella misura di quanto è possibile e nel quadro del bilanciamento con il dominante interesse pubblico all'esecuzione del respingimento o dell'espulsione.

Analoghe considerazioni possono essere formulate con riferimento al diritto alla salute, che è garantito nei limiti delle cure ambulatoriali ed ospedaliere *urgenti o comunque essenziali*,

tra ordine giuridico e fatto politico, in *Costituzionalismo.it*, 3/2006, p. 26; E. Zambelli, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, cit., p. 169; G. Savio, *Respingimento, espulsione, trattenimento e accompagnamento alla frontiera (i presupposti e le procedure), la revoca ed il reingresso, la segnalazione Schengen*, cit., p. 151; L. Masera, «Terra bruciata» attorno al clandestino, in O. Mazza, F. Viganò, *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 81; F. Vassallo Paleologo, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, cit., p. 17, R. Croce, *L'espulsione amministrativa dello straniero*, in F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, cit., p. 216; ci si consenta altresì di rinviare al nostro R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 185.

⁴⁶ La legge non prevede il potere giudiziale di sospendere l'efficacia del decreto di espulsione. Nel silenzio della legge la Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha sostenuto che il giudice può sospendere l'efficacia del decreto in base alle norme già esistenti nell'ordinamento giuridico in presenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* (Corte cost. sent. 161/2000). In mancanza di una norma espressa, tuttavia, accade che solo alcuni giudici sospendano in via cautelare l'efficacia del decreto.

⁴⁷ Per ciò che concerne il trattenimento dello straniero nei Centri di identificazione di espulsione, il testo unico prevede che la convalida del decreto questorile di trattenimento da parte del giudice di pace, nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, comma 3 Cost., è assunta con udienza in Camera di consiglio, con le garanzie del contraddittorio. Lo straniero ha diritto a essere rappresentato da un difensore di fiducia, è ammesso al gratuito patrocinio e, se è privo di un difensore di fiducia, è difeso da un avvocato d'ufficio. Se è necessario, è assistito da un interprete (art. 14, c. 4, TUI). La convalida del decreto comporta il trattenimento dello straniero per un periodo di trenta giorni. Il testo unico non prevede la celebrazione dell'udienza per le eventuali proroghe (fino a un massimo di novanta giorni di trattenimento). Nel silenzio del legislatore, la Corte di Cassazione ha affermato che l'udienza deve essere celebrata anche con riferimento alle domande questorili di proroga (Cfr. Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2010, n. 4544; da ultimo si veda Corte di Cassazione, Ordinanza n. 15279 del 21 luglio 2015), ma la carenza di una regola formale fa sì che solo alcuni giudici celebrino tali udienze. In alcuni casi il giudice di pace avvisa e ascolta il difensore, senza però disporre l'audizione dell'interessato (su questa prassi v. G. Savio, *Prassi e giurisprudenza in materia di immigrazione*, Torino, in "giustizia.piemonte.it", p. 11). Da ultimo, la Corte di Cassazione ha ribadito che sono violate le garanzie difensive anche in quest'ultimo caso, ossia se non viene garantita la partecipazione dell'interessato (cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 26 febbraio – 18 giugno 2013, n. 15223).

ancorché continuative, per malattia ed infortunio, fermo restando il divieto di qualunque segnalazione alle autorità da parte dello straniero (art. 35, comma 3, TUI). Allo straniero regolarmente soggiornante è invece riconosciuta, a seconda del titolo di soggiorno, il diritto/dovere di iscriversi al servizio sanitario nazionale con “parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani”, o il diritto/dovere di stipulare una polizza assicurativa o di iscriversi al servizio sanitario nazionale⁴⁸. Anche in questa ipotesi la restrizione nel godimento del diritto è di dubbia legittimità. Essa trova il proprio fondamento nella limitatezza delle risorse disponibili e nel fatto che lo straniero non concorrerebbe a finanziare le spese pubbliche. Eppure lo straniero, ancorché irregolarmente soggiornante, finanzia le spese pubbliche pagando le imposte indirette; inoltre contribuisce (se lavora) al progresso materiale e spirituale della società, non di rado in condizioni di particolare sfruttamento. La carenza di una parità di trattamento trova giustificazione in una logica contrattuale (lo straniero è privo del “contratto” con lo Stato) ma non tiene conto della costruzione di legami con il territorio che vengono in essere, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, come conseguenza di un soggiorno prolungato. E’ ben vero, tuttavia, che una norma che assicurasse la parità di trattamento potrebbe incentivare il “turismo sanitario”, già praticato da parte di cittadini di altri Paesi Ue. Anche ammettendo la non irragionevolezza della disparità di trattamento, la norma escludente è comunque da ritenersi illegittima nella parte in cui non prevede la possibilità per lo straniero irregolarmente soggiornante di iscriversi al servizio sanitario nazionale, pagando una tariffa determinata dal Ministero della salute, attraverso una procedura che ne garantisca l’anonimato:

⁴⁸ Il diritto/obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, la parità di trattamento e la piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all’obbligo contributivo, all’assistenza erogata in Italia e alla sua validità temporale è previsto con riferimento a: a) gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento; b) gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza. Lo straniero regolarmente soggiornante, non rientrando tra le categorie indicate nei commi 1 e 2 è tenuto ad assicurarsi contro il rischio di malattie, infortunio e maternità mediante stipula di apposita polizza assicurativa con un istituto assicurativo italiano o straniero, valida sul territorio nazionale, ovvero mediante iscrizione al servizio sanitario nazionale valida anche per i familiari a carico. Per l’iscrizione al servizio sanitario nazionale deve essere corrisposto a titolo di partecipazione alle spese un contributo annuale, di importo percentuale pari a quello previsto per i cittadini italiani, sul reddito complessivo conseguito nell’anno precedente in Italia e all’estero. L’ammontare del contributo è determinato con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e non può essere inferiore al contributo minimo previsto dalle norme vigenti. L’iscrizione volontaria al servizio sanitario nazionale può essere altresì richiesta dagli stranieri soggiornanti in Italia per motivi di studio e dagli stranieri regolarmente soggiornanti collocati alla pari (art. 34, comma 4, TUI).

facoltà, questa, che è riconosciuta agli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi di studio o collocati alla pari (art. 34, comma 4, TUI). Una norma siffatta bilancerebbe in modo ineccepibile l'interesse all'equilibrio della finanza pubblica con gli interessi ascrivibili al diritto alla salute, ed eviterebbe inoltre che la domanda di prestazioni sanitarie da parte di stranieri irregolarmente soggiornanti ricada esclusivamente sui pronto soccorso.

Nessuna limitazione formale è prevista per ciò che concerne il diritto di difesa, riconosciuto allo straniero a prescindere dalla regolarità del soggiorno (art. 2, comma 5, TUI), anche se come si è visto esso è declinato in modo riduttivo dalle norme che regolano le procedure di espulsione. Nella prassi accade che il diritto, che può dirsi effettivo nei giudizi penali e in quelli relativi alla protezione internazionale o all'espulsione, divenga sostanzialmente ineffettivo innanzi ad altre controversie – pensiamo a quelle che possono venire in essere a causa del lavoro nero – in quanto il timore di essere segnalati ed espulsi è tale da scoraggiarne l'esercizio⁴⁹.

Infine, come si è visto discorrendo dell'approccio "contrattuale", alcune norme entrate in vigore con le novelle al testo unico della XVI legislatura hanno negato allo straniero irregolarmente soggiornante la titolarità di alcuni diritti non espressamente definiti dalla Costituzione come inviolabili o fondamentali, ma il cui carattere fondamentale si desume dalla giurisprudenza costituzionale e dalle carte internazionali dei diritti. Facciamo riferimento alle norme relative al diritto al matrimonio (la norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost. sent. 245/2011); al diritto all'abitazione; al diritto al nome; al diritto al riconoscimento della capacità giuridica nei rapporti con la pubblica amministrazione, con l'eccezione delle attività sportive e ricreative, delle prestazioni sanitarie e delle prestazioni scolastiche obbligatorie (v. *supra*, par. 3).

⁴⁹ E' questo un timore fondato, se si considera che il soggiorno irregolare costituisce reato. Il fatto è punito solo con una sanzione pecuniaria, ma la sua previsione come reato comporta l'insorgere di un obbligo di segnalazione, in capo al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che venga a conoscenza della condizione di irregolarità nell'esercizio delle sue funzioni (ex artt. 361 e 362 c. p.), essendo la denuncia alle autorità non ammessa solo da parte degli operatori sanitari (art. 35, comma 5, TUI). La previsione di tale reato comporta, quindi, l'ingenerarsi di uno stato di timore nell'esercizio di alcuni diritti riconosciuti come propri anche dello straniero irregolarmente soggiornante (non solo il diritto di difesa, ma anche, ad esempio, il diritto all'istruzione), timore che è incompatibile con l'idea secondo la quale tali diritti sarebbero diritti costituzionali fondamentali propri dell'uomo in quanto tale, mentre è coerente con l'approccio contrattuale secondo il quale l'*an* e il *quantum* di un diritto riconosciuto allo straniero irregolarmente soggiornante dipende esclusivamente dalla disposizione legislativa, la cui libertà nei fini incontrerebbe l'unico limite del divieto di recare norme manifestamente irragionevoli.

Di contro, fa eccezione a questo approccio negativo o riduttivo il riconoscimento del diritto all'istruzione dei minori stranieri irregolarmente soggiornanti, in condizioni di parità con il cittadino⁵⁰. Si è quindi scelto di non limitare l'accesso alla scuola al contenuto minimo del diritto (i primi otto anni degli studi, secondo l'art. 34 Cost.⁵¹), e di statuire la piena uguaglianza tra cittadino e straniero non solo nella titolarità, ma anche nel godimento del diritto in questione. La ragione di questa diversità di regime rispetto al diritto alla salute è che la matrice giuridico-culturale del diritto all'istruzione non è solo quella che subordina il riconoscimento di un diritto fondamentale alla mera presenza sul territorio, ma anche quella in virtù della quale alcuni diritti sono funzionali all'integrazione sociale. Esiste infatti un interesse di rilievo costituzionale a evitare che si formino grandi masse prive di istruzione ed emarginate dal tessuto sociale (v. *infra*, par. 6).

Pare quindi potersi affermare che il legislatore ha dato dei diritti "inviolabili" o "fondamentali" dello straniero irregolarmente soggiornante una declinazione negativa – nell'ottica contrattuale - o "riduttiva" (con l'unica eccezione del diritto all'istruzione). Da questo punto di vista, quindi, i due approcci "contrattuale" e "individualista" hanno in comune il sostanziale disconoscimento dell'uguaglianza tra lo straniero irregolarmente soggiornante, da una parte, e lo straniero regolarmente soggiornante e il cittadino, dall'altra. Deve essere tuttavia ribadito che le tendenze negative o riduttive dei diritti fondamentali o inviolabili non sono costituzionalmente vincolate. Le norme di legge che negano un diritto fondamentale sono manifestamente illegittime. Le norme di legge che regolano un diritto fondamentale – si pensi al diritto alla salute – dovrebbero riconoscere il godimento del diritto anche nella misura eccedente il contenuto minimo, o comunque bilanciare in modo equilibrato gli interessi in gioco; parimenti, non sarebbe

⁵⁰ Il diritto all'istruzione è previsto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 26), dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (art. 13), dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 5, lett. e, lett. v), dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (art. 28), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 14). E' inoltre previsto, *last but not least*, dall'art. 2 del Protocollo n. 1 CEDU, primo periodo, che fa divieto di privare chiunque del diritto all'istruzione, senza eccezione alcuna (per la giurisprudenza che esclude l'ammissibilità di una lettura riduttiva del diritto v. Leyla Sahin c. Turchia, sentenza del 10.11.2005, Grande Camera, ric. n. 44774/98, par. 137. Sul diritto all'istruzione come diritto costituzionale fondamentale e come diritto umano nell'ordinamento internazionale v. B. Pezzini, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, cit., pag. 32. Sul diritto sociale fondamentale all'istruzione vedi V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin. Padova 2.4.2001*, Cedam, Padova, 2002, pag. 108; G. Brunelli, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, cit., p. 60.

⁵¹ Sul punto cfr. V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, cit., p. 108, il quale sottolinea che la norma di cui all'art. 34 Cost. "regola anche il contenuto e l'estensione temporale del diritto (istruzione inferiore gratuita impartita per almeno otto anni) e definisce i destinatari (gratuità per tutti)".

illegittimo il riconoscimento dell'accesso a prestazioni sociali agli stranieri irregolarmente soggiornanti, come previsto da alcune leggi regionali dichiarate costituzionalmente non illegittime (Corte cost. sentt. 269/2010, 299/2010 e 61/2011). La progressiva estensione di diritti al lavoratore irregolarmente soggiornante potrebbe essere, inoltre, la conseguenza di un vincolo internazionale, nel momento in cui l'Italia dovesse ratificare la convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (1990), entrata in vigore nel 2003, che riconosce numerosi diritti allo straniero irregolarmente soggiornante.

Di segno diverso è stata, invece, la declinazione da parte della Corte costituzionale dei diritti costituzionali inviolabili o fondamentali dello straniero irregolarmente soggiornante. L'approccio giurisprudenziale tradizionale era nel senso della deferenza rispetto al legislatore nei giudizi il cui oggetto era una norma direttamente connessa all'interesse al controllo delle frontiere e dei flussi migratori⁵², in particolare le norme che regolano i presupposti e le procedure di ingresso e di allontanamento. La giurisprudenza costituzionale successiva all'entrata in vigore del testo unico rivela, tuttavia, i primi segni di erosione della tradizionale deferenza, in particolare nei giudizi relativi alle norme procedurali su ingresso e allontanamento in cui si lamentava la violazione della libertà personale o del diritto di difesa⁵³. La giurisprudenza più recente, in

⁵² Con riferimento alle norme direttamente connesse all'interesse al controllo delle frontiere e alla regolazione dei flussi migratori la Corte costituzionale seguiva un approccio deferente, fondato sulla premessa secondo cui tali norme sarebbero collegate a interessi statali primari come "la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione" (Corte cost. 62/1994), e potrebbero quindi essere dichiarate illegittime solo per *manifesta irragionevolezza*. In questo *self restraint* giurisprudenziale si avvertiva l'eco dell'idea secondo la quale la regolazione dell'ingresso e dell'allontanamento sarebbe ascrivibile alla sovranità e di conseguenza può essere oggetto di un sindacato di legittimità costituzionale solo limitato. E' parimenti forte la similitudine con la giurisprudenza statunitense più risalente, caratterizzata dal *self restraint* giurisprudenziale rispetto al *plenary power* riconosciuto al potere legislativo ed esecutivo in materia (v. *supra*, par. 2).

⁵³ In particolare, nelle decisioni in cui assurgeva a parametro il diritto inviolabile di libertà personale, la Corte costituzionale ha affermato almeno in linea di principio la prevalenza del diritto di libertà sull'interesse al controllo delle frontiere e alla regolazione dei flussi migratori. E' in questo senso particolarmente significativa la sentenza 105/2001. In tale decisione, in cui oggetto del giudizio era una norma direttamente connessa alla regolazione e al controllo dei flussi migratori e parametro del giudizio era l'art. 13 Cost., la Corte costituzionale ha escluso che il bilanciamento dell'interesse alla libertà personale e degli altri interessi di rilievo costituzionale possa essere rimesso alla discrezionalità del legislatore, poiché "per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risaltarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani". Dubbi sulla corrispondenza tra la dichiarazione di principio e l'effettivo scrutinio posto in essere sono tuttavia avanzati da G. Bascherini, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la*

particolare quella successiva alle sentenze “gemelle” (Corte Cost. sentt. 348 e 349 del 2007), ha poi visto emergere importanti decisioni caratterizzate dall’abbandono della tradizionale deferenza anche in casi in cui la Consulta si è trovata a giudicare della legittimità di norme relative ai presupposti dell’allontanamento, tradizionalmente ascritte alla sovranità dello Stato. Questa giurisprudenza si spiega con una rinnovata legittimazione politica della Consulta che trova il proprio fondamento nella contaminazione tra Costituzione e norme sovranazionali, in particolare norme della Cedu. Manifesto di questo rinnovato approccio individualista alla tutela dei diritti dello straniero (anche irregolarmente soggiornante) nei giudizi di legittimità costituzionale, sono le parole conclusive della sentenza 202/2013, con la quale la Corte ha conosciuto del conflitto tra il principio dell’automatismo espulsivo e il diritto alla vita privata e familiare, secondo cui “la giurisprudenza costituzionale ... affida a questa Corte, nello svolgimento del proprio infungibile ruolo, il compito di effettuare una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti fondamentali, in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca”.

5) I diritti dello straniero e la stabilità del soggiorno regolare.

Corte tra libertà personale e controllo dell’emigrazione, in *Giur Cost.*, 2001, p. 1680 ss. e A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 318. Nelle decisioni in cui è stata invocata la lesione del diritto di difesa la Consulta ha posto in essere uno scrutinio “intermedio” tra lo scrutinio stretto e lo scrutinio deferente di ragionevolezza: pur non rimettendo la regolazione degli interessi in gioco alla discrezionalità del legislatore, ha comunque seguito un approccio prudente, evocando l’esigenza di un bilanciamento tra l’interesse ascrivibile a tale diritto e l’interesse a una sollecita definizione dei giudizi inerenti i provvedimenti di espulsione, a sua volta in connesso con “l’interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell’immigrazione da Paesi extracomunitari” (Corte cost. sent. 161/2000). La delicatezza degli interessi coinvolti quindi ha spesso indotto la Corte costituzionale a fare uso dello strumento delle decisioni di interpretazione conforme a Costituzione, ritenuto meno invasivo rispetto alla discrezionalità, ma a ben vedere anche meno efficace ai fini della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto poggia su un elevato livello di sensibilità e di aggiornamento da parte di magistrati e avvocati. Sul punto v. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 217 ss., spec. p. 232.

Fino alla metà degli anni Settanta l'Italia è stato prevalentemente un Paese di emigrazione⁵⁴. In quel contesto la presenza di stranieri era quindi reputata come una questione di ordine pubblico, piuttosto che come un tema di carattere economico e sociale: non a caso, le uniche norme relative allo straniero si trovavano nel testo unico di pubblica sicurezza e regolavano esclusivamente l'espulsione (r. d. 773/1931)⁵⁵. La stabilizzazione della residenza sul territorio nazionale di milioni di stranieri ha suggerito l'approvazione di nuove leggi per regolare non solo l'immigrazione in senso stretto (ingresso e allontanamento), ma anche la condizione giuridica dello straniero, regolarmente o irregolarmente soggiornante. La terza matrice giuridico-culturale delle norme legislative sui diritti dello straniero, dopo quella che li fa discendere da un "contratto" e quella che li ascrive alla mera presenza sul territorio, è quella che riconosce allo straniero un diritto a non essere discriminato anche con riferimento alla titolarità e al godimento di diritti costituzionali non fondamentali. La legge pone tuttavia due condizioni per l'acquisto di tali diritti: a) la regolarità del soggiorno; b), il carattere stabile del soggiorno, ossia né episodico né occasionale⁵⁶.

La premessa di questo discorso è che i titoli di soggiorno sono differenziati per ciò che concerne la loro durata. La scadenza del permesso di soggiorno è quella stabilita nel visto d'ingresso (anche se il permesso di soggiorno per motivi di lavoro è rinnovabile in ragione del perdurare del rapporto di lavoro). E' poi prevista dalla legge una durata massima: non più di tre mesi per visite, affari e turismo; non più di un anno per la frequenza di un corso di studio o formazione (ferma restando la facoltà di rinnovo annuale nel caso di corsi pluriennali); non più di nove mesi per i contratti stagionali; non più di un anno per il lavoro subordinato a tempo determinato; non più di due anni per il lavoro autonomo, il lavoro subordinato a tempo

⁵⁴ Così si è espressa la Corte costituzionale nel 1969: «il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il cosiddetto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati» (Corte. cost. sent. 104/1969).

⁵⁵ Sul punto v. G. Bascherini, *L'immigrazione e i diritti*, cit., p. 425.

⁵⁶ Su questo approccio nella dottrina statunitense, v. P. Schuck, *the transformation of immigration law*, in *Columbia law review*, 1984, p. 4. L. Bosniak, *Exclusion and membership: the dual identity of the undocumented worker under United States law*, *Wis. L. Rev.*, 1988, p. 955, D. A. Martin, *Due Process and Membership in the National Community*, 44 *U. PITT. L. REV.* 165 (1983).

indeterminato e i ricongiungimenti familiari (art. 5, commi 3 e 3-bis e 3-quater, TUI). Dalla durata del permesso di soggiorno la legge fa discendere la titolarità di alcuni diritti.

Alcuni diritti sono riconosciuti solo allo straniero che sia titolare *di un permesso di soggiorno avente una durata minima*, indicata di regola in *un anno*. Si pensi a quanto previsto dall'art. 41 TUI, secondo il quale "gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti"⁵⁷. Tali diritti sono riconosciuti solo allo straniero che è titolare di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, di lavoro autonomo, di lavoro subordinato a tempo determinato e per motivi familiari. Solo una norma subordina l'acquisto del diritto di accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica alla titolarità del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo o di un *permesso di soggiorno biennale* per lavoro subordinato o per lavoro autonomo, con conseguente esclusione, quindi, dei lavoratori a tempo determinato, anche quando il loro soggiorno si protrae per più anni: sotto questo profilo, la norma è di dubbia legittimità costituzionale (art. 40, comma 6, TUI)⁵⁸.

⁵⁷ Si pensi altresì all'art. 28 TUI, secondo il quale "il diritto a mantenere o a riacquistare l'unità familiare nei confronti dei familiari stranieri è riconosciuto, alle condizioni previste dal presente testo unico, agli stranieri titolari di *carta di soggiorno (rectius: permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo)* o di *permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno* rilasciato per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per asilo, per studio, per motivi religiosi o per motivi familiari"; all'art. 29 comma 4, il quale sancisce che "è consentito l'ingresso, al seguito dello straniero titolare di *carta di soggiorno* o di un *visto di ingresso per lavoro subordinato relativo a contratto di durata non inferiore a un anno*, o per lavoro autonomo non occasionale, ovvero per studio o per motivi religiosi, dei familiari con i quali è possibile attuare il ricongiungimento, a condizione che ricorrano i requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito"; all'art. 34, commi 1 e 2, TUI, che riconosce il diritto/obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, in condizioni di uguaglianza con i cittadini, ai titolari di un permesso di soggiorno di non breve durata (titolari – o in attesa di rilascio o di rinnovo - del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, per attesa occupazione, per motivi familiari, per asilo, attesa adozione, affidamento, acquisto della cittadinanza, per gravidanza e puerperio; minori inespellibili e familiari a carico degli stranieri appartenenti a queste categorie); all'art. 42 TUI, secondo il quale le istituzioni repubblicane favoriscono la realizzazione di convenzioni con associazioni per l'impiego all'interno delle proprie strutture di stranieri titolari della *carta di soggiorno* o di un *permesso di soggiorno di durata non inferiore a due anni*, in qualità di mediatori culturali.

⁵⁸ Cfr. B. Pezzini, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, pp. 182-183. Peralto la Corte costituzionale, con ordinanza 22 - 26 febbraio 2010, n. 76, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 40, comma 6, nel testo modificato dall'art. 27, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Vi sono poi norme che riconoscono l'acquisto di un determinato permesso di soggiorno in correlazione allo *svolgimento di determinate attività* sul territorio nazionale⁵⁹, a *minori stranieri*⁶⁰ o come conseguenza del *decorso di un determinato periodo di tempo di soggiorno regolare*⁶¹. In

⁵⁹ Lo straniero che ha conseguito in Italia il dottorato o il master universitario ovvero la laurea triennale o la laurea specialistica, alla scadenza del permesso di soggiorno per motivi di studio, può essere iscritto nell'elenco anagrafico delle persone in cerca di lavoro (di cui all'articolo 4 reg. 442/2000), per un periodo non superiore a dodici mesi, ovvero, in presenza dei requisiti previsti dal presente testo unico, può chiedere la conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 22, comma 11-*bis*, TUI). Parimenti, secondo l'art. 24, comma 3-*bis*, TUI, in tema di lavoro stagionale, si è previsto che l'autorizzazione al lavoro stagionale si intende prorogata e il permesso di soggiorno può essere rinnovato in caso di nuova opportunità offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro; inoltre, secondo l'art. 24, comma 4, TUI, il lavoratore stagionale ha diritto di precedenza per il rientro in Italia nell'anno successivo per ragioni di lavoro stagionale, rispetto ai cittadini del suo stesso Paese che non abbiano mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro; questi può inoltre convertire il permesso di soggiorno per lavoro stagionale in permesso di soggiorno per lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato, qualora se ne verifichino le condizioni.

⁶⁰ Così in caso di morte del familiare in possesso dei requisiti per il ricongiungimento e in caso di separazione legale o di scioglimento del matrimonio, se il figlio non può ottenere la carta di soggiorno, al compimento del diciottesimo anno di età, il permesso di soggiorno può essere convertito in permesso per lavoro subordinato, per lavoro autonomo o per studio, fermi restando i requisiti minimi di età per lo svolgimento di attività di lavoro (art. 30, comma 5, TUI). Parimenti, secondo l'art. 32 TUI, al compimento della maggiore età, allo straniero che sia stato iscritto nel permesso di soggiorno dei genitori o dell'affidatario e che al compimento della maggiore età abbia conseguito un permesso di soggiorno per motivi familiari, può essere rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di studio di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura. Inoltre, secondo l'art. 32, comma 1-*bis*, TUI, lo stesso permesso di soggiorno può essere rilasciato ai minori stranieri non accompagnati, affidati ai sensi dell'articolo 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184, ovvero sottoposti a tutela, che siano stati ammessi per un periodo *non inferiore a due anni* in un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato che abbia rappresentanza nazionale e che comunque sia iscritto nel registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 52 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394. L'ente gestore dei progetti deve garantire e provare con idonea documentazione, al momento del compimento della maggiore età del minore straniero di cui al comma 1-*bis*, che l'interessato si trova sul territorio nazionale da *non meno di tre anni*, che ha seguito il progetto per *non meno di due anni*, ha la disponibilità di un alloggio e frequenta corsi di studio ovvero svolge attività lavorativa retribuita nelle forme e con le modalità previste dalla legge italiana, ovvero è in possesso di contratto di lavoro anche se non ancora iniziato.

⁶¹ Ad esempio, secondo l'art. 30, comma 1, lett. b, TUI, gli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da *almeno un anno* che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea o con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti hanno diritto al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari. Si pensi altresì all'art. 5, comma 3-*ter*, TUI, in tema di lavoro stagionale, che prevede la possibilità del rilascio, a favore dello straniero che dimostri di essere venuto in Italia *almeno due anni di seguito* per prestare lavoro stagionale in impieghi ripetitivi, di un permesso pluriennale, fermo restando che il permesso è revocato immediatamente nel caso in cui lo straniero violi le disposizioni del testo unico. Analogamente, secondo l'art. 24, comma 2-*bis*, TUI, sempre in tema di lavoro stagionale, è previsto che il datore di lavoro debba presentare richiesta nominativa allo sportello unico per l'immigrazione e che la richiesta si intende accolta nel caso in cui la richiesta *sia stata già autorizzata l'anno precedente* e il lavoratore stagionale sia stato regolarmente assunto e abbia rispettato le condizioni previste nel permesso di soggiorno. Inoltre, secondo l'art. 27, comma 1, lett. e, TUI, i collaboratori familiari aventi regolarmente in corso all'estero, *da almeno un anno*, rapporti di lavoro

queste ipotesi, ai requisiti della regolarità, non episodicità e non occasionalità del soggiorno se ne aggiunge uno ulteriore: l'affiliazione al territorio, di cui è sintomo l'attività svolta, la giovane età dello straniero e il periodo di tempo trascorso. Di regola, quindi, l'affiliazione al territorio non è il presupposto per il riconoscimento allo straniero di diritti civili o sociali, ma costituisce il presupposto per il rilascio di un determinato permesso di soggiorno. Emblematico, in questo senso, è il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo, un permesso di soggiorno *a tempo indeterminato* (art. 9, comma 2, TUI) che è concesso una volta decorso un periodo di tempo di soggiorno regolare e continuo reputato indice di un livello potenzialmente elevato di integrazione sociale (*cinque anni*)⁶². In ultima analisi, la disciplina vigente riconnette la titolarità di diritti costituzionali non fondamentali alla regolarità e stabilità del soggiorno e prevede il decorso di un certo periodo di tempo solo come presupposto per il rilascio di un determinato titolo di

domestico a tempo pieno con cittadini italiani o di uno degli Stati membri dell'Unione europea residenti all'estero che si trasferiscono in Italia, per la prosecuzione del rapporto di lavoro domestico. Parimenti, secondo l'art. 27-*quater*, comma 17, TUI, *dopo diciotto mesi* di soggiorno legale in un altro Stato membro, lo straniero titolare di Carta blu UE, rilasciata da tale Stato, può fare ingresso in Italia senza necessità del visto, al fine di esercitare un'attività lavorativa. Infine, l'art. 39, comma 4-*bis*, TUI, prevede il diritto all'ingresso per soggiorni superiori a tre mesi dello straniero che sia in possesso di un titolo di soggiorno per studio rilasciato da uno Stato appartenente all'Unione europea, senza necessità del visto per proseguire gli studi già iniziati nell'altro Stato o per integrarli con un programma di studi ad esso connessi, purché partecipi ad un programma di scambio comunitario o bilaterale con lo Stato di origine ovvero sia stato autorizzato a soggiornare per motivi di studio in uno Stato appartenente all'Unione europea per *almeno due anni*.

⁶² Il previo soggiorno deve essere tendenzialmente continuo: le assenze dello straniero dal territorio nazionale non interrompono la durata del periodo prescritto e sono incluse nel computo del medesimo periodo quando sono *inferiori a sei mesi consecutivi* e non superano complessivamente *dieci mesi nel quinquennio*, salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari, da gravi e documentati motivi di salute ovvero da altri gravi e comprovati motivi (art. 9, comma 6, TUI). Sono poi presupposti del rilascio di tale permesso il soddisfacimento di determinati requisiti di reddito, la disponibilità di un alloggio idoneo (ai sensi dell'art. 9 TUI) e il superamento di un test di conoscenza della lingua italiana (art. 9, comma 2-*bis*, TUI). Inoltre, il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, desumibile dall'essere lo straniero appartenente ad alcune categorie di soggetti qualificati come pericolosi o l'aver riportate condanne, non definitive, per determinati reati (art. 9, comma 4, TUI).

L'affiliazione al territorio dello straniero non è solo il presupposto del rilascio del permesso di soggiorno, ma anche quello della sua conservazione: in caso di assenza dal territorio dell'Unione per un periodo di *dodici mesi consecutivi*, il permesso è revocato, salva la possibilità di acquistarlo, previo soddisfacimento dei requisiti necessari, decorso un periodo di tre anni di residenza sul territorio nazionale (art. 9, comma 8, TUI). Allo straniero cui sia stato revocato tale tipo di permesso e nei cui confronti non debba essere adottato un decreto di espulsione, la legge prevede il rilascio di un altro tipo di permesso di soggiorno (art. 9, comma 9, TUI). Il titolare di questo permesso di soggiorno ha *diritto alla stabilità del soggiorno*: il permesso di soggiorno Ue è infatti un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e lo straniero può sì essere espulso dal territorio nazionale, ma nei suoi confronti non opera alcuna forma di automatismo espulsivo (art. 9, commi 10 e 11, TUI).

soggiorno. In questo senso, quindi, declina il principio di uguaglianza con il cittadino a vantaggio dello straniero regolarmente e stabilmente soggiornante e a svantaggio dello straniero regolarmente (ma non stabilmente) soggiornante, così come dello straniero irregolarmente soggiornante.

Date queste premesse, possiamo quindi chiederci se, al di fuori delle ipotesi considerate, la titolarità dei diritti civili o sociali possa essere legittimamente subordinata alla stabilità del soggiorno. Per la Corte costituzionale, non è illegittimo subordinare la titolarità di un diritto a un soggiorno che sia “non episodico e di non breve durata”. Non è quindi da ritenersi incostituzionale, ad esempio, il disposto di cui all’art. 41 TUI, che subordina l’accesso alle prestazioni sociali a un permesso di soggiorno la cui durata è considerata indice di un soggiorno non episodico e non occasionale. La Corte costituzionale ha invece reputato illegittime norme di legge che subordinavano l’accesso a determinate prestazioni alla cittadinanza, così come alla titolarità del permesso di soggiorno Ue di lungo periodo, che presuppone il raggiungimento di un certo reddito e un periodo di soggiorno regolare di almeno cinque anni.

Viene in evidenza, in primo luogo, l’art. 80, comma 19, l. 388/00 (legge finanziaria 2001), che subordinava l’accesso alle prestazioni sociali alla titolarità del permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. La Corte costituzionale ha dichiarato illegittima l’esclusione dello straniero regolarmente e stabilmente soggiornante con riferimento all’indennità di accompagnamento (Corte cost. sentt. 306/2008 e n. 40/2013), alla pensione di inabilità (Corte cost. sentt. 11/2009 e 40/2013), all’assegno mensile di invalidità (Corte cost. sent. 187/2010), all’indennità di frequenza (Corte cost. sent. n. 329/2011), all’assegno di invalidità (Corte cost. sent. 22/2015)⁶³. Parimenti, per la Corte costituzionale sono illegittime le norme di legge regionale che subordinano l’accesso alle prestazioni sociali alla titolarità dello status di cittadino (Corte cost. sent. 432/2005) o di straniero soggiornante di lungo periodo (Corte cost. sent. 4/2013), così come sono state dichiarate illegittime le norme di legge regionale o provinciale che subordinavano l’accesso a determinate prestazioni alla residenza (o dimora stabile) sul territorio regionale o provinciale protratta per un periodo minimo di tempo, escludendo gli stranieri che non avessero maturato tale requisito (36 mesi nel caso di Corte cost. sent. 40/2011; 5 anni nel caso di Corte cost. 2/2013). Per la Consulta la previsione di un simile presupposto non risulta rispettosa dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto «introduce nel tessuto normativo elementi di

⁶³ Dopo queste sentenze e diverse pronunce di merito sfavorevoli, l’Inps ha adottato il messaggio n. 13983 del 4 settembre 2013, in cui ha riconosciuto quale unico requisito per le prestazioni il permesso di soggiorno di validità annuale ex art. 41 TUI.

distinzione arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità delle provvidenze in questione» (Corte cost. sent. 2/2013).

In conclusione, la Corte costituzionale sembra ritenere ammissibile la disparità di trattamento tra straniero regolarmente e stabilmente soggiornante, da una parte, e lo straniero regolarmente e occasionalmente soggiornante o lo straniero irregolarmente soggiornante, dall'altra, con riferimento alla titolarità e al godimento dei diritti costituzionali non fondamentali e alle prestazioni eccedenti il nucleo minimo dei diritti fondamentali. Al contrario ha ritenuto illegittime, perché in violazione dell'art. 3, comma 1, Cost. sotto il profilo della ragionevolezza (Corte cost. sentt. 432/2005, 306/2008, 11/2009, 40/2011, 2/2013, 4/2013, 230/2015), o di una consuetudine internazionale che recherebbe il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (Corte cost. sent. 306/2008), o dell'art. 14 Cedu (Corte cost. sent. 187/2010; 40/2013; 22/2015, 230/2015), le norme volte a restringere ai cittadini o agli stranieri soggiornanti di lungo periodo la titolarità di un diritto costituzionale non fondamentale o il pieno godimento di un diritto costituzionale fondamentale.

6) Diritti dello straniero, integrazione sociale e integrazione politica.

Un'ultima categoria di diritti riconosciuti allo straniero è quella dei *diritti per l'integrazione sociale*. Tali diritti sono diretti a creare condizioni di uguaglianza tra cittadini e stranieri e il loro godimento è quindi riconosciuto in misura eccedente al contenuto minimo del diritto, a prescindere dal tipo di titolo di soggiorno e in alcune ipotesi della stessa regolarità del soggiorno.

Si pensi al diritto all'istruzione dei minori stranieri. Tale diritto, come si è visto, è ascrivibile al novero dei diritti riconosciuti in virtù della mera presenza sul territorio, a prescindere dalla regolarità del soggiorno; esso può tuttavia essere ascritto anche alla matrice giuridico-culturale in virtù della quale alcuni diritti sono funzionali ad assicurare l'inclusione sociale. La *ratio* giustificativa del riconoscimento di questo diritto a tutti i minori stranieri, in condizione di parità con i cittadini, è proprio quella della costruzione nella scuola di un percorso di inclusione sociale, al

fine di evitare la formazione di un'ampia fascia di "nuovi italiani" socialmente esclusi e con poche prospettive di miglioramento delle proprie condizioni di vita a causa del mancato accesso all'istruzione.

Si pensi, altresì, al diritto a non essere discriminati. Questo diritto è riconosciuto dalla legge in relazione a ogni comportamento che comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica. L'azione civile *de qua* può essere esperita non solo quando la discriminazione è posta in essere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, ma anche da un soggetto di diritto nelle relazioni privatistiche, in numerosi ambiti della vita sociale (art 28, comma 1, lett. b, TUI). Anche in questa ipotesi, l'ambito soggettivo non è circoscritto agli stranieri regolarmente soggiornanti⁶⁴. La matrice giuridico-culturale del diritto è duplice: può essere inteso come diritto costituzionale fondamentale, da riconoscersi a tutti, in base al secondo approccio al riconoscimento dei diritti dello straniero, quale che sia il titolo di soggiorno, ma può esser altresì inteso come strumento di partecipazione e integrazione sociale, di promozione dell'uguaglianza con il cittadino, a prescindere dalla stessa regolarità del soggiorno.

Ulteriori diritti sono invece riconosciuti allo straniero regolarmente soggiornante, a prescindere, però, dalla durata del titolo di soggiorno. Viene in evidenza, in primo luogo, l'accesso ai corsi di lingua italiana, di alfabetizzazione, di istruzione e di formazione professionale (art. 38 TUI): è criticabile l'esclusione degli stranieri irregolarmente soggiornanti, sia in quanto la funzione inclusiva dell'istruzione esiste nei confronti di tutti gli stranieri aventi la maggiore età, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, sia in quanto il numero relativamente basso di stranieri irregolarmente soggiornanti si traduce in costi relativamente limitati per chi accede al diritto. Si pensi, altresì, al diritto di accesso ai centri di "prima accoglienza", che danno ospitalità agli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo e provvedono, ove possibile, ai servizi sociali e culturali idonei a favorire l'autonomia e l'inserimento sociale degli ospiti, con la

⁶⁴ Sul punto v. M. Ferrero, *La tutela contro le discriminazioni*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo, cittadinanza*, cit., p. 360.

finalità di renderli nel più breve tempo possibile autosufficienti (art. 40 TUI)⁶⁵. Tale diritto è proprio dello straniero in regola con le norme sul soggiorno (art. 40, comma 1-*bis*, TUI, inserito dall'art. 27, comma 1, lett. b), L. 30 luglio 2002, n. 189)⁶⁶. Parimenti allo straniero regolarmente soggiornante è riconosciuto il diritto di accedere agli alloggi di “seconda accoglienza”, alloggi sociali, collettivi o privati, aperti ad italiani e stranieri, aventi la funzione di offrire una sistemazione alloggiativa dignitosa a pagamento, secondo quote calmierate, nell’attesa del reperimento di un alloggio ordinario in via definitiva (art. 40, comma 4, TUI). Connesse a questa esigenza di integrazione sono poi le norme che prevedono l’istituzione di un fondo nazionale per le politiche migratorie, che finanzia le attività culturali, formative, informative, di integrazione e di promozione di pari opportunità promosse dallo Stato, dalle regioni, dalle province e dai comuni (art. 45 TUI), e l’istituzione della Commissione per le politiche di integrazione, che ha il compito di predisporre per il Governo il rapporto annuale sullo stato di attuazione delle politiche per l’integrazione, di formulare proposte di interventi di adeguamento di tali politiche e di fornire risposta a quesiti posti dal Governo concernenti le politiche per l’immigrazione, interculturali, e gli interventi contro il razzismo (art. 46 TUI).

Quali sono, quindi, le criticità di questo disegno normativo? Viene in evidenza, in primo luogo, la carenza di norme che consentano la regolarizzazione dello straniero. In questo modo, una quota degli stranieri presenti sul territorio si trova in una posizione di strutturale esclusione da quasi tutti i percorsi di inclusione sociale. In secondo luogo, il testo unico non prevede diritti di partecipazione politica. Se la finalità dei diritti per l’integrazione è quella di evitare la formazione di *enclaves* separate all’interno della popolazione, la carenza di tali diritti costituisce la principale lacuna del testo unico sull’immigrazione.

7) I diritti politici dello straniero.

⁶⁵ I centri di accoglienza sono strutture alloggiative che, anche gratuitamente, provvedono alle immediate esigenze alloggiative ed alimentari, nonché, ove possibile, all’offerta di occasioni di apprendimento della lingua italiana, di formazione professionale, di scambi culturali con la popolazione italiana, e all’assistenza socio-sanitaria degli stranieri impossibilitati a provvedervi autonomamente per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell’autonomia personale per le esigenze di vitto e alloggio nel territorio in cui vive lo straniero.

⁶⁶ L’art. 40, comma 1, TUI nella sua formulazione originaria prevedeva che il sindaco, quando vengano individuate situazioni di emergenza, può disporre l’alloggiamento nei centri di accoglienza di stranieri non in regola con le disposizioni sull’ingresso e sul soggiorno nel territorio dello Stato, ferme restando le norme sull’allontanamento dal territorio dello Stato degli stranieri in tali condizioni.

La titolarità dei diritti politici è subordinata all'acquisto della cittadinanza. Il disegno di legge Turco-Napolitano prevedeva il riconoscimento dell'elettorato amministrativo, attivo e passivo, allo straniero titolare della carta di soggiorno, ma tali disposizioni non furono approvate⁶⁷. Attualmente, nel testo unico non sono previsti diritti politici: l'unica disposizione rilevante è l'art. 2, comma 4, TUI, secondo cui "lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale", principio che è ribadito con riferimento allo straniero lungo-soggiornante (art. 9, comma 12, TUI).

Il primo quesito cui è necessario rispondere è se sia costituzionalmente ammissibile riconoscere per legge allo straniero i diritti politici, in particolare il diritto di voto. La lettera delle disposizioni costituzionali relative ai diritti politici fa riferimento al cittadino. Secondo un orientamento, in forza di un'interpretazione *a contrariis*, se il cittadino è costituzionalmente titolare dei diritti politici, la legge non può attribuire tali diritti allo straniero senza incorrere in illegittimità costituzionale⁶⁸. Di contro, alcuni autori hanno ipotizzato che dalle disposizioni costituzionali non derivi un divieto al legislatore di estendere il diritto di voto⁶⁹; tra questi, vi è chi ha sostenuto l'ammissibilità del solo voto amministrativo⁷⁰. All'estremo opposto, vi è chi ha sostenuto che sarebbe costituzionalmente necessaria l'estensione del diritto di voto politico agli stranieri.

Sulla non illegittimità del riconoscimento del diritto di voto politico agli stranieri esistono una pluralità di argomenti.

⁶⁷ Sul diritto di elettorato attivo e passivo nel disegno di legge Turco-Napolitano si veda l'analisi di G. Bascherini, *L'immigrazione e i diritti*, cit., p. 443.

⁶⁸ Cfr. G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo – condizione giuridica – estradizione*, Cedam, Padova, 1992, p. 307 ss.

⁶⁹ In questo senso cfr. M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., p. 225; F. Cerrone, *Identità civica e diritti degli stranieri*, cit., p. 451; E. Grosso, *La titolarità del diritto di voto: partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 40 ss., 53 ss.; Id., «Straniero (status dello)», cit., p. 5793; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 84-85, 93-94, 319; G. Bascherini, *L'immigrazione e i diritti*, cit., p. 429; Id., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 109; V. Raparelli, *Recenti sviluppi del dibattito sul diritto di voto agli stranieri immigrati*, in *Federalismi.it*, n. 2/2006, p. 8 ss.

⁷⁰ In questo senso v. M. Luciani, *Intervento*, in Associazione italiana costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 423 e Id., *La partecipazione politica e i migranti*, in L. Ronchetti (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 77 ss., in part. pp. 81 e 83, che sottolinea come "l'essenza della sovranità sta nel dare leggi a tutti e a ciascuno"; poiché la sovranità appartiene al popolo, e "non vi è dubbio che, dal punto di vista formale, il popolo sia l'insieme dei cittadini", e poiché le leggi sono atti di sovranità, sarebbe da escludersi la legittimità costituzionale di norme di legge che attribuiscono allo straniero il diritto di voto per le elezioni politiche, mentre non vi sarebbe alcun ostacolo al riconoscimento, anche con legge ordinaria, del diritto di voto nelle elezioni locali.

In primo luogo, l'argomento letterale non è dirimente. Le disposizioni che riconoscono diritti politici ai cittadini possono essere oggetto di interpretazione *a contrariis*, al fine di escludere l'ammissibilità del diritto di voto in capo allo straniero⁷¹, ma possono essere anche oggetto di un'interpretazione per principi. Tra le disposizioni rilevanti viene in evidenza, in primo luogo, quella di cui all'art. 1, comma 1 Cost., secondo cui l'Italia è una Repubblica *democratica fondata sul lavoro*. Se la natura *democratica* della forma di stato impone la rappresentatività e la responsabilità politica del Parlamento al corpo elettorale, c'è da chiedersi in quale misura sia tollerabile una così profonda divaricazione tra corpo elettorale, popolo e popolazione in un contesto come quello attuale in cui ci sono milioni di stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale: viene così a mancare uno degli elementi costitutivi della democrazia, ossia l'identità tra governanti e governati⁷². Inoltre l'aggettivo *democratica*, utilizzato per qualificare la Repubblica, deve essere interpretato alla luce del secondo elemento qualificante la forma di stato (*fondata sul lavoro*), formula questa idonea a ricomprendere ogni sorta di attività lavorativa, materiale e spirituale, e da chiunque offerta, a prescindere dalla cittadinanza, purché ascrivibile alla Repubblica. In questo senso, è stato rilevato, il valore lavoro "assume ... la funzione di conferire allo Stato ... una sua specifica coloritura contrassegnando i lineamenti funzionali ed organizzativi che caratterizzano il tipo di democrazia voluta realizzare"⁷³.

Vengono in evidenza, in secondo luogo, il disposto dell'art. 1, comma 2 Cost., secondo il quale la *sovranità* appartiene al *popolo*, dell'art. 67 Cost., secondo il quale il parlamentare rappresenta la *nazione*, e dell'art. 49 Cost., secondo il quale i cittadini aggregati in partiti possono concorrere con metodo democratico a determinare la *politica nazionale*. Le formule *popolo* e *nazione* possono essere oggetto di una rilettura nella direzione del superamento dei significati tradizionalmente ascritti alle stesse. Per ciò che attiene al concetto di popolo, esso può essere inteso come insieme dei cittadini⁷⁴, ma anche, secondo un'interpretazione evolutiva, come l'articolata e plurale composizione di diversi soggetti, i titolari di diritti fondamentali⁷⁵, o i titolari di diritti politici⁷⁶.

⁷¹ Su questo approccio cfr. V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995, p. 232.

⁷² In questo senso v. A. Algostino, *I diritti politici dello straniero*, cit., p. 158 e ss.

⁷³ Così C. Mortati, *Sub Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 14.

⁷⁴ Cfr. M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., p. 81.

⁷⁵ Sul punto v. L. Ferrajoli, *Principia iuris. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Bari, 2007, p. 928 ss.: "il popolo ... non è un 'corpo politico' organico cioè una sorta di macrosoggetto dotato di un'impossibile e impensabile unità

Anche il concetto di *sovranità* può essere rivisitato, nel quadro di una Costituzione di uno Stato pluriclasse, e può essere declinato non come sovranità dello Stato-soggetto o come sovranità del popolo, inteso come soggetto unitario⁷⁷, ma come sovranità della Costituzione⁷⁸ o come sovranità dei soggetti che sono titolari di diritti fondamentali.

e volontà unitaria. Al contrario ... esso è un soggetto collettivo i cui componenti sono accomunati soltanto dalla titolarità delle medesime modalità costituenti o aspettative costituite. Ne consegue - possiamo ora precisare, rovesciando l'idea che la Costituzione supponga un *demos* del quale sarebbe espressione - che il popolo, non diversamente dalla sfera pubblica, è costituito proprio dalla comune titolarità, in capo a ciascuno dei suoi componenti, dei medesimi diritti fondamentali. [...] E' dunque l'eguaglianza nei diritti fondamentali, e non già una supposta volontà comune di una supposta entità collettiva organica, che genera l'unità di un popolo, nell'unico senso in cui una tale unità si può parlare in democrazia". Per l'autore, i diritti fondamentali possono essere concepiti come "frammenti di sovranità popolare in capo a tutti e a ciascun cittadino" (*op. cit.*, p. 11). La disposizione secondo cui la sovranità appartiene al popolo, avrebbe una valenza garantista: opera "come garanzia negativa, nel senso che la sovranità, come afferma per esempio la Costituzione italiana, 'appartiene al popolo' e a nessun altro, sicché nessun titolare di pubblici poteri - assemblea elettiva o presidente eletto - può appropriarsene e usurparla; e come garanzia positiva, nel senso che, non essendo il popolo un macrosoggetto ma l'insieme di milioni di persone in carne ed ossa, la sovranità si identifica con quei frammenti di poteri e contropoteri sovrani di tutti e di ciascuno che sono appunto i diritti costituzionali a tutti e a ciascuno attribuiti": così L. Ferrajoli, *Dodici questioni intorno ai principia iuris*, in S. Anastasia (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 2011, 193. Per una ricostruzione del pensiero dell'autore con riferimento ai concetti di popolo, Costituzione e diritti fondamentali, v. F. Cerrone, *In margine ai principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in S. Anastasia (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, cit., p. 27 ss., in part. p. 30.

⁷⁶ Sul punto v. H. Kelsen, *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 62 ss., in cui l'autore sottolinea come la differenza tra il popolo inteso come insieme di soggetti a regole obbligatorie e insieme dei soggetti titolari di diritti politici "rappresenta una grandezza notevole e può essere ridotta fino alla democrazia". L'autore sottolinea come "il popolo come insieme dei titolari di diritti politici, anche in una democrazia radicale, rappresenta soltanto una piccola frazione della cerchia degli individui sottoposti all'ordine statale". Tra i criteri in virtù dei quali si restringe la collettività dei titolari dei diritti politici vi è quello della nazionalità: "il privilegio che l'istituzione della nazionalità fonda appare come a sé stante perché - per un errore che non ha per minima causa la tendenza indicata a limitare i diritti politici - si considera questa istituzione legata alla nozione stessa di Stato. Tuttavia l'esperienza della più recente evoluzione costituzionale insegna che *i diritti politici non debbono essere affatto legati alla nazionalità*. La Costituzione della Russia sovietica ha abbattuto, per esempio, una barriera secolare, e garantisce *la piena uguaglianza dei diritti politici anche a tutti gli stranieri che si trovano in Russia a scopo di lavoro*. Nel caratteristico sviluppo giuridico che, nella sua lenta evoluzione, compie l'idea di umanità, per cui il cittadino straniero, dapprima considerato come 'fuori legge', finisce in seguito per acquistare, gradualmente, l'uguaglianza dei diritti civili, quantunque oggi, quasi ovunque, non possa ancora godere di quelli politici, il passo compiuto in questo capo dall'Unione sovietica rappresenta un fatto di importanza storica" (enfasi aggiunta).

⁷⁷ Per una critica alla nozione unitaria di popolo in senso schmittiano, che si fonderebbe su una presunzione indimostrata e che tradisce, nel contesto pluralista esistente in regime di suffragio universale, un "carattere propriamente autoritario", v. G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Bologna-Roma, 2005, p. 127.

⁷⁸ Sul punto v. G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 70.

Analogamente, per ciò che concerne la *nazione*, deve essere rilevato come esistono molteplici significati riferiti alla parola⁷⁹; se si aderisce alla tesi tradizionale secondo la quale la nazione sarebbe la “ideologia dello Stato burocratico accentrato”, nel quale “la funzione dell’idea di nazione è quella di creare e di mantenere un comportamento di fedeltà dei cittadini verso lo Stato” e che implica la prevalenza del “sentimento italiano” su altre caratterizzazioni come “borghese”, “proletario”, etc., l’attribuzione del diritto di voto ha la funzione di creare, attraverso il riconoscimento dell’opportunità di una partecipazione attiva, il “sentimento italiano” negli stranieri prima della concessione della cittadinanza e in preparazione delle condizioni dell’acquisto della cittadinanza⁸⁰.

Inoltre, è d’uopo considerare l’art. 3, comma 2 Cost., in virtù del quale “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei *cittadini*, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione dei *lavoratori* all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Quale che sia il significato che si intenda conferire alla parola lavoratori – in senso estensivo, come “cittadini attivi”⁸¹, o in senso restrittivo, come “lavoratori salariati”⁸², è certo che alla categoria sono ascrivibili quasi tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, ai quali – con l’unica eccezione dei titolari del permesso di soggiorno per motivi familiari – il titolo di soggiorno di regola è rilasciato per lavoro o per lo svolgimento di qualche attività. Proprio l’uso, nel medesimo articolo della Costituzione, delle parole “cittadini” e “lavoratori”, la prima potenzialmente escludente, la seconda tendenzialmente inclusiva degli stranieri, dovrebbe indurre a non interpretare la parola “cittadino” *a contrariis*⁸³.

⁷⁹ Sul punto v. F. Rossolillo, *Nazione*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di politica*, Utet, Torino, 2004, pp. 614-615, che presenta tre idee di nazione molto diverse: a) l’idea di nazione come “legame naturale”, di natura razziale, tra i soggetti che vi appartengono; b) l’idea di nazione come rappresentazione di una “persona collettiva”, di un “organismo” vivente di vita propria, la cui estensione abbraccerebbe i “gruppi aventi in comune determinate caratteristiche, come la lingua, i costumi, la religione, il territorio, etc.”; c) l’idea di nazione, che risale a Ernest Renan, come “volontà di vivere insieme”, come “plebiscito di tutti i giorni”: le ultime due accezioni paiono compatibili con l’idea secondo cui il parlamentare, che rappresenta la “nazione”, può essere eletto con il voto non solo dei cittadini ma anche degli stranieri.

⁸⁰ E’ questa la tesi di M. Albertini, *Lo Stato nazionale*, Guida, Napoli, 1981.

⁸¹ Così C. Esposito, *Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 63.

⁸² Così C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, (*Dir. Lav.*, 1954, I, pp. 154-155).

⁸³ Sull’impossibilità di attribuire un significato univoco alla parola cittadino nei lavori dell’Assemblea costituente v. F. Cerrone, *Identità civica e diritti degli stranieri*, cit., p. 441 ss.; C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, cit., pp. 69-70; G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 105 ss.; M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., p. 81.

Infine, un ulteriore argomento deriva dall'esistenza di una competenza legislativa statale in tema di cittadinanza (art. 117, comma 2, lett. i, Cost.). Come è noto, la legge 91/1992 prevede, per gli stranieri adulti regolarmente soggiornanti per dieci anni in Italia, la possibilità di acquisto della cittadinanza come esito di un provvedimento concessorio (art. 9 l. 91/1992). Ben potrebbe accadere che, nell'esercizio della discrezionalità che gli è propria, una legge qualifichi l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero come diritto soggettivo, esito del mero accertamento di presupposti legali nell'esercizio di attività amministrativa vincolata (con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario). Considerata l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel regolare i presupposti e i procedimenti di acquisto della cittadinanza, non credo che potrebbe essere considerata illegittima una legge che riconoscesse la cittadinanza, salvo il diritto di rifiuto, a tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti da un certo numero di anni. Se quindi le "maglie" della legge sulla cittadinanza possono essere allargate fino all'ipotesi estrema di prevedere un riconoscimento sostanzialmente *ope legis* a larga parte dei cittadini stranieri residenti (una sorta di editto di Caracalla del XXI secolo), non si vede perché, come il più comprende il meno, alla legge non debba essere consentito regolare le condizioni di acquisto dei diritti politici, prima ancora della concessione della cittadinanza⁸⁴.

E' ben vero che esiste una radicata consuetudine interpretativa secondo la quale il popolo è costituito dalla totalità dei cittadini e i diritti politici sono diritti del cittadino. Sotto questo profilo, quindi, una legge che riconoscesse i diritti politici allo straniero – o ad alcune categorie di stranieri – avrebbe una valenza interpretativa delle disposizioni costituzionali evocate, concorrendo al rinnovamento dei significati alle stesse attribuibili⁸⁵. *De iure condendo*, i diritti politici potrebbero essere riconosciuti agli stranieri che soggiornano regolarmente per un certo numero di anni (in ipotesi, tre anni per il voto amministrativo e cinque anni per il voto politico), senza alcun collegamento con il reddito percepito: non solo, quindi, agli stranieri titolari del

⁸⁴ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Cedam, Padova, 1993, p. 225, che in tema di risoluzione delle antinomie, afferma che "la idoneità della legge formale ad abrogare norme anteriori dello stesso grado comprende, come il più comprende il meno, la idoneità ad abrogare altresì norme poste da fonti che sono da essa subordinate al sistema".

⁸⁵ Il fenomeno è stato così rappresentato da R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 23: "il collegamento sistematico tra l'ordinamento costituzionale e l'ordinamento di settore opera nelle forme di un rinvio 'mobile' ai concetti di quest'ultimo, consentendo che le innovazioni normative che intervengono a livello di legislazione ordinaria riflettano il loro spirito innovatore anche sul piano costituzionale". Tale collegamento tra Costituzione e legge è spesso praticato dalla Corte costituzionale, nella cui giurisprudenza "è costante ... lo sforzo di non interrompere i legami tra i due ordinamenti, in modo che le evoluzioni dell'uno svecchino le categorie dell'altro, ma anche che, nel verso opposto, i principi del secondo impongano la coerenza sistematica nello sviluppo del primo" (*ibidem*, p. 24).

permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo⁸⁶. Il percorso per l'acquisto dei diritti politici potrebbe essere collegato a quello per l'acquisto della cittadinanza, riconoscendosi la titolarità dei diritti politici solo agli stranieri che, regolarmente soggiornanti per un certo numero di anni, abbiano presentato una pre-istanza di naturalizzazione. Verrebbe in questo modo in essere una figura intermedia tra il cittadino e lo straniero, quella dell'*intending citizen* (straniero in attesa di cittadinanza)⁸⁷.

Questo approccio pragmatico e gradualista trova la propria giustificazione nel fatto che l'arrivo in un nuovo paese non è il momento in cui una persona cessa di essere parte di un paese per divenire parte di un altro. E' piuttosto un processo incrementale in cui, gradualmente, il centro degli affari e degli interessi, la vita di un soggetto si sposta in un altro Paese, fino al punto in cui una nuova identità nazionale, diversa e concorrente rispetto a quella originaria, può venire in essere. Abbiamo visto che l'affiliazione al territorio è il criterio in virtù del quale sono rilasciati alcuni tipi di permesso di soggiorno, tra cui il permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo. Analogamente, in virtù dell'affiliazione al territorio, in una dimensione incrementale e progressiva, potrebbe maturare l'acquisto dei diritti politici da parte dello straniero prima dell'acquisto della cittadinanza. E' del resto noto che esiste un ampio (anche se non unanime) consenso circa l'esigenza di incrementare i tassi di naturalizzazione adottando nuove norme sull'acquisto della cittadinanza, ispirate alla valorizzazione dell'acquisto della cittadinanza *iure soli*, così come del percorso di vita compiuto dagli stranieri regolarmente soggiornanti che non siano nati in Italia e, in alcune ipotesi, anche dei minori stranieri irregolarmente soggiornanti (è l'idea dell'acquisto *iure culturae* da parte del minore straniero irregolarmente soggiornante). Sia le norme sui diritti politici che quelle sull'acquisto della cittadinanza avrebbero, quindi, la funzione di creare un modello di integrazione pragmatico, graduale e costruito attraverso incentivi e opportunità da cogliere nel tempo, differente tanto da quello monoculturale-assimilazionista, che

⁸⁶ Su questo approccio di "costruzione" della cittadinanza nella prospettiva diacronica v. L. S. Bosniak, *New York University law review*, 1994, p. 1121 ss. che, ricostruendo il pensiero di Michael Walzer, sottolinea come "once immigrants reside within a political community and labor there, they must be treated as members of that community. If they are not yet full members, they must be on a swift path to citizenship, or full membership. Justice requires that 'every immigrant and every resident [be] a citizen too or at least a potential citizen. To the extent that immigrants who live and work within a national community are not recognized as members, they are subject to nothing short of tyranny'".

⁸⁷ Negli Stati Uniti, dal 1795 al 1952, dopo due anni di residenza legale negli Usa, lo straniero poteva presentare la presentazione di una *declaration of intention* e, decorsi due ulteriori anni, poteva presentare l'istanza di naturalizzazione. In questo periodo la *declaration of intention* era in prerequisite per la naturalizzazione; dopo il 1952 tale dichiarazione è divenuta opzionale.

evoca il traumatico abbandono della propria cultura e identità, che da quello multiculturalista, che prefigura l'esistenza di comunità separate, di piccole patrie all'interno della nazione⁸⁸.

Non si possono certo disconoscere le difficoltà costituzionali che tale percorso comporta. La prima è collegata alla degenerazione della cultura politica e alla sempre maggiore diffusione della figura del "cittadino non educato". Se infatti all'allargamento del suffragio è stato storicamente attribuito un valore educativo, attraverso il cui esercizio alla "cultura da sudditi", orientata "verso i benefici che l'elettore spera di trarre dal sistema politico", subentrerebbe la "cultura partecipante", orientata "verso gli input, che è propria degli elettori che si considerano politicamente impegnati nell'articolazione delle domande e della formazione delle decisioni", oggi larga parte degli aventi diritto di voto non esercita tale diritto o preferisce il "voto di scambio" al "voto di opinione"⁸⁹. Rispetto ai cittadini italiani e agli stranieri, pertanto, sarebbero necessarie nuove politiche sociali, culturali ed educative volte a migliorare quantità e qualità della partecipazione politica. La seconda criticità attiene alla struttura del sistema dei partiti. Dopo l'attenuazione delle grandi fratture su cui il primo sistema dei partiti repubblicano era stato costruito, è possibile che su nuove fratture - quella religiosa tra cristiani e mussulmani, quella etnica, quella linguistica - si formino nuovi partiti⁹⁰. Poiché tuttavia, di tutti i *cleavages*, quello cui l'opinione pubblica sembra essere più sensibile è quello religioso (con specifico riferimento alla potenziale contrapposizione tra cristiani e mussulmani), deve essere ricordato che gli stranieri che professano la religione islamica sono attualmente una minoranza della minoranza straniera⁹¹.

In ultima analisi, se la Costituzione riconosce la diversità di status tra cittadino e straniero e, al tempo stesso, assolve al compito di integrazione "del pluralismo sociale in unità politica"⁹², il rafforzamento della partecipazione attraverso il graduale riconoscimento di diritti politici appare un percorso costituzionalmente orientato. In quest'ottica, quindi, il diritto di voto è da riconoscersi prima dell'acquisto della cittadinanza, come diritto afferente a uno status intermedio tra quello di

⁸⁸ Su questo possibile rapporto tra un'idea forte di comunitarismo e il multiculturalismo v. B. Panzé, *Il comunitarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 93.

⁸⁹ Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 20 ss.

⁹⁰ Sul punto si vedano le considerazioni di M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, cit., p. 79, secondo il quale "i diritti politici servono all'integrazione solo se non conducono alla competizione tra liste etniche, perché se questo accadesse si innescherebbe un fenomeno opposto, che aggraverebbe, anziché risolvere, i problemi dell'integrazione".

⁹¹ Sul punto v. P. Ciarlo, *Nuovi cittadini e vecchie sudditanze*, in *Costituzionalismo.it*, 2012.

⁹² In questo senso G. Zagrebelsky, *Diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990, p. IX.

straniero e quello di cittadino, al fine di incentivare la partecipazione politica dello straniero e di porre le condizioni per l'acquisto dello status di cittadino.

8) Il diritto dell'immigrazione e lo stato di eccezione: l'afflusso di migranti dal medio-orient e dal Nord Africa e la sospensione delle garanzie costituzionali. Il caso dei "punti di crisi".

"Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione"⁹³. La Costituzione italiana del 1947, scritta all'indomani della caduta del fascismo e della fine del conflitto bellico, certo non contiene una disposizione analoga a quella di cui all'art. 48 della Costituzione di Weimar, considerata da Schmitt come il fondamento delle "competenze eccezionali" del Capo dello Stato⁹⁴. Eppure, l'eccezionale afflusso di stranieri dal Nord-Africa e dall'Asia verso l'Europa a partire dal 2014 ha comportato l'adozione di norme e prassi applicative lesive di diritti "inviolabili" o "fondamentali", rispetto a cui la possibilità di una tutela giurisdizionale interna è di fatto inesistente; in questo senso, pertanto, acquista una particolare importanza la tutela giurisdizionale presso la Corte edu (*ex plurimis*, Hirsi Jamaa e altri c. Italia).

Occorre ricordare i capisaldi della disciplina europea e nazionale in tema di diritto di asilo⁹⁵: il principio secondo cui la competenza all'esame della domanda di protezione internazionale, in

⁹³ Cfr. C. Schmitt, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica a cura di Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 33.

⁹⁴ Cfr. C. Schmitt, *Le categorie del politico*, cit., p. 38.

⁹⁵ Come è noto, dando attuazione ai programmi di Tampere (1999), dell'Aia (2004) e di Stoccolma (2009), l'Unione europea ha adottato alcuni regolamenti e direttive europee, tra il 2001 e il 2005. Si tratta della direttiva sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi non appartenenti all'Unione europea (la direttiva 2001/55/CE, recepita dall'Italia con il d. lgs. 85/2003); la direttiva "accoglienza" sulle condizioni minime di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati (la direttiva 2003/09/CE, recepita dall'Italia con il d. lgs. 140/2005 e il d. lgs. 159/2008); la direttiva "qualifiche" sull'attribuzione della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale (direttiva 2004/83/CE, recepita con il d. lgs. 251/2007); la direttiva "procedure" sulle norme minime applicate nei vari Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato direttiva procedure (direttiva 2005/85/CE, recepita con il d. lgs. 25/2008). A questi devono aggiungersi due coppie di regolamenti che compongono, per così dire, il "sistema Dublino": il regolamento Dublino II sullo stato membro responsabile all'esame di una domanda di asilo (regolamento CE n. 343/2003), e il suo regolamento di attuazione n. 407/2002; il regolamento Eurodac (CE) per il confronto delle impronte digitali e l'efficace applicazione del regolamento Dublino (regolamento n. 2725/2000), e il suo regolamento di

carenza di minori o ricongiunzioni familiari, è del paese di primo ingresso⁹⁶; il principio secondo cui lo straniero richiedente asilo può essere trattenuto, sebbene il semplice fatto della richiesta di asilo non possa giustificare la detenzione amministrativa⁹⁷; il principio secondo cui la libertà di circolazione sul territorio nazionale del Paese che ha preso in carico lo straniero può essere limitata⁹⁸. Per quanto riguarda gli status, deve essere evidenziata l'introduzione di un concetto ampio di protezione internazionale, che include lo "status di rifugiato", già previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951, e quello di "beneficiario della protezione sussidiaria" (introdotto dalla direttiva "qualifiche")⁹⁹, cui devono essere aggiunte le eventuali figure complementari di

attuazione (regolamento n. 1560/2003). Questa disciplina è stata successivamente modificata da un secondo pacchetto di atti normativi europei: la nuova direttiva "qualifiche" (2011/95/UE); il nuovo regolamento Eurodac (603/2013); il nuovo regolamento Dublino III (604/2013); la nuova direttiva "procedure" (2013/32/UE); la nuova direttiva "accoglienza" (2013/33/UE).

⁹⁶ Secondo il principio della mutua fiducia, in base a cui lo Stato non competente chiede a quello competente di farsi carico del rifugiato entro il termine di due mesi (art. 21 del regolamento 604/2016). Tale principio è stato tuttavia temperato mediante l'introduzione della cd. clausola umanitaria, che comporta la deroga all'automatismo nell'individuazione del Paese competente per ragioni fondate su motivi familiari, culturali e umanitarie. E' stata inoltre introdotta la "clausola greca" (art. 3, par. 2, co. 2): il trasferimento in un altro Paese non è ammesso se ci sono fondati motivi di ritenere che vi siano carenze sistemiche nella procedura di asilo e nel sistema di accoglienza dei richiedenti asilo dello stato membro, con rischio di trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 CEDU. E' stato infine sancito l'obbligo di notificare al richiedente la possibilità di impugnare la decisione di trasferimento entro un termine ragionevole (art. 26) ed è stato riaffermato il diritto di richiederne, se del caso, la sospensione (art. 17). Su queste norme v. G. Morgese, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Imm. Citt.*, 4/2013, p. 19.

⁹⁷ La nuova direttiva "accoglienza" (direttiva 2013/33/UE) ha ribadito la liceità del trattenimento ai fini di identificazione, anche se afferma il divieto di trattenere una persona per il solo fatto di essere richiedente protezione internazionale. Il trattenimento può essere disposto solo in mancanza di misure alternative, in base a una valutazione individuale, solo per determinati motivi e fermo restando l'obbligo per lo Stato di predisporre misure alternative al trattenimento; la previsione del trattenimento, oltre che nelle ipotesi che si sono descritte, anche nel caso di pericolo di fuga o qualora si ritenga che la domanda di protezione internazionale sia stata presentata al solo fine di ritardare od impedire l'esecuzione di una decisione di rimpatrio secondo quanto stabilito nella direttiva 2008/115/CE (art. 8). L'art. 6, comma 5, d. lgs. 142/2015, con il quale è stata recepita la nuova direttiva "accoglienza", dispone che al trattenimento si applica, per quanto compatibile, l'articolo 14 TUI. Il trattenimento deve essere quindi oggetto di convalida giurisdizionale e la sua eventuale proroga deve essere decisa da parte dell'autorità giudiziaria competente.

⁹⁸ Il decreto legislativo di recepimento prevede che il prefetto possa stabilire un luogo di residenza o un'area geografica in cui lo straniero può circolare (art. 5, comma 4, d. lgs. 142/2015). Tale norma non definisce i presupposti del provvedimento limitativo della libertà di circolazione, che quindi discende da una valutazione ampiamente discrezionale dell'autorità competente, senza che tuttavia sia dato ravvisare una antinomia con la direttiva, secondo la quale "i richiedenti possono circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante o nell'area loro assegnata da tale Stato membro" (art. 7, n. 1 della direttiva 2013/32/UE).

⁹⁹ E' ammesso alla protezione sussidiaria il cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato se nei suoi confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse al paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese in cui aveva precedentemente dimora abituale, correrebbe il rischio di un subire un grave danno e non può, a causa di

protezione internazionale da parte delle normative nazionali¹⁰⁰; la tendenziale parificazione del regime giuridico di queste due figure¹⁰¹; il riconoscimento di un articolato catalogo di diritti a favore del richiedente e del beneficiario del diritto di asilo¹⁰²; l'accesso da parte dei beneficiari di protezione internazionale al permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo¹⁰³.

tale rischio, avvalersi della protezione di questo paese. Secondo il d. lgs. 251/2007 il timore di un danno grave che giustifica il riconoscimento della protezione sussidiaria consiste in: a) la condanna a morte o all'esecuzione; b) la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante; c) la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale (art. 14 d. lgs. 251/2007). Inoltre, il d. lgs. 251/2007 contiene una serie di norme che hanno precisato la definizioni dei motivi che inducono alla fuga, della persecuzione e del danno grave (tra questi, anche l'ipotesi delle azioni ritorsive conseguenti al rifiuto di prestare il servizio militare il cui espletamento potrebbe comportare la commissione di crimini o reati contro la pace e l'umanità, così come rilevanti sono considerati gli atti persecutori verso un orientamento sessuale e verso l'infanzia), indica le modalità per una corretta valutazione dei fatti e delle circostanze esposte dal richiedente, i casi di cessazione, revoca ed esclusione dei due status, i diritti di soggiorno, i doveri e i diritti sociali e di previdenza loro riconosciuti.

¹⁰⁰ Il nostro ordinamento prevede la "protezione umanitaria", riconosciuta quando ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano (art. 5, comma 6, TUI).

¹⁰¹ La tendenziale parificazione degli status è un effetto dell'entrata in vigore della nuova direttiva "qualifiche" e dal d. lgs. 18/2014 che l'ha recepita è discesa la sostanziale parificazione degli status, con particolare riferimento all'accesso all'occupazione, ai servizi sanitari e sociali e al ricongiungimento familiare. Si è così previsto un regime giuridico tendenzialmente unitario, quello del beneficiario di protezione internazionale, con conseguente ravvicinamento delle norme relative al riconoscimento e agli elementi essenziali dei due status.

¹⁰² La nuova direttiva "accoglienza" ha previsto il diritto al rispetto dell'unità familiare, il diritto a ottenere informazioni su benefici e obblighi dell'accoglienza entro quindici giorni dalla presentazione della domanda (art. 5); il diritto di ricevere un documento certificante il proprio status o autorizzante il soggiorno in pendenza della domanda, entro tre giorni dalla presentazione di quest'ultima (art. 6); i diritti all'istruzione per i minori (art. 14) nonché di accesso al mercato del lavoro (art. 15), alla formazione professionale (art. 16), alle condizioni materiali di accoglienza (artt. 17 e 18) e all'assistenza sanitaria (art. 19). Altro elemento di rilievo è la promozione dell'integrazione sociale dei beneficiari della protezione internazionale. Il d. lgs. 18/2014, con il quale è stata recepita la nuova direttiva "qualifiche", ha istituito un tavolo di coordinamento nazionale presso il Ministero dell'interno, con l'obiettivo di ottimizzare i sistemi di accoglienza dei richiedenti e/o titolari di protezione internazionale: tavolo che deve predisporre, a cadenza biennale, le linee di intervento per realizzare l'effettiva integrazione dei beneficiari di protezione internazionale, con particolare riguardo all'inserimento socio-lavorativo, anche promuovendo programmi di inserimento lavorativo, l'accesso all'assistenza sanitaria e sociale, all'alloggio, alla formazione linguistica e all'istruzione e al contrasto alle discriminazioni. Il d. lgs. 18/2014 prevede inoltre che le pubbliche amministrazioni competenti si adoperino per individuare sistemi appropriati di valutazione, convalida, accreditamento che consentano il riconoscimento dei titoli. La nuova direttiva "procedure" (2013/33/Ue) ha stabilito il termine massimo di 21 mesi per l'esame della domanda (ma gli Stati però possono ritardare l'attuazione della disposizione sino al 20 luglio 2018; a rafforzato le garanzie effettive di difesa prima e dopo l'audizione (artt. 12 e da 14 a 17); ha previsto il divieto di trattenimento per solo fatto di essere richiedente; ha riaffermato il diritto a un ricorso effettivo, discende l'obbligo di prevedere termini per il ricorso all'autorità giudiziaria che siano ragionevoli e non rendano impossibile l'accesso al ricorso medesimo; ha ammesso la presentazione della domanda di protezione internazionale non solo nelle zone di frontiera, ma anche in quelle di transito; ha previsto in via generale l'accesso al patrocinio a spese dello Stato (artt. 19, 20 e 22); ha introdotto un

Questo disegno normativo è stato parzialmente incrinato dall'eccezionale afflusso di stranieri avvenuto a partire dal 2014¹⁰⁴. L'emergenza ha indotto ad adottare alcuni recenti atti europei e nazionali: l'agenda europea per l'immigrazione, atto informale della Commissione europea del maggio 2015 (Com (2015) 240); due decisioni europee (Dec 2015/1523, Dec 2015/1601)¹⁰⁵; sul piano nazionale, la *roadmap* italiana del settembre 2015. Dall'analisi di queste

generale rafforzamento delle garanzie procedurali ed ha previsto un esame puntuale caso per caso dei cd. paesi sicuri (artt. da 36 a 39).

¹⁰³ Se infatti secondo la disciplina previgente il Permesso di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo era precluso ai beneficiari di protezione internazionale, il d. lgs. 12/2014 ha previsto che anche i beneficiari di protezione internazionale, se soddisfano i requisiti previsti, possono richiedere questo permesso di soggiorno (cinque anni dopo dalla presentazione della domanda). A tal fine, i requisiti previsti sono un reddito pari all'importo annuo dell'assegno sociale e che sia trascorsi cinque anni dalla presentazione della domanda di protezione internazionale, ma non è invece richiesta la presentazione di documenti sull'idoneità dell'alloggio né il superamento di un esame di lingua da parte dell'interessato, che sono invece richiesti al migrante "economico". Il risultato di questa maggiore liberalità nella concessione dei permessi di soggiorno Ue per soggiornanti di lungo periodo è una maggiore mobilità all'interno dell'Unione europea, conseguente alla facoltizzazione dei soggiorni di durata anche superiore ai tre mesi.

¹⁰⁴ I numeri degli stranieri che sono entrati nel territorio nazionale dei Paesi Ue senza passare dai valichi di frontiera sono progressivamente crescenti: nel 2013 si trattava di poco più di 100mila migranti, nel 2014 sono saliti a 284mila; nel 2015 sono giunte 1 milione e 200mila persona (218mila nel solo mese di ottobre): la metà di queste sono arrivate in Grecia e quasi 1/5 in Italia.

¹⁰⁵ Il fondamento giuridico di questi atti sono l'art. 80 Tfeue, che sancisce il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri in queste politiche europee, e l'art. 78, par. 3, Tfeue che facoltizza l'adozione di misure europee temporanee in caso di emergenza. A essere posti in discussione sono il principio secondo cui il controllo delle frontiere e la decisione sull'ingresso e il soggiorno di uno straniero è esclusivamente nazionale. Le nuove misure che concorrono a determinare il superamento della dimensione nazionale nell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale sono: l'azione di soccorso in mare e le attività di fermo, ispezione, confisca e sequestro delle barche utilizzate per il traffico di persone (attraverso le operazioni Triton e Poseidon); l'istituzione degli *hotspots* o "punti di crisi", in cui funzionari nazionali ed europei sovrintendono alle procedure di prima accoglienza, identificazione e classificazione dei migranti; la "ricollocazione" dei migranti politici che dovrebbe comportare il trasferimento persone richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia verso altri Paesi europei (la decisione n. 2015/1523 prevede la ricollocazione di 40mila richiedenti asilo in due anni da Italia e Grecia, mentre la decisione n. 2015/1601 delinea un piano biennale di "ricollocazione" per 120mila persone); un temporaneo meccanismo di reinsediamento in Europa di poco più di 20mila profughi ospitati da paesi terzi; il rilancio della cooperazione internazionale con i paesi terzi; un maggiore sforzo finanziario per promuovere gli accordi di riammissione; la costituzione di una rete di funzionari dislocati nei principali Paesi di provenienza (*European immigration liaison officers*); nuove proposte su un controllo comune delle frontiere esterne (*European border coast guard*). In virtù di tali misure, quindi, il soccorso in mare non è più solo statale, ma anche europeo, in quanto è posto sotto la guida dell'Agenzia europea Frontex; i procedimenti statali di prima accoglienza sono coordinati e controllati da organi misti, in cui siedono funzionari europei e statali (*migration management and support teams*); i meccanismi di ricollocazione sono basati su una pianificazione che si articola in procedimenti complessi, nazionali e internazionali. Anche il rafforzamento della dotazione finanziaria e la costituzione di una rete di referenti nei principali Paesi di origine dei flussi va nella direzione della centralizzazione del *migration management* in capo all'Ue. A ciò va aggiunta la proposta della Commissione europea di modificare il regolamento Dublino III, al fine di inserire un meccanismo permanente di *relocation* in situazioni di crisi (Doc. COM (2015) 450 del 9.9.2015). Va tuttavia detto che la più rilevante di queste misure – il "ricollocazione" degli stranieri dall'Italia e dalla Grecia verso

misure (o delle prassi applicative a esse collegate) emerge una tendenza negativa o riduttiva dei diritti costituzionali e umani dello straniero. Sono stati infatti istituiti gli *hotspot* o “punti di crisi”, luoghi in cui funzionari delle agenzie europee (Frontex, Europol, Easo) e ufficiali italiani o greci cooperano nell’opera di identificazione, registrazione, selezione e rimpatrio dei migranti nel quadro di processi compositi, in parte nazionali e in parte europei¹⁰⁶. E’ in questa sede che i migranti sono divisi tra migranti richiedenti protezione internazionale, che sono poi destinati ad essere accolti nei centri di seconda accoglienza o *regional hubs* fino alla decisione ad essi relativa da parte della competente commissione territoriale, e migranti “economici”, per i quali sono poste in essere le ordinarie procedure di allontanamento. E’ in questa nuova porzione del diritto dell’immigrazione che si registra la maggiore difficoltà a conciliare la teoria dei diritti fondamentali con la pratica amministrativa dei poteri e processi amministrativi sovranazionali.

Viene in evidenza, in primo luogo, la violazione delle garanzie della libertà personale di cui all’art. 13 Cost. Gli *hotspot* o “punti di crisi” sono, secondo quanto previsto dalla *roadmap* italiana del settembre 2015, “luoghi chiusi” in cui sono trattenuti di fatto¹⁰⁷ gli stranieri che rifiutano di sottoporsi al fotosegnalamento¹⁰⁸. Il carattere chiuso del luogo e la natura coercitiva del trattenimento sono indice del fatto che il provvedimento incide sulla libertà personale, diritto proprio anche dello straniero comunque presente sul territorio nazionale. A essere violate sono

altri Paesi europei – è circoscritta agli stranieri appartenenti “a una nazionalità per la quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale, in base agli ultimi dati medi trimestrali Eurostat relativi a tutta l’UE, è pari o superiore al 75%”, ossia, in sintesi, eritrei, iracheni e siriani. Inoltre la misura non ha avuto successo: di 40mila stranieri da “ricollocare” (art. 1. Dec 2015/1523), dopo i primi cinque mesi, solo 885 sono stati ricollocati (sul punto v. R. Carta, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, *Un’analisi delle recenti misure comunitarie: gli hotspot e il ricollocamento*, in corso di pubblicazione). La ragione di questo fallimento è soprattutto la mancata previsione di sanzioni per i Paesi che non accettano il ricollocamento, se non il rischio dell’ordinario procedimento di infrazione esperito dalla Commissione europea. Per una analisi delle misure europee e nazionali adottate a partire dal maggio 2015 v. M. Savino, *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2015, p. 729 ss. e R. Carta, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, cit.

¹⁰⁶ In Italia i “punti di crisi” sono attualmente quattro e sono situati a Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani.

¹⁰⁷ La prassi del trattenimento di fatto, è stato evidenziato, esisteva già nei “centri di prima accoglienza”: cfr. L. Masera, *Lampedusa violazione sistematica delle libertà personali*, in *Diritti Umani e Diritti Internazionali*, vol. III, il Mulino, Bologna, 2014, p. 83 ss.

¹⁰⁸ L’art. 8 co. 2 , d.Lgs. 142/15 prevede che “le funzioni di soccorso e prima accoglienza, nonché di identificazione continuano ad essere svolte nelle strutture allestite ai sensi del d. l. 451/95, convertito dalla legge 563/95”: null’altro dispone il decreto legislativo riguardo alla primissima fase di accoglienza. Il legislatore ha quindi deciso in sostanza di non regolamentare, almeno a livello di fonti primarie, questa fase decisiva dell’accoglienza (che riguarda tanto i richiedenti asilo che i migranti economici), limitandosi ad un rimando alla cd. legge Puglia (legge 563/95), che a sua volta non fa che prevedere la possibilità di istituire tali Centri, senza nulla dire riguardo al loro funzionamento.

quindi sia la garanzia della riserva di legge che quella della riserva di giurisdizione, considerato che non è neppure previsto un controllo giurisdizionale *ex post* nelle forme dell'art. 13, comma 3 Cost. Inoltre l'Unione europea, con un documento informale, ha chiesto ai Paesi come l'Italia di procedere al prelievo coercitivo delle impronte digitali, ma questa prassi, in base all'art. 13 Cost., potrebbe aver luogo solo in forza di una norma di legge che lo preveda e nel rispetto della riserva di giurisdizione¹⁰⁹.

Ulteriori criticità emergono dalle prassi applicative nei punti di crisi. Sebbene infatti lo straniero abbia diritto ad essere informato della possibilità di chiedere protezione internazionale e sebbene dal divieto di espulsioni collettive derivi l'obbligo di un esame individuale e accurato delle singole domande, la distinzione dei migranti tra migranti richiedenti asilo e migranti economici viene fatta mediante un'istruttoria superficiale e con l'ausilio di questionari non adeguatamente esplicativi¹¹⁰. Criticità costituzionali emergono altresì dall'accordo tra Unione europea e Turchia del marzo 2016. In base a tale accordo, numerosi migranti sono trasferiti dalla Grecia alla Turchia, che si impegna ad accoglierli fino all'espletamento delle procedure di esame delle domande di asilo. L'accordo è di dubbia conformità con il divieto di espulsioni collettive (art. 4, protocollo 4 della Cedu e art. 14 della Carta dei diritti) e con il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu e art. 4 della Carta dei diritti), che impone di non allontanare una persona verso un Paese in cui potrebbe essere soggetto a trattenimenti di questo tipo.

¹⁰⁹ Cfr. COM (2015) 679, *Relazione sull'attuazione dei punti di crisi (hotspot) in Italia*, laddove si afferma che «le autorità italiane dovrebbero accelerare gli sforzi, anche sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali. L'obiettivo del 100% dei migranti in ingresso sottoposti a rilevamento delle impronte va raggiunto senza ulteriori indugi». Per una ricostruzione del rapporto tra questi documenti informali europei e le garanzie di cui all'art. 13 Cost., v. R. Carta, *Il migration management: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, cit.

¹¹⁰ Allo straniero viene infatti consegnato un questionario da compilare nel quale si chiede di indicare la ragione del viaggio tra le seguenti indicate: a) lavoro; b) riunificazione familiare; c) asilo; d) fuga dalla povertà; e) altro. Vi sono, però, poche persone che spiegano il significato delle formule utilizzate e accade che talvolta lo straniero indichi "lavoro" in quanto aspira a integrarsi senza essere un peso per la comunità che lo accoglie, laddove invece quella risposta è considerata indice del carattere "economico" del migrante". La formula asilo, inoltre, è certo corretta ma troppo sintetica; meglio sarebbe se fosse affiancata da formule quali "fuga dalla guerra" e "fuga dalle persecuzioni", in virtù delle quali il questionario diventerebbe più chiaro e facilmente intelligibile. Sulla prassi dell'identificazione e i dubbi relativi all'esistenza di una efficace informazione degli stranieri in ordine al diritto di chiedere asilo politico e a quello di contattare le organizzazioni umanitarie v. Documento ASGI 21-10-2015, *Garantire i diritti degli stranieri sbarcati e soccorsi in mare*, http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/2015_documento-asgi-hot-spot-road-map-21-ottobre-def.pdf

In ultima analisi, la vicenda rivela in primo luogo la difficoltà a conciliare il profilo soggettivo e quello istituzionale dei diritti dello straniero e, in particolare, del diritto di asilo: il profilo soggettivo attiene alla posizione del singolo migrante, titolare di un interesse giuridicamente protetto alla protezione internazionale secondo le norme vigenti; il profilo istituzionale, invece, si collega alla gestione del fenomeno migratorio collettivo e sottintende l'esigenza di un grande sforzo organizzativo per l'accoglienza di queste persone, compatibilmente con le risorse disponibili, in un contesto reso politicamente difficile dalla rinascita dei nazionalismi, dal successo dei partiti xenofobi e dalla riluttanza alla cooperazione di alcuni Stati non frontalieri. Dal conflitto tra la dimensione istituzionale e la dimensione soggettiva è emersa una rinnovata lettura negativa o riduttiva di alcuni diritti, fatto questo che conferma quanto sia più debole la posizione dello straniero alla frontiera che, privo di un "contratto" per l'ingresso legale o di legami costruiti con il soggiorno irregolare nel territorio, può invocare "solo" la titolarità dei diritti costituzionali e umani. Nel conflitto tra *lex* e *iura*, in assenza di Assemblee parlamentari rappresentative degli stranieri, la tutela dei secondi è affidata invece esclusivamente alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali.

9) Conclusioni.

Si è visto come, in virtù di norme ascrivibili a tre differenti approcci alla regolazione dei diritti (il "contratto", la presenza sul territorio, il divieto di discriminazione), la legge riconosce agli stranieri una pluralità di diritti. Si è altresì riscontrato come a nessuno di questi schemi si accompagni l'affermazione dell'uguaglianza tra gli appartenenti a diverse categorie di straniero e tra lo straniero e il cittadino. La titolarità da parte dello straniero dei diritti costituzionali, così come, di conseguenza, l'uguaglianza con il cittadino, è negata dalla teoria contrattuale; l'approccio che collega la titolarità dei diritti inviolabili o fondamentali alla presenza sul territorio riconosce gli stessi diritti allo straniero anche irregolarmente soggiornante, ma di regola ne dà una declinazione riduttiva, con conseguente disuguaglianza rispetto allo straniero regolarmente soggiornante e al cittadino; l'approccio che afferma il divieto di discriminazione riconosce i diritti allo straniero in virtù della regolarità e stabilità del soggiorno (e si accompagna all'affermazione dell'uguaglianza tra questi stranieri e i cittadini), ma implica la disuguaglianza rispetto allo straniero irregolarmente soggiornante e allo straniero regolarmente (ma non stabilmente) soggiornante. Alcuni diritti

funzionali all'integrazione sociale sono invece riconosciuti a tutti, in misura eccedente al loro contenuto minimo e in condizioni di uguaglianza, in alcune ipotesi a prescindere dalla regolarità del soggiorno.

Date queste premesse, possiamo quindi provare a rispondere ad alcune domande.

La prima è se, utilizzando come prisma le norme di legge e la giurisprudenza costituzionale relative all'immigrazione e alla condizione giuridica dello straniero, i diritti fondamentali costituiscano una categoria distinta rispetto a quella dei diritti non fondamentali. La risposta è in senso positivo in quanto, secondo la legge e la giurisprudenza costituzionale, solo i diritti inviolabili o fondamentali spettano a tutte le categorie di stranieri, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, almeno nella misura del loro contenuto minimo. La ricognizione dei diritti fondamentali dello straniero e la definizione del loro contenuto minimo presenta margini di incertezza. Per il legislatore, questi diritti sembrano coincidere con i diritti letteralmente definiti dalla Costituzione come inviolabili o fondamentali e con il diritto all'istruzione. La giurisprudenza costituzionale ha invece valorizzato come diritti fondamentali anche diritti non espressamente previsti come tali (ad esempio, il diritto al matrimonio e il diritto alla vita privata e familiare), in forza della stratificazione tra la Costituzione e le norme e trattati internazionali (in particolare la Cedu). Non mancano però linee di tendenza volte a superare questa distinzione: per la giurisprudenza costituzionale non è ammessa la disparità di trattamento tra cittadino e straniero regolarmente, non episodicamente e non occasionalmente soggiornante, nella titolarità e nel godimento sia dei diritti non fondamentali, che dei diritti fondamentali, anche nella parte eccedente il contenuto minimo del diritto.

Il secondo quesito è se sia costituzionalmente non illegittima la disparità di trattamento tra cittadini e stranieri. Come si è detto, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale è ammissibile la disparità di trattamento a svantaggio dello straniero irregolarmente soggiornante, che è titolare esclusivamente di diritti fondamentali o inviolabili il cui godimento può essere limitato al contenuto minimo. Al contrario, la disparità di trattamento tra cittadino e straniero regolarmente (e stabilmente) soggiornante, anche con riferimento ai diritti non fondamentali, è stata ritenuta discriminatoria. La disuguaglianza è quindi parte del diritto dell'immigrazione e dello straniero. Tali disparità di trattamento sono, ad avviso di scrive, tollerabili e ragionevoli se e nei limiti in cui si preveda il godimento dei diritti inviolabili e fondamentali da parte dello straniero irregolarmente soggiornante in misura non limitata al contenuto minimo, in forme che – in

particolare per ciò che concerne il diritto alla salute – consentano un equo temperamento tra il pieno godimento del diritto e l'equilibrio della finanza pubblica. Inoltre, la disparità di trattamento è costituzionalmente ammissibile solo se è assicurata una prospettiva di accesso a quote crescenti di uguaglianza con il cittadino attraverso il mutamento dello status. Da questo punto di vista, quindi, è dato rilevare due lacune fondamentali nella normativa vigente: a) l'assenza di una procedura di regolarizzazione; b) l'assenza di uno status intermedio tra lo straniero regolarmente e non occasionalmente soggiornante e il cittadino, per ciò che concerne la titolarità dei diritti politici; c) l'assenza di norme che, previa definizione dei presupposti, qualificano l'acquisto della cittadinanza come diritto soggettivo.

Infine, occorre chiedersi quale sia il rapporto tra il riconoscimento e la regolazione dei diritti dello straniero e la democrazia. La nostra tesi è che sia necessario riconoscere allo straniero la titolarità dei diritti politici. Il percorso di integrazione sociale attualmente delineato, infatti, è sempre suscettibile di essere posto in discussione se le Assemblee parlamentari saranno rappresentative dei soli cittadini. Ne sono una riprova le numerose leggi, statali e regionali, che hanno introdotto norme limitative della titolarità di alcuni diritti sociali in capo agli stranieri regolarmente e stabilmente soggiornanti, così come le più recenti norme e le prassi applicative sull'accoglienza dei migranti alla frontiera. Inoltre, solo il riconoscimento dei diritti politici può alimentare un sentimento di inclusione non solo sociale ma anche politica, superando la rigida distinzione attualmente esistente tra popolo e popolazione, tra appartenenti e non appartenenti alla nazione. Il riconoscimento di tali diritti potrebbe avere luogo con gradualità, secondo un approccio pragmatico che valorizzi la progressiva affiliazione al territorio della persona, anche attraverso la previsione di uno status intermedio tra quello di straniero regolarmente e non occasionalmente soggiornante e quello di cittadino, nel contesto di un percorso normativo per l'eventuale acquisto della cittadinanza da parte degli stranieri e, quindi, della conquista di una piena e definitiva uguaglianza.