

Introduzione

Il lavoro intende analizzare la condizione giuridica degli immigrati non appartenenti agli Stati UE, muovendo dalla premessa che la discrezionalità legislativa in materia di flussi migratori si è sovente tradotta nella adozione di una normativa discriminatoria, che tende ad escludere gli stranieri appartenenti a Stati “terzi” dal godimento di diritti, che, invece, la Costituzione riconosce alla persona come individuo, a prescindere dalla diversità etnica, linguistica, culturale e religiosa.

Ed invero, da un lato, l'aumento dei flussi migratori ha acuito l'esigenza di assicurare un efficace controllo dei confini, e ciò soprattutto a fronte dello stato di emergenza che Paesi come il nostro, geograficamente più esposti all'ingresso di un numero considerevole di immigrati, sono costretti a fronteggiare; dall'altro lato, la percezione di insicurezza derivante dall'intensificarsi del terrorismo internazionale è stata spesso associata alla presenza stabile e radicata di immigrati, rafforzando in questo modo l'istanza di un maggiore potere di controllo e di sanzione da parte dello Stato ospitante.

In questo contesto, il *fil rouge* della trama giuridica che regola la presenza degli stranieri sul territorio italiano è, allora, quello di far leva sulla espulsione, attraverso un quadro normativo in cui sembrano del tutto assenti sia le garanzie costituzionali a presidio dei diritti fondamentali della persona, sia le garanzie riconosciute a livello internazionale ed europeo, di cui si è fatta portatrice soprattutto la Corte EDU attraverso una giurisprudenza sempre più erosiva della discrezionalità legislativa e volta ad imporre precisi vincoli all'esercizio del potere amministrativo.

Sicché, in questo contesto, il tema della tutela delle libertà fondamentali diventa centrale nella riflessione di chi oggi voglia indagare le implicazioni giuridiche dei fenomeni migratori, posto che: a) la Costituzione non ha dato particolare rilevanza alla posizione dello straniero nel no-

stro ordinamento; b) le politiche di immigrazione sono essenzialmente orientate a contingentare l'ingresso degli immigrati dei "paesi terzi", e a mantenere un controllo permanente sulla libertà di soggiorno degli stranieri, attraverso norme che ne precarizzano la condizione giuridica, c) le misure di allontanamento, anche se incidono sulla libertà personale dell'immigrato, sono attribuite alla competenza dell'autorità amministrativa e, perciò, indirettamente sottratte alla garanzia della riserva di giurisdizione; d) i rimedi giurisdizionali avverso i provvedimenti amministrativi, che incidono direttamente o indirettamente sulla libertà degli immigrati, precludono al giudice l'esercizio di un controllo effettivo, rendendo, perciò, inapplicabile le garanzie costituzionali sancite dagli artt. 24, 111 e 113 Cost.; e) l'ordinamento europeo, da un lato, impone un maggiore rigore nel controllo dei flussi migratori e, dall'altro lato, spinge verso l'effettività della tutela dei diritti garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Chi intenda, perciò, esplorare il tema dell'immigrazione non può prescindere dalla disamina di ognuna delle questioni appena evidenziate, tenendo conto che la disciplina in materia è soggetta a continue riforme, in ragione della complessità dei problemi che gli Stati ospitanti devono affrontare. Infatti, l'esigenza di garantire a coloro che richiedono accoglienza il rispetto della dignità umana, quale valore fondante della nostra cultura democratica, deve essere temperata con la necessità, imposta anche dall'Unione europea, di contenere l'aumento dei flussi migratori, in uno scenario internazionale, che, però, ha spesso addossato sui Paesi di frontiera tutto il peso dei problemi derivanti dall'ingresso "incontrollabile" di immigrati.

Pertanto, muovendo da queste premesse, l'indagine intende porre al centro della riflessione il rapporto tra il potere amministrativo, attraverso cui si realizzano gli obiettivi perseguiti dalle leggi sull'immigrazione, e la posizione soggettiva dell'immigrato extracomunitario, su cui tale potere incide, onde verificare la tenuta dell'assetto che l'ordinamento ha configurato nei confronti dei poteri autoritativi, anche rispetto ai profili che riguardano la tutela giurisdizionale.

In particolare, la tematica dell'azione amministrativa sarà indagata alla luce del contesto normativo nazionale ed euro-unitario, mediante una prospettiva sistematica diretta a porre in risalto la possibilità di applicare la disciplina sulla libertà di soggiorno, senza, tuttavia, violare le garanzie

che l'ordinamento ha posto a presidio del rapporto tra autorità ed individuo.

Su questa linea, nel primo capitolo, sarà approfondita l'evoluzione normativa e giurisprudenziale sulla condizione giuridica degli immigrati. In particolare, si cercherà di mettere in luce la rilevanza giuridica di determinate posizioni soggettive, come l'unità familiare, la salute, la protezione del superiore interesse del minore, la protezione umanitaria ed internazionale, al fine di verificare se sia configurabile, in virtù della tutela multilivello che esse ricevono, un diritto dello straniero a proseguire il soggiorno nello Stato ospitante.

L'indagine sarà svolta anche alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle relative implicazioni e connessioni tra gli obblighi di protezione derivanti dalla CEDU e i poteri restrittivi delle libertà di soggiorno della persona straniera.

Nel secondo capitolo, sarà analizzata la disciplina dei provvedimenti di espulsione dello straniero, onde verificare quale sia il margine di apprezzamento che l'amministrazione può utilizzare per bilanciare le esigenze di ordine pubblico – poste alla base di una politica restrittiva e tendenzialmente espulsiva – con il rispetto di quelle posizioni soggettive, la cui protezione implica il riconoscimento della libertà di soggiorno. Inoltre, la riflessione sarà svolta tenendo conto anche dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale della nozione di ordine pubblico nel contesto europeo, ed in particolare, della incidenza che questa ha avuto sulla libertà di circolazione degli stranieri comunitari, quale diritto fondamentale, la cui tutela tende ad estendersi anche alle istanze di soggiorno dei cittadini extracomunitari.

Nel terzo capitolo, saranno, invece, indagati i rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento avverso i provvedimenti di espulsione. In particolare sarà affrontato il problema del riparto di giurisdizione delle controversie in materia di allontanamento dello straniero tra giudice ordinario e giudice amministrativo, mettendo in rilievo le principali difficoltà che discendono da tale sistema rispetto all'effettività della tutela. La frammentarietà delle sedi di tutela e la differenziazione dei modelli processuali sembrano, infatti, allineare la funzione del processo alla logica espulsiva che caratterizza la disciplina sostanziale, sottraendolo alla imparzialità del giudizio e alla sua missione di tutela dei diritti e degli interessi protetti dall'ordinamento. Tali criticità saranno, pertanto, verificate anche in una pro-

spettiva più ampia, diretta a riflettere sull'attuale riparto di tutele tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Ed invero, muovendo da una lettura coordinata dell'art. 113, c. 1, Cost. e l'art. 24 Cost., che individua nell'effettività della tutela il fondamento costituzionale dell'attribuzione della giurisdizione all'uno o all'altro giudice, si cercherà di sostenere l'ipotesi che, qualunque sia il giudice investito della controversia, ciò non dovrebbe influire sulle garanzie di pienezza ed effettività della tutela, né dovrebbero discenderne limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Nel quarto capitolo, l'indagine sarà, quindi, indirizzata a verificare se, ricorrendo alle norme che regolano l'esercizio del potere amministrativo – ed in particolare all'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità (art. 1, l. n. 241/1990) – sia, invece, possibile allineare, in chiave interpretativa, la disciplina sulle condizioni di soggiorno degli stranieri ai principi fondamentali della nostra Costituzione, e agli obblighi che discendono dalle fonti internazionali ed europee. In particolare, la riflessione sarà orientata ad accertare se la proporzionalità, nella materia indagata, possa, alla luce dei vincoli che discendono dalla giurisprudenza comunitaria e della Corte EDU, integrare la fattispecie legale, obbligando l'amministrazione a contemperare gli interessi coinvolti anche laddove ciò non sia previsto dalla norma, precludendo all'amministrazione una valutazione discrezionale. La soluzione ipotizzata sarà, inoltre, verificata anche alla luce dei corollari applicativi in ambito processuale, al fine di valutare se, dinanzi alla lesione di una libertà fondamentale dello straniero, sia possibile per il giudice (sia amministrativo che ordinario) sindacare la legittimità del provvedimento di espulsione per violazione del principio di proporzionalità e con quali poteri.

Capitolo I

Il fondamento costituzionale della libertà di soggiorno e i nuovi paradigmi della cittadinanza

SOMMARIO. 1. La condizione dello straniero nell'ordinamento costituzionale: la rilevanza giuridica del legame con il contesto politico, sociale ed affettivo di riferimento. – 2. *Segue*: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale. – 3. La dimensione sostanziale della cittadinanza europea e l'incidenza sulla estensione dei diritti fondamentali agli stranieri extracomunitari. – 4.1. La tutela giuridica dei vincoli affettivi, sociali ed economici in funzione del riconoscimento della libertà di soggiorno nella disciplina del d.lgs. n. 286/1998 (TUI). – 4.2. *Segue*: la protezione dell'unità familiare quale caso paradigmatico del rilievo costituzionale del legame territoriale. – 4.3. *Segue*: il superiore interesse del minore straniero nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4.4. *Segue*: il diritto alla salute degli immigrati e l'obbligo per le autorità competenti di ponderare gli interessi in gioco.

1. La condizione dello straniero nell'ordinamento costituzionale: la rilevanza giuridica del legame con il contesto politico, sociale ed affettivo di riferimento

La Costituzione non assegna particolare rilevanza alla posizione giuridica dello straniero nel nostro ordinamento, limitandosi ad affidare al legislatore il compito di definirne la condizione giuridica in conformità con il diritto internazionale¹.

Invero, importanti indicazioni, al riguardo, possono emergere dall'art. 10, c. 3, Cost., secondo cui «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costi-

¹ M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997.

tuzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Nondimeno, muovendosi nell'ambito di una prospettiva tesa alla più ampia valorizzazione del principio personalistico, che pone al centro dell'attenzione dell'interprete l'individuo e i suoi bisogni essenziali², si potrebbe ritenere che la finalità di tale previsione sia quella di salvaguardare i valori democratici del nostro ordinamento nei confronti di chiunque, indipendentemente dai luoghi di nascita e/o di provenienza.

È pur vero, però, che la Costituzione nel garantire la protezione di tali libertà ha operato una distinzione tra cittadini e non cittadini (si pensi alle disposizioni di cui al titolo I parte I, rubricata "Diritti e doveri dei cittadini"), ponendo, perciò, innanzitutto, il problema di quali siano le libertà che possono essere riferite allo straniero, e di come si possano superare alcune discriminazioni derivanti da scelte legislative incompatibili con il disegno costituzionale³.

Al riguardo, parte della dottrina, ritenendo che la Costituzione rilevi

² V. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, secondo cui tale impostazione funzionalizza lo Stato alla massima tutela dei singoli. Osserva, infatti, l'a., che l'art. 2 Cost. «rovescia l'ottocentesca priorità dello Stato (recepita e potenziata dal fascismo) e identifica nella persona umana il valore-base del sistema positivo, destinato ad operare non solo nel rapporto fra Stato e singolo, ma anche nella determinazione dei modi e dei fini dell'articolazione democratica cui si ispira l'organizzazione dei pubblici poteri». Sulla consacrazione, ai sensi dell'art. 2 Cost., del fine ultimo posto allo Stato dalla vigente Costituzione, v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1962, 718; ID., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. del lav.*, 1954, 149 ss.; V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. del lav.*, 1954, 71 ss.

³ M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 127 ss. Sulla condizione giuridica dello straniero, in particolare nell'ordinamento italiano, si segnalano fin d'ora, tra gli altri, G. NASCIMBENE, *Straniero*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1139 ss.; ID., *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988; E. GROSSO, *Straniero*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, 167 ss.; F. MAZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 81 ss.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992; ID., *Condizione dello straniero e 'società democratica'*, Padova, 1994; ID. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2008; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 203 ss.; ID., *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997; F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 1995, 441 ss.; F. PASTORE, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in *Storia d'Italia. Legge diritto giustizia. Annali 14*, Torino, 1998, 1033 ss.; C. BONIFAZI, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 1998; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2003; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, III ed., Padova, 2003, 315 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007.

soltanto per i cittadini, ritiene che la condizione giuridica dello straniero debba essere ricondotta esclusivamente all'art. 10 Cost., che affida alla legge, in conformità con quanto previsto dal diritto internazionale, la prerogativa di stabilire i diritti degli stranieri⁴. A conferma di tale opzione interpretativa viene invocata la formulazione dell'art. 3 Cost., riferita testualmente ai cittadini, ponendo così in "conflitto" il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale con la garanzia costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo, di cui all'art. 2 Cost.⁵.

Tale tesi, in una prospettiva particolarmente rigorosa, perviene alla conclusione che il legislatore, nel disciplinare la condizione giuridica dello straniero, incontra quale unico limite quello derivante dalle norme e dai trattati internazionali, potendo, pertanto, limitare il riconoscimento delle libertà costituzionali riferite a tutti, o estendere ai non cittadini i diritti, anche politici, testualmente riservati ai cittadini⁶.

⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 143 ss.

⁵ Sui diritti inviolabili, per tutti, v. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 10 ss.

⁶ A. PACE, *op. cit.* In senso critico, v. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, cit. 445. In particolare l'espreso riferimento ai soli cittadini quali titolari del diritto di voto, contenuto nell'art. 48 Cost., intende qualificare questa facoltà come un diritto per loro inviolabile, e, dunque, andrebbe inteso come funzione di assoluta garanzia per gli stessi, ma non escluderebbe di per sé che la legge ordinaria possa estendere agli stranieri la medesima facoltà. Così, M. LUCIANI, *La Costituzione Europea e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 585 ss. Al riguardo, la Corte costituzionale non si è mai pronunciata nel senso di individuare un divieto di estensione dei diritti politici agli stranieri, ma avrebbe inteso solamente escludere per i diritti "inerenti allo *status civitatis*" la possibilità di essere riconosciuti quali prerogative fondamentali, costituzionalmente garantite anche agli stranieri, non vietando, dunque, alla legge ordinaria di introdurle. In questo senso, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1998, 175 ss.; F. LANCASTER, voce *Voto: diritto di*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, 1993, 1123 ss.; T. MARTINES, *sub Artt. 56-58*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1984, 48 ss.; P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, 1982, 89 ss.; Sul punto vedi, altresì, T.F. GIUPPONI, *Il diritto di voto agli stranieri, tra cittadinanza e autonomie territoriali*, in www.forumcostituzionale.it, per il quale «pur nella consapevolezza che lo stesso concetto di cittadinanza appare in continua evoluzione, sembra comunque che la titolarità del diritto di voto, come appare chiaro anche dalla lettura dell'art. 48 della nostra Costituzione, non possa prescindere dall'appartenenza a quella comunità politica che comporta al tempo stesso diritti e doveri, e che tradizionalmente è stata sempre ricondotta proprio al concetto di cittadinanza». V., anche, G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., secondo il quale «prendendo atto della mancanza, nel testo della Costituzione, di un'espressa affermazione per cui la garanzia del diritto di voto debba essere

Sul fronte opposto si colloca l'orientamento prevalente in letteratura, ad avviso del quale le situazioni giuridiche non espressamente riferite ai cittadini dovrebbero essere estese anche agli stranieri e agli apolidi⁷. Mentre, le libertà attribuite ai cittadini potrebbero essere estese anche agli stranieri, tuttavia, nei limiti di quanto previsto dall'art. 10, c. 2, Cost., secondo cui «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali».

In quest'ottica, talune libertà, come quelle contemplate dall'art. 13 Cost., che sancisce l'inviolabilità della libertà personale, dovrebbero essere riferite anche agli stranieri in virtù della posizione giuridica tutelata. Secondo tale ipotesi, infatti, andrebbero distinte le situazioni, che, per la natura dei diritti protetti, possono essere intestate ai soli cittadini (come ad es. i diritti politici), da quelle volte a tutelare posizioni soggettive essenziali al soddisfacimento di bisogni primari, ovvero funzionali alla dignità umana, le quali, viceversa, dovrebbero essere riconosciute a qualunque individuo⁸. Anche se occorre rilevare che la tendenza ad estendere agli stranieri le situazioni giuridiche soggettive inerenti alla persona e, come tali fondamentali, riduce la differenziazione al quel nucleo di posizioni soggettive, che più strettamente attengono al rapporto di appartenenza ad uno Stato e all'esigenza di garantire beni essenziali alla sua sicurezza o al suo ordine pubblico⁹.

Altri autori, invece, distinguono tra libertà costituzionali riferite esclusivamente ai cittadini (inerenti ai diritti politici), che si estenderebbero a

estesa oltre l'ambito dei titolari della cittadinanza, e che l'Italia non risulti vincolata ad alcuna norma internazionale consuetudinaria o pattizia che le imponga l'estensione di tale garanzia, afferma come l'esclusione del non-cittadino dalle scelte d'indirizzo politico del Paese altro non sia che «un limite connaturale e consustanziale della condizione giuridica dello straniero».

⁷In tal senso, fatta eccezione per le situazioni che concernono lo *status civitatis*, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 51 ss.; ID., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 32. Inoltre, v. S. CASSESE, *Il diritto di stabilimento nel trattato istitutivo della CEE*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1954, 307 ss.; M.R. SPASIANO, *Principi sull'immigrazione*, e C. BARBATI, *La disciplina dei flussi migratori: debolezze di sistema e debolezze di contesto*, entrambi in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAIITA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Soveria Mannelli, 2009, 9 ss.

⁸C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit.

⁹D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, cit., 120.

tutti indistintamente (come, ad es., l'art. 24 Cost.), e le libertà da cui lo straniero non è astrattamente escluso, ma che potrebbe esercitare soltanto se espressamente previsto dal legislatore, ai sensi dell'art. 10, c. 2, Cost.¹⁰.

Tuttavia, siffatte posizioni dottrinali sono state sottoposte a revisione critica da parte di chi non condivide il tentativo di ricostruire la condizione dello straniero alla stregua di uno *status*, a cui si collegano schematicamente diritti e doveri, senza tenere conto che, invece, anche dinanzi all'astratto riconoscimento in capo allo straniero di una posizione giuridica soggettiva, il legislatore conserva, comunque, un certo margine di discrezionalità nel disciplinarne i modi di esercizio, nonché le garanzie, determinando, spesso, irragionevoli discriminazioni¹¹.

Si è, perciò, al riguardo proposta una diversa soluzione in merito alle ragioni che potrebbero legittimare scelte legislative differenziate, che si fonda sull'idea che il riferimento testuale di talune libertà ai cittadini non implicherebbe la totale esclusione del non cittadino dalla titolarità delle stesse, quanto piuttosto la rilevanza attribuita al rapporto tra individuo e comunità sociale, affettiva, politica ed economica, che la cittadinanza esprime¹². In questo senso, quindi, l'estensione ai non cittadini dei diritti costituzionali riferiti ai cittadini sarebbe legittimata in virtù di una valutazione bilanciata e ragionevole della situazione soggettiva specifica dell'individuo rispetto al legame stabilito con la comunità territoriale di riferimento¹³, che tenga conto, inoltre, dell'impatto che il riconoscimento di tali libertà produce su altre libertà costituzionali.

Questa impostazione appare quella più coerente con il disegno complessivo dell'ordinamento costituzionale, e con il rilievo della persona

¹⁰ G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, II, Padova, 1966, 66 ss.

¹¹ M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 158.

¹² Il concetto di cittadinanza, in altri termini, esprimerebbe, secondo H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, 1966, New York, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. Torino, 2004, 410, il "diritto ad avere diritti", ovvero il diritto di appartenere ad una comunità. Tale concetto è stato ripreso e sviluppato da S. BENHABIB, *Transformations of Citizenship. Dilemmas of the Nation State in the Era of Globalization*, 2001, Amsterdam.

¹³ Al riguardo osserva M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Roma-Bari, 2008, 68, che i non cittadini, quando svolgono un lavoro socialmente necessario e sono profondamente inseriti nel sistema legale del paese in cui risiedono, «dovrebbero potersi considerare come una componente politica, futura e potenziale (...) ed essere in possesso di quelle libertà civili fondamentali il cui esercizio è un'importante preparazione al voto e alle cariche pubbliche».

quale centro d'imputazione dei diritti e delle libertà riconosciute. Nella prospettiva accolta, inoltre, anche il principio di uguaglianza è destinato a "svolgere" un ruolo decisivo nella definizione del trattamento giuridico degli immigrati, sia perché, sulla base dell'enunciato di cui all'art. 3 Cost., la Corte costituzionale ha affermato che, quando si tratta di diritti fondamentali, stranieri e cittadini hanno diritto allo stesso trattamento giuridico¹⁴, sia perché l'applicazione del principio di uguaglianza, letteralmente riferito ai cittadini, costituisce essa stessa una implicazione della prospettiva personalistica, che consente di accedere ad una più ampia accezione di cittadinanza, ovvero quella fondata sul rapporto tra l'individuo e "le formazioni sociali" in cui si svolge la sua personalità.

Si che l'adesione alla riferita ricostruzione induce a ritenere che l'art. 10 Cost. debba essere interpretato in virtù di una lettura combinata dei c. 2 e 3, che valorizzi il vincolo solidaristico, di cui questa stessa norma sembra rappresentare un ulteriore manifestazione.

In quest'ordine di idee, quindi, la funzione riservata al legislatore dall'art. 10, c. 2, Cost. non dovrebbe essere intesa solo nel senso di stabilire discrezionalmente le situazioni giuridiche da intestare agli stranieri, ma, piuttosto, nella più ampia accezione di garantire anche al non cittadino il riconoscimento di posizioni soggettive essenziali all'affermazione e alla tutela della sua personalità.

In altri termini, la riserva di legge "rinforzata" ex art. 10, c. 2, Cost., in armonia con la previsione di cui al c. 3, che garantisce a ciascun individuo l'effettivo esercizio delle libertà democratiche tutelate dalla Costituzione, andrebbe ancorata alla necessità di fondare la pari dignità sociale non già su posizioni soggettive astratte e formali, quanto piuttosto su situazioni specifiche, che tengano conto del particolare legame che intercorre tra individuo e comunità di riferimento, da valutare sulla base di una ragionevole ponderazione degli interessi sostanziali su cui sono destinate ad incidere le scelte legislative¹⁵.

¹⁴ C. Cost., sent. n. 120/1967. La delimitazione dell'operatività del principio di uguaglianza ai diritti fondamentali incontra alcune obiezioni critiche da parte di chi rileva la difficoltà di individuare un netto discrimine tra diritti fondamentali e altre posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, oltre al fatto che anche nell'ambito dei diritti fondamentali la Corte costituzionale ritiene di operare una distinzione tra quelli estensibili agli stranieri e quelli esclusi (come ad esempio i diritti politici). In tal senso M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 166-168.

¹⁵ A favore di una lettura sistematica degli artt. 2, 3 e 10 Cost. è M. LUCIANI, *Cittadi-*

2. *Segue: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*

Un rilevante contributo alla definizione dello statuto costituzionale dello straniero è stato offerto anche dalla Corte costituzionale, secondo cui la cittadinanza è un criterio che ben può essere posto alla base di opzioni legislative, che prevedano trattamenti differenziati nei confronti degli stranieri.

In questa prospettiva, la Consulta, pur ribadendo il principio in virtù del quale l'art. 3 Cost., letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 10 Cost., debba applicarsi anche allo straniero quando si tratta di proteggere i diritti fondamentali, ha, però, specificato che possono essere estese al non cittadino solo le garanzie costituzionali, che si riferiscono ai diritti inviolabili della personalità, poiché «l'uguale titolarità nei diritti non esclude la sussistenza di differenza di fatto e di posizioni giuridiche tali da giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti»¹⁶.

Al riguardo, va rilevato che la Consulta, nel sindacare le scelte legislative che differenziano il trattamento giuridico degli stranieri da quello riservato ai cittadini, si è avvalsa spesso del criterio della ragionevolezza, senza distinguere tra diritti inviolabili ed altre situazioni oggettive. Ciò è avvenuto, ad esempio, in una significativa decisione, in cui i giudici costituzionali hanno dichiarato l'incostituzionalità della legge regionale della Lombardia, che, nel prevedere la gratuità del trasporto pubblico per gli invalidi residenti, non includeva anche gli stranieri¹⁷. In questa specifica

ni e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana, cit., 216, il quale rileva il rischio che un'interpretazione rigida dell'art. 10 Cost., secondo cui la legge che regola la condizione giuridica dello straniero non debba far altro che riprodurre quanto viene disposto dalle norme internazionali, implicherebbe il rischio di una paradossale estensione agli stranieri di diritti fondamentali non riconoscibili al cittadino italiano. L'esempio riportato dall'a. è quello del diritto di proprietà, che ai sensi dell'art. 1 Protocollo addizionale della CEDU è qualificato come "fondamentale".

¹⁶C. Cost., sent. n. 104/1969. Al riguardo, secondo M. LUCIANI, *op.cit.*, la delimitazione dell'operatività dei diritti fondamentali non costituisce un danno ai non cittadini, poiché il novero dei diritti ad essi riconosciuti sarebbe comunque ampissimo. L'a. rileva, inoltre, che il criterio enunciato dalla Corte implica, quale ulteriore vantaggio per lo straniero, che la «garanzia dei diritti dello straniero si fonda saldamente sulla Costituzione italiana, mentre il diritto internazionale – di per sé inadeguato a fornire una garanzia ad ampio spettro – entra in gioco nella sola misura in cui è richiamato da quella». In senso critico, invece, v. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit.

¹⁷C. Cost., sent. n. 432/2005.

ipotesi, infatti, la pronuncia della Corte non ha fatto leva sul diritto alla salute o sul diritto all'assistenza sociale, né ha chiarito se il trasporto pubblico locale costituisca o meno un diritto fondamentale, limitandosi a stabilire che la gratuità della prestazione, laddove sia prevista, debba essere estesa a tutti i residenti, anche non-cittadini¹⁸.

Tuttavia, il riferito orientamento giurisprudenziale si è gradualmente evoluto verso una maggiore garanzia del diritto alla parità sociale, tra stranieri e cittadini, come emerge, ad esempio, da una successiva sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la legge regionale del Friuli Venezia Giulia (l.r. 30 dicembre 2009, n. 24) per aver limitato l'accesso al beneficio del sistema integrato di interventi e servizi sociali regionali solo «ai cittadini comunitari residenti da almeno trentasei mesi». La Consulta, nel caso in esame, ha rilevato che detta esclusione «non risulta rispettosa del principio di uguaglianza in quanto introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitraria, non essendovi alcuna ragionevole correlatività tra quelle condizioni positive di ammissibilità al beneficio (cittadinanza europea congiunta alla residenza protratta da almeno trentasei mesi, appunto) e gli altri peculiari requisiti (integrabili da situazione di bisogno e di disagio riferibili direttamente alla persona in quanto tale)». Sulla base di tali considerazioni, si è, dunque, sottolineato che tali condizioni «costituiscono il presupposto di fruibilità di provvidenze che, per la loro stessa natura non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale»¹⁹.

Una più approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale²⁰ mette in luce, poi, un diverso apprezzamento della Corte in merito all'ampiezza

¹⁸ Analogamente la C. Cost., sent. n. 454/1998, aveva esteso ai lavoratori extracomunitari il diritto di iscrizione alle liste di collocamento. La sentenza è stata commentata da P. BONETTI, *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 1998, 3772 ss.

¹⁹ C. Cost., sent. n. 40/2011.

²⁰ In argomento, v. G. CORSO, *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

della discrezionalità legislativa in materia di immigrazione, da cui emergerebbe il riconoscimento al legislatore di una maggiore libertà nel disciplinare i requisiti per l'ingresso e per il soggiorno degli stranieri, pur considerando i limiti imposti dal diritto di asilo *ex art. 10, c. 3 Cost.*, dal diritto consuetudinario, nonché dai trattati internazionali.

Con riferimento alle condizioni di ingresso e di soggiorno, la Corte costituzionale, come si è detto, ha più volte ribadito che la disciplina in materia, anche in ragione della pluralità degli interessi pubblici coinvolti, è ispirata ad ampia discrezionalità, essendo limitata soltanto dal vincolo che «*le scelte del legislatore non risultino manifestamente irragionevoli*»²¹. Si che la Consulta, forse condizionata da una visione ancora incentrata sul controllo di polizia – e, perciò, poco sensibile alla rischio di una limitazione dei diritti fondamentali²² –, è, spesso, ricorsa ad interpretazioni costituzionalmente conformi volte, comunque, a preservare la normativa contestata²³. In questa ottica si collocano, ad esempio, quelle decisioni, che hanno dichiarato infondate le questioni di illegittimità costituzionale, sollevate in relazione alle norme che prevedono come reato il compimento di «atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadino o non ha titolo di residenza permanente»²⁴. Allo stesso modo sono state respinte le censure di illegittimità costituzionale nei riguardi della norma, che esclude la possibilità di rinnovo del permesso di soggiorno a favore degli stranieri condannati, con pena patteggiata, per il reato in materia di stupefacenti; nonché, analogamente, sono state ritenute conformi al dettato costituzionale le previsioni

²¹ C. Cost., sentt. nn. 62/1994, 206/2006, 148/2008, corsivo aggiunto.

²² Secondo l'impostazione di O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato di diritto amministrativo*, di V.E. ORLANDO, Milano, 1900, 1000, lo Stato, al tempo, avrebbe goduto di un'ampia discrezionalità sulla determinazione delle condizioni di ingresso e di soggiorno, ritenendosi ammissibili anche le restrizioni disposte per ragioni diverse dalla tutela dell'ordine pubblico. Osserva, infatti, l'a., che lo Stato avrebbe potuto proibire l'immigrazione a determinate categorie di stranieri e «ordinare l'espulsione di quelli già stabiliti, per motivo che tale immigrazione sarebbe superiore alle forze economiche del paese; o perché la natura e i costumi nazionali degli immigrati, troppo diversi da quelli del paese farebbero di essi o ne fanno già un gruppo a sé, separato dalla polizia locale, causa di dissidi con la medesima».

²³ Sull'interpretazione conforme della Corte costituzionale v., in senso critico, G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 129.

²⁴ C. Cost., sent. n. 21/2009.

che puniscono con l'arresto da sei mesi ad un anno lo straniero che, «senza giustificato motivo», contravviene all'ordine del questore di lasciare il territorio italiano²⁵.

La Consulta, invero, muovendo dalla premessa che l'art. 16 Cost. riconosce solo ai cittadini la libertà di circolazione e di soggiorno, ritiene che il legislatore possa regolare la condizione giuridica dello straniero, tenendo conto «della ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione, e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario»²⁶.

Per tali ragioni, è stato ritenuto legittimo il potere di revocare in ogni momento il permesso di soggiorno dello straniero e di limitarne la libertà di circolazione, sul rilievo che soltanto il cittadino «ha diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo». Ed invero, per la Corte costituzionale, lo straniero «non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile»²⁷.

²⁵ C. Cost., sent. n. 5/2004.

²⁶ C. Cost., sent. n. 148/2008.

²⁷ C. Cost., sent. n. 244/1974. Sulla natura discrezionale della revoca, in passato, si era espresso il Cons. St., Sez. VI, sent. n. 208/1952, ritenendo che tale provvedimento non avrebbe il carattere sanzionatorio che «presenta invece l'espulsione da parte del Ministero dell'interno (...) né riveste carattere d'urgenza come i provvedimenti di allontanamento adottati dal Prefetto». In senso contrario v. G. BISCOTTINI, *La revoca del permesso di soggiorno degli stranieri*, in *Riv. dir. intern.*, 1957, 432 ss., il quale, al tempo, riteneva che il visto consolare costituisse un permesso di soggiorno avente natura di provvedimento concessorio e che, una volta acquisito il suddetto titolo di soggiorno, lo straniero diventasse titolare di «un vero e proprio diritto di subiettivo ad entrare nel territorio dello Stato e da permanervi nei limiti di tempo e con le modalità fissate dall'atto e dalle norme che lo regolano». Sì che, secondo tale interpretazione, il permesso di soggiorno poteva essere revocato «esclusivamente nelle due forme dell'espulsione (o meglio delle espulsioni) e del rimpatrio, alle quali si può addivenire nelle forme e con i modi previsti dalla legge». Sulla distinzione tra il visto di polizia alla frontiera e visto consolare v. ID., *L'ammissione ed il soggiorno dello straniero*, cit., 147 ss. Sui profili di illegittimità della revoca del permesso di soggiorno, nel contesto normativo internazionale, vedi, invece, L. VON BAR, *L'expulsion des étrangers*, in *Journal du droit international privé*, 1886, 5 ss.

Tale discrezionalità legislativa incontra, tuttavia, il limite della non manifesta irragionevolezza e quella della necessità di garantire anche agli stranieri il rispetto del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali della persona²⁸. In base a tali considerazioni, la giurisprudenza costituzionale ha, ad esempio, mostrato particolare sensibilità nel garantire la tutela del diritto alla salute, nel suo nucleo duro e incompressibile²⁹, come ambito inviolabile della dignità umana rispetto al quale le ragioni perseguite dalla disciplina delle espulsioni del TUI sono destinate a recedere. In altri termini, questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute, quale diritto fondamentale della persona, deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, ed «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto»³⁰.

Nel tempo, la giurisprudenza costituzionale ha, poi, mostrato una apertura sempre maggiore verso la tutela di quelle pretese soggettive finalizzate a realizzare quei bisogni primari della persona, funzionali all’effettiva tutela della dignità umana. In tale prospettiva è interessante la posizione assunta dalla Consulta nei confronti di alcune leggi regionali volte ad ampliare l’ambito dei soggetti destinatari di interventi a favore dell’inclusione sociale, economica e culturale, estendendolo anche gli stranieri in posizione irregolare. Una delle questioni decise dalla Corte costituzionale

²⁸ In senso conforme v. anche C. Cost. sentt. nn. 199/1986, 219/1995, 148/1998.

²⁹ Sui diritti fondamentali degli immigrati si rinvia all’autorevole contributo di M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it. Più in generale, sui diritti sociali come diritti fondamentali v. L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei diritti sociali come diritti fondamentali iscritti nel perimetro della sovranità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 657 ss. C. VENTIMIGLIA, *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell’autorità*, Roma, 2013. In particolare sul diritto alla salute degli stranieri, v. S. D’ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell’ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di) *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*. vol. 1, 79-102, Napoli; A. ZITO, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *Diritto dell’immigrazione e diritti dei migranti*, *Atti del convegno internazionale, Nuove autonomie*, n. 2-3/2013, 225 ss. Sul diritto alla salute, in generale, v. R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513 ss.

³⁰ C. Cost., sent. n. 252/2001; in senso conforme, v. sentt. nn. 509/2000, 309/1999 e 267/1998.

ha riguardato, ad esempio, la legge regionale della Campania n. 6/2010, che era stata impugnata dal Governo, in quanto, prevedendo che i servizi di inclusione e le azioni disposte in tal senso dalla legge fossero destinati agli stranieri, senza escludere espressamente quelli irregolarmente soggiornanti, avrebbe violato i principi del TUI, incidendo sulla disciplina di ingresso e di soggiorno riservata alla esclusiva potestà legislativa dello Stato. Ebbene, la Consulta, nel rigettare le censure, dichiarandole inammissibili e infondate, ha stabilito un principio fondamentale, secondo cui «l'intervento pubblico concernente gli stranieri non può limitarsi al mero controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stessi ma deve necessariamente considerare altri ambiti – dall'assistenza sociale all'istruzione, dalla salute all'abitazione – che coinvolgono molteplici competenze normative (...) tanto più che lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce alla persona»³¹. Sì che, conclude la Corte, «la asserita necessità di uno specifico titolo di soggiorno per fruire dei servizi sociali, rappresenta una condizione restrittiva, che in tutta evidenza, si porrebbe (dal punto di vista applicativo) in senso diametralmente opposto a quello indicato da questa Corte, i cui ripetuti interventi sono venuti ad assumere incidenza generale ed immanente nel sistema di attribuzione delle relative provvidenze»³².

Per quanto riguarda la disciplina in materia di espulsione, la Consulta ha specificato, invece, che l'inviolabilità dei diritti fondamentali non osta alla previsione di provvedimenti restrittivi, finalizzati ad assicurare l'effettività del potere dello Stato di allontanare lo straniero irregolare. Pertanto, non configurerebbe una ingiusta discriminazione la circostanza che taluni provvedimenti possano avere come destinatario specifico il non cittadino, atteso che, in virtù di quanto sancito dall'art. 16 Cost., la libertà di circolazione e di soggiorno sarebbe riferita ai cittadini, costituendo la non cittadinanza uno dei presupposti che legittima l'adozione di misure di allontanamento³³.

³¹ C. Cost., sent. n. 61/2011.

³² *Ibidem*.

³³ Sul rapporto con il territorio come l'elemento principale a cui resta saldamente ancorata la distinzione tra cittadino e non cittadino, nel senso che al primo, e non anche al secondo, spetta il diritto di risiedere e di permanere nel territorio dello Stato, v. G.U. RE-SCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 41,

Tuttavia, dopo aver ammesso la compatibilità con il dettato costituzionale delle norme che limitano la libertà personale dello straniero, la Consulta si è soffermata sul problema della disparità di trattamento derivante dall'applicazione delle misure espulsive. In questa direzione, la Corte ha chiarito che il carattere universale dei diritti umani prevale sulla cittadinanza, almeno limitatamente alla sfera delle libertà, poiché «i diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica ma in quanto esseri umani» e che la condizione giuridica dello straniero «non deve essere pertanto considerata come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi»³⁴.

In particolare, si sono registrate significative pronunce volte a ribadire che eventuali misure restrittive possono ritenersi legittime se supportate da quelle garanzie “oggettive”, che la Costituzione prevede nelle medesime circostanze, quali, ad esempio, la riserva di giurisdizione, *ex art. 13 Cost.*, e il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*³⁵.

La questione si è posta soprattutto con riferimento alle modalità attuative dei provvedimenti espulsivi, la cui disciplina, fino alla l. n. 106/2002 (modificata successivamente dalla l. n. 271/2004, che ha inserito i c. 5 *bis*, e 5 *ter*, all'art. 13, d.lgs. n. 286/1998), non prevedeva la subordinazione dell'efficacia dell'accompagnamento coattivo alla frontiera disposto dal questore alla convalida di un giudice. Ciò ha spinto la Corte costituzionale, in una significativa decisione, ad estendere la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, c. 2, Cost. – prevista ai sensi dell'art. 14, c. 2, TUI solo per la convalida del trattenimento dello straniero negli appositi centri temporanei – anche al provvedimento di accompagnamento, confermando quanto già espresso in precedenza, e cioè che le garanzie costituzionali, come la libertà personale e la tutela giurisdizionale, sono riconosciute a tutti, cittadini e stranieri, «non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»³⁶. Inoltre, la

secondo cui il diritto di risiedere in un determinato territorio è inalienabile ed incompromissibile, e costituisce il nucleo duro di quelle posizioni giuridiche soggettive riconducibili al possesso della cittadinanza.

³⁴ C. Cost., sent. n. 245/2011.

³⁵ Per ulteriori approfondimenti v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 220-221.

³⁶ C. Cost., sent. n. 105/2001. La sentenza, senza travolgere la disciplina contestata, ha affermato, inoltre, un principio molto importante, successivamente ripreso anche nel

Corte nel puntualizzare tali principi, ha evidenziato che l'art. 13, c. 2, Cost. impone «una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida: un controllo che non può fermarsi ai margini del procedimento di espulsione, ma deve investire i motivi che hanno indotto l'amministrazione precedente a disporre quella peculiare modalità esecutiva dell'espulsione – l'accompagnamento alla frontiera – che è causa immediata della limitazione della libertà personale dello straniero e insieme fondamento della successiva misura del trattenimento»³⁷.

Sul fronte del diritto di difesa, su cui, tuttavia, si tornerà più approfonditamente nel capitolo successivo, meritano di essere ricordate, in particolare, due decisioni. La prima ha stabilito che il giudizio di convalida dell'espulsione debba svolgersi in contraddittorio e con le garanzie della difesa, e in un momento antecedente alla esecuzione del provvedimento di accompagnamento³⁸. La seconda ha dichiarato incostituzionale la previsione dell'obbligatorietà dell'arresto per il reato di ingiustificato trattenimento sul territorio dello Stato, attuato in violazione dell'ordine di allontanamento del questore, ritenendo la misura contestata una «limitazione “provvisoria” della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale e, perciò, inutilmente lesiva della libertà»³⁹.

2004, secondo cui la riserva di giurisdizione *ex art. 13, c. 2, Cost.*, implica che il giudice possa realizzare un controllo pieno ed effettivo, e non un riscontro meramente formale. Sul punto, v. G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, 839 ss. I principi espressi nella sent. n. 105/2001 sono stati recentemente ribaditi in una recente decisione, C. Cost., sent. n. 275/2017, con cui la Consulta ha “intimato” il legislatore ad intervenire sul regime giuridico dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, *ex art. 10, c. 2, TUI*, al fine di introdurre una disciplina conforme all'art. 13, c. 3, Cost. Rileva la Corte, infatti, che tale provvedimento, per la sua natura urgente, deve essere eseguito con immediatezza, comportando una restrizione della libertà personale dello straniero, specificamente tutelata dalla Costituzione con la garanzia di cui all'art. 13, c. 3, Cost.

³⁷ C. Cost., sent. n. 105/2001.

³⁸ C. Cost., sent. n. 222/2004, (che riprende i principi espressi nella precedente sent. n. 105/2001).

³⁹ C. Cost., sent. n. 223/2004.

3. La dimensione sostanziale della cittadinanza europea e l'incidenza sulla estensione dei diritti fondamentali agli stranieri extracomunitari

La riferita connessione tra territorio e cittadinanza sembra emergere, inoltre, anche con riferimento alla nozione di cittadinanza europea, quale naturale sviluppo della libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuta ai cittadini di uno Stato membro⁴⁰.

Il processo di integrazione europea, infatti, ha eroso notevolmente la sovranità statale in ordine al controllo dei confini territoriali, nella misura in cui, elevando la libertà di circolazione dei soggetti appartenenti ad uno dei paesi dell'Unione a diritto fondamentale, ha imposto agli Stati membri di rinunciare al rapporto di esclusività, che intercorre tra cittadini e territorio⁴¹.

La graduale affermazione del valore giuridico della cittadinanza europea emerge chiaramente pure nell'interpretazione accolta dalla Corte di Giustizia delle norme della parte seconda del TCE, che ha spinto a riconoscere ulteriori diritti anche ai soggetti provenienti dai paesi "terzi". In particolare, le sentenze più rilevanti sono state quelle, che, nel far leva sul principio di non discriminazione collegato alla cittadinanza europea, hanno riconosciuto ai cittadini degli Stati membri diritti che il Trattato non collega alla stessa. Uno dei casi più significativi è rappresentato dalla sentenza "*Grzelczyk*", in cui i giudici comunitari hanno riconosciuto ad un cittadino dell'Unione, iscritto presso l'Università di uno Stato membro diverso da quello di origine, il diritto di ottenere gli stessi benefici che l'ordinamento del paese ospitante disponeva a favore dei cittadini, ritenendo ingiustificata un'esclusione da tale beneficio dello studente dipendente dalla condizione di "non cittadino". In particolare, nella decisione in oggetto, si è affermato chiaramente che «lo status di cittadino

⁴⁰ V. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995, 400 ss. e 186, che evidenzia il superamento della tesi, di G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, 11 ss., secondo cui il valore giuridico del territorio è che esso identifica lo spazio in cui agisce il potere statale. Tale tesi venne recepita in Italia da S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 171.

⁴¹ M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 819 ss.

dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico»⁴².

Il riferito orientamento giurisprudenziale è stato, poi, ulteriormente sviluppato fino a ritenere che una persona, qualora disponga di un valido titolo di soggiorno, possa avvalersi del diritto di non discriminazione fondato sulla cittadinanza, affinché le sia accordato il beneficio di una prestazione disposta dall'ordinamento dello Stato ospitante⁴³.

Il riconoscimento del rilievo giuridico della cittadinanza europea, nell'interpretazione accolta dalla Corte di Giustizia, nel rafforzare il valore sostanziale della cittadinanza fondata sul collegamento territoriale tra un soggetto e la comunità di riferimento, ha portato ad un ampliamento della categoria delle libertà fondamentali, favorendo, come sia avrà modo di chiarire meglio in seguito, l'estensione dei diritti civili e sociali anche agli immigrati di paesi "terzi". Infatti, la tutela della libertà di circolazione dei cittadini comunitari ha inciso sulla situazione soggettiva degli extracomunitari, come emerge dal *favor* che caratterizza la disciplina per il ricongiungimento familiare di questi ultimi.

Invero, tanto l'esigenza di assicurare un effettivo controllo del territorio, indebolito dalla inevitabile elasticità delle zone di frontiera, a cui ha contribuito anche la creazione di un spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia, quanto la necessità di riconoscere anche ai residenti taluni dei diritti riconosciuti ai cittadini⁴⁴, costituiscono dei significativi mutamenti, di cui occorre tener conto nella definizione dei rapporti giuridici tra un soggetto e lo Stato in cui risiede⁴⁵.

⁴² C. Giust. C-184/99, *Grzelczyk* (§1).

⁴³ C. Giust., C-456/02, *Trojani*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2897 ss., con nota di M. MIGLIORANZA, *Libera circolazione, diritto a prestazioni sociali dei cittadini europei e diritto derivato di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi*.

⁴⁴ S. CASSESE, *Lo Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2016, 331 ss.

⁴⁵ M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur.*, 1995, 3, secondo cui «l'obiettivo fondamentale delle norme sulla cittadinanza dell'Unione sembra essere quello di equiparare gli stranieri-comunitari residenti ai cittadini dello Stato ospitante, in ordine al godimento di alcuni diritti». Secondo B. NASCIMBENE, *Brevi rilievi in tema di diritti fondamentali, cittadinanza e sussidiarietà nel trattato sull'Unione europea*, in *Dir. scambi in-*

Inoltre, le limitazioni alla sovranità esclusiva, cedevole rispetto a norme e istituzioni che gli Stati stessi hanno contribuito a creare e alle quali sono sottoposti, dovrebbero indurre ad un ulteriore ampliamento dei diritti riconoscibili agli stranieri, secondo un prisma diverso da quello della cittadinanza, che non li riconduca alla legge nazionale, quanto piuttosto alle norme e ai trattati sovranazionali sui diritti universali dell'uomo⁴⁶.

Il nuovo costituzionalismo "internazionale", a cui hanno dato vita le convenzioni internazionali, ha, infatti, rafforzato la dimensione universalistica dei diritti dell'uomo⁴⁷, affiancando ai classici divieti di discriminazione, fondati sulla diversità di razza, lingua, religione, ecc., quello legato alla cittadinanza⁴⁸.

In questo senso, allora, la tutela dei diritti umani implica una distribuzione delle libertà fondamentali, che non sia più fondata (solo) sulla cittadinanza, ma anche sulla territorialità⁴⁹.

Ciò, in quanto, la cittadinanza, come si è visto, non esprime in modo

tern., 1994, 233 ss., la cittadinanza europea privilegia il criterio della territorialità rispetto a quello dello *status civitatis*, per favorire l'integrazione dello straniero nella comunità politica e sociale di riferimento. Più in generale, sulla condizione giuridica dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, v. ID., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984.

⁴⁶ V. S. BADEVANT, *Etranger*, in A. DE LAPRADELLE e J.P. NIBOYET, *Repertoire de droit international*, Paris, 1930, 5 ss.

⁴⁷ Cfr. art. 2 della Dichiarazione Universale dei diritti; art. 2, par. 1, del Patto internazionale (New York, 1966) relativo ai diritti civili e politici; art. 14 della Convenzione europea (Roma, 1950) per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)

⁴⁸ V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *archivio.rivistaaic.it*.

⁴⁹ In tal senso M. WALZER, *op. cit.*, 69, il quale, facendo leva sulla giustizia politica, ritiene che «i processi di autodeterminazione attraverso i quali uno Stato democratico organizza la propria vita interna devono essere aperti, in misura uguale, a tutti gli uomini e a tutte le donne che vivono sul suo territorio, lavorano nell'economia locale e sono soggetti alla legge locale». Sulla "superiore legittimità" del criterio territoriale rispetto a quello della cittadinanza, v. M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 18, il quale nel distinguere la cittadinanza formale dalle "nuove forme di cittadinanza" che si stanno diffondendo, pone a confronto il modello di libertà "tedesca", ove è comunque lo Stato ad essere anteposto alle libertà, con il modello anglo-americano, secondo cui il criterio di distribuzione delle libertà fondamentali si fonda sulla territorialità, e non sulla cittadinanza formale. V. anche, ID., *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni cost.*, n. 1/2017, 41 ss.

definitivo il legame tra il soggetto e la comunità territoriale e le relative istituzioni, rappresentando un semplice indice che può essere superato in favore dell'emersione di altri criteri di collegamento, come è dimostrato dalla norma sull'estensione dell'obbligo del servizio militare, che può essere intesa alla stregua di un'ulteriore implicazione del vincolo solidaristico previsto dall'art. 2 Cost. a tutela della formazioni sociali in cui l'individuo sviluppa la propria personalità.

In questa accezione "antropocentrica"⁵⁰, la cittadinanza finisce, dunque, per manifestarsi e coincidere con l'esercizio di diritti costituzionali, configurando un rapporto che trascende la tradizionale e formalistica relazione Stato-individuo⁵¹.

4.1. La tutela giuridica dei vincoli affettivi, sociali ed economici in funzione del riconoscimento della libertà di soggiorno nella disciplina del d.lgs. n. 286/1998 (TUI)

La riferita possibilità di intendere la cittadinanza quale insieme di rapporti giuridici, che un soggetto costituisce in un determinato contesto territoriale, ovvero quale condizione soggettiva definita in relazione alla comunità sociale, affettiva ed economica di riferimento, sembra trovare un esplicito riconoscimento normativo nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che disciplina l'immigrazione e la condizione giuridica dello straniero (Testo Unico Immigrazione).

Innanzitutto, in questa direzione, viene in rilievo l'art. 2, c. 1, TUI, secondo cui 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»⁵². In riferimento a tale disposizione, la Corte costituzionale, richiamando il combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost., ha chiarito che la parità di trattamento tra stranieri e cittadini induce «a ritenerli parte di una comunità di diritti, la partecipazione alla quale ben può giustificare la sot-

⁵⁰ In tal senso, vedi le riflessioni di G. BERTI, cit.

⁵¹ M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit.

⁵² Sui diritti fondamentali riconosciuti allo straniero v. G. D'AURIA, *Immigrazione (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2885-2886.

toposizione a doveri funzionali alla sua difesa»⁵³. Una comunità, quindi, «più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 cost., là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»⁵⁴.

L'ipotesi, secondo cui la condizione giuridica dello straniero possa essere definita in virtù dell'appartenenza ad una determinata comunità territoriale, si conferma anche alla luce del successivo c. 4 dell'art. 2 TUI, in base al quale 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».

La norma sembrerebbe, infatti, avallare quel processo di graduale indebolimento del valore della cittadinanza quale indice formale del legame tra soggetto e territorio, da cui discendono diritti e doveri, mirando a riconoscere agli stranieri la stessa posizione soggettiva dei cittadini, in ragione del rapporto che questi hanno instaurato con la comunità di riferimento e con le relative istituzioni.

In quest'ottica vanno intese, quindi, anche quelle disposizioni volte ad estendere agli stranieri alcuni diritti politici⁵⁵, come l'accesso ai pubblici uffici, che in passato erano riservati in via esclusiva ai cittadini, e che oggi, viceversa, possono essere esclusi dal novero delle posizioni soggettive riferibili agli stranieri solo con riferimento a posizioni dirette ad implicare l'esercizio di poteri pubblici o la tutela di interessi generali dello Stato, rilevando in tali casi il rapporto di solidarietà e di lealtà alla base del vincolo di cittadinanza⁵⁶.

⁵³ C. Cost., sent. n. 454/1998. In tema, G. BASCHERINI, *Verso una cittadinanza sociale?*, in *Giur. cost.*, 1999, 381 ss.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. CONTIERI, *Cittadinanza amministrativa e diritto di voto: dall'uguaglianza nei diritti sociali alla difficile affermazione di un modello condiviso di accoglienza*, in *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, in corso di pubblicazione.

⁵⁶ C. Giust., C-149/79, *Commissione c. Belgio*, secondo cui «l'estendere l'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, a posti i quali, pur dipendendo dallo Stato o da altri enti pubblici, non implicano tuttavia alcuna partecipazione a compiti spettanti alla pubblica ammini-

E, sempre su questa linea, la Corte costituzionale è giunta a confermare la legittimità tanto della norma che assoggetta agli obblighi militari l'apolide residente⁵⁷, quanto di quella che, nel disciplinare l'assunzione obbligatoria degli invalidi civili, non assegna alcuna rilevanza alla condizione di cittadino, potendo, perciò, tale beneficio essere riconosciuto anche allo straniero⁵⁸. In particolare, nella prima pronuncia in esame, la Corte, pur ritenendo che l'obbligo del servizio militare di cui all'art. 52 Cost. è riferito espressamente al cittadino, ha sottolineato che tale collegamento vada inteso nel senso «di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale»⁵⁹. Nella seconda pronuncia richiamata, la Consulta è, invece, ricorsa ad una interpretazione conformativa di rigetto, in base alla quale, «una volta che i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso di soggiorno rilasciato a tale scopo o di altro titolo che consenta di accedere al lavoro subordinato nel nostro paese, e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani, e così siano iscritti o possano iscriversi nelle ordinarie liste di collocamento (come la legge esplicitamente prevedeva e prevede: cfr. il già citato art. 5, comma 2, della legge n. 943 del 1986; l'art. 9, comma 3, del decreto legge n. 416 del 1989; e oggi gli artt. 22, comma 9, 23, comma 1, 30, comma 2, del testo unico n. 286 del 1998), essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani».

Da queste decisioni sembrano emergere, dunque, rilevanti conferme a sostegno dell'ipotesi che i rapporti costituiti dallo straniero nel contesto sociale, affettivo ed economico di riferimento possono acquisire valore giuridico fino a costituire «l'ossatura di una vera e propria seconda citta-

strazione propriamente detta, avrebbe la conseguenza di sottrarre all'applicazione dei principi del Trattato un numero rilevante di posti e di creare delle disequaglianze fra Stati membri, date le disparità che caratterizzano l'organizzazione dello Stato e quella di determinati settori della vita economica».

⁵⁷ C. Cost., sent. n. 172/1999. In argomento, v. E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss.

⁵⁸ Cfr. l. n. 482/1968, che, secondo l'interpretazione della C. Cost., sent. n. 454/1998, «nell'individuare le categorie che beneficiano della disciplina delle assunzioni obbligatorie, si riferisce fra l'altro agli "invalidi civili" (art. 1, primo comma) senza alcuna limitazione discendente dalla cittadinanza».

⁵⁹ C. Cost., sent. n. 172/1999.