

I DIRITTI DEGLI STRANIERI DI FRONTE AL GIUDICE COSTITUZIONALE ITALIANO
IL RUOLO DELLA QUESTIONE INCIDENTALI NEL COMPLESSO DEL SISTEMA
DI TUTELA DEI DIRITTI^{*}

Laura MONTANARI¹
 Francesco Emanuele GRISOSTOLO²

I. Premessa

L'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa ai diritti degli stranieri impone alcune precisazioni preliminari. Lo straniero può essere definito in negativo come non cittadino, cioè una persona non legata allo Stato italiano dal rapporto di cittadinanza. Tuttavia all'interno di questa categoria generale si possono distinguere almeno quattro figure differenti: i cittadini europei; i cittadini di Paesi terzi soggiornanti regolarmente nel territorio dello Stato; quelli che sono entrati o soggiornano irregolarmente e i richiedenti asilo o meglio, per utilizzare la terminologia europea, richiedenti protezione internazionale. Il diverso *status* determina una diversa ampiezza della garanzia dei diritti, che vede ad un estremo i cittadini europei la cui posizione è assimilabile a quella degli italiani (se non per la limitazione del diritto di voto alle sole elezioni locali) e all'altro gli «stranieri irregolari», ai quali dovrebbe essere garantito un nucleo essenziale di diritti, inteso come dovuto alla persona in quanto tale (ad es. rispetto al diritto alla salute)³.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale – nella prospettiva di riflettere sul ruolo del giudizio incidentale nella protezione dei soggetti vulnerabili – sarà sviluppata prendendo come punto di riferimento le diverse tipologie di diritti, anche se va tenuto a mente che, a fronte del medesimo diritto fondamentale, i diversi *status* dello straniero possono comportare livelli di tutela differenziati.

^{*} Il lavoro prende spunto da due contributi degli autori, rispettivamente: L. MONTANARI, «La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri», *federalismi.it*, numero speciale, 2/2019, pp. 63 ss. e F.E. GRISOSTOLO, «Il giudice costituzionale come custode del diritto alla salute dell'immigrato», in L. MEZZETTI, E. FERIOLI (cur.), *Giustizia e costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, Bonomo, 2018, pp. 727 ss. Il presente elaborato è frutto di una riflessione condivisa, ad ogni modo si devono a Laura Montanari i paragrafi II, V. A, V. C e VI, a Francesco Grisostolo i paragrafi IV e V. B, mentre i paragrafi I, III e le conclusioni vanno attribuiti a entrambi. Gli autori ringraziano la dott. Laura Restuccia per il prezioso aiuto nella raccolta e nella schedatura delle sentenze.

¹ Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine.

² Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Udine.

³ Di «moltiplicazione degli *status*» dello straniero, con particolare riferimento al diritto europeo, parla E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, Padova, Cedam, 2016, pp. 131 ss.

Sempre in via preliminare, va precisato che, anche se il lavoro di analisi giurisprudenziale si concentrerà prevalentemente sul periodo 2000-2019, non si potrà prescindere dal richiamare alcune decisioni risalenti che definiscono la base dell'approccio sviluppato dalla Corte in materia.

II. Norme parametro maggiormente utilizzate o comunque rilevanti per la categoria

La Costituzione italiana contiene alcune disposizioni espressamente dedicate allo straniero, che riguardano tuttavia prevalentemente aspetti relativi al sistema delle fonti: l'art. 10, c. 2 («La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»), che pone l'obbligo del rispetto dei trattati internazionali (al momento dell'adozione della Costituzione unico richiamo al diritto internazionale pattizio), e l'art. 117 relativo alla ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni, dove si stabilisce che spetta esclusivamente alla legislazione statale intervenire in materia di «a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi»⁴. Quest'ultima disposizione è frutto della riforma costituzionale del 2001⁵, che ha anche introdotto all'art. 117, c. 1 una previsione generale che impone il rispetto dei trattati internazionali: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Va segnalato che, di conseguenza, i trattati internazionali, e in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), sono considerati dalla Corte costituzionale come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. Viene così rafforzato il rilievo delle norme di derivazione internazionale, in quanto il diritto interno in contrasto può essere dichiarato incostituzionale ed espunto dall'ordinamento giuridico⁶.

Sul piano sostanziale, vanno ricordati l'art. 10, c. 3 sul diritto di asilo («Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge») e c. 4 sul divieto di estradizione per motivi politici («Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici»)⁷.

4 Sul tema del riparto di competenze v. *infra* par. IV.

5 In realtà, le materie indicate rientrano nella competenza esclusiva statale fin dal riparto di competenze previsto dal testo originario della Costituzione; tuttavia, il «ribaltamento» del criterio di ripartizione delle stesse operato nel 2001 – con l'attribuzione della competenza residuale alle Regioni ex art. 117, comma 4 – ha imposto l'esplicitazione delle materie richiamate nel catalogo delle competenze esclusive statali enumerate al comma 2 del medesimo articolo.

6 Il nuovo art. 117, c. 1, com'è noto, ha trovato per la prima volta applicazione con le famose «decisioni gemelle» (sentt. n° 348 e 349 del 2007), con cui la Corte costituzionale ha ritenuto di dover intervenire per «fare chiarezza» sul rapporto tra le norme derivazione internazionale e il diritto interno, nel momento in cui i giudici comuni stavano seguendo soluzioni differenziate: «Oggi questa Corte è chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa ed istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto» (sent. n° 348, p.to 3.4).

7 Rimane di fondamentale importanza per lo studio degli artt. 10 e 11 della Costituzione il commento di Antonio CASSESE: «Artt. 10-12», in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; sul diritto d'asilo v. per tutti M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007 e Id., «La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione ed attualità», *Quest. Giust.*, 2/2018, pp. 14 ss.

I diritti degli stranieri, quindi, devono essere ricostruiti attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale riferita ad altri articoli della Legge fondamentale⁸. Al riguardo si pone un problema interpretativo, nel senso che le disposizioni sui diritti fanno riferimento in alcuni casi ai cittadini, in altri a tutti, in altri ancora a determinate categorie (es. i lavoratori). La giurisprudenza della Corte costituzionale, sin dalle decisioni più risalenti, è andata oltre il dato meramente testuale affermando nella sentenza n° 120 del 1967, in relazione all'arresto dello straniero, che:

«Il raffronto tra la disposizione contenuta nell'art. 139 della legge doganale, secondo cui deve essere mantenuto nello stato di arresto lo straniero finché non abbia prestato idonea cauzione o malleveria, e l'art. 3 della Costituzione non deve farsi con questa norma, isolatamente considerata, ma con la norma stessa in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione, il primo dei quali riconosce a tutti, cittadini e stranieri, i diritti inviolabili dell'uomo, mentre l'altro dispone che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [quei] diritti fondamentali».

Tale impostazione si è rivelata di speciale importanza proprio perché – grazie al riferimento all'art. 2 che riconosce i diritti inviolabili della persona – ha permesso l'applicazione del principio di eguaglianza, affermato dall'art. 3 per i cittadini, anche rispetto agli stranieri. È stata poi la Corte costituzionale, caso per caso, a verificare se le differenze di trattamento tra cittadini e stranieri fossero ragionevoli, e quindi legittime, o determinassero invece una violazione dei principi costituzionali.

All'interno di questo quadro, vengono quindi in considerazione – quali parametri per la valutazione della legislazione sugli stranieri – i diversi articoli dedicati ai diritti, sia alle libertà individuali, sia ai diritti sociali, con l'unico limite dell'esclusione, come si dirà, dei diritti politici, o meglio, del diritto di voto.

III. Alcuni dati statistici

In relazione allo studio in oggetto, può essere interessante riportare alcuni dati statistici che possono aiutare a comprendere il ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale in questa materia. Come verrà precisato nel prossimo paragrafo, si è scelto di fare un cenno anche al giudizio in via principale, presente nel sistema di giustizia costituzionale italiano. Com'è noto, si tratta di un controllo promosso dallo Stato o dalle Regioni, per la definizione dei rispettivi ambiti di competenza, ma non solo, che incide in maniera significativa anche sui diritti degli stranieri.

Va precisato che, ai fini della predisposizione delle schede che seguono, si sono prese in considerazione tutte le decisioni relative ai giudizi in via incidentale, mentre per quelli in via principale solo le sentenze⁹.

⁸ V. tra i molti G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007; AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, Atti del XXIV Convegno annuale dell'AIC; A. RUGGERI, «Note introduttive a uno studio sui diritti e sui doveri costituzionali degli stranieri», *Rivista AIC*, 2/2011; M. CARTABIA, «Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà», in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR E A. SPADARO (cur.), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 1 ss.; M. SAVINO, «Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità», *Quad. cost.*, 2017, pp. 41 ss.

⁹ Anche in ragione della diversa struttura dei due procedimenti, le ordinanze che concludono i giudizi di legittimità costituzionale in via principale sono numericamente meno rilevanti e si tratta per lo più di pronunce che dichiarano l'estinzione del giudizio.

Anno	n° pronunce in via incidentale	...di cui sentenze	% sul totale delle decisioni in via incidentale	n° sentenze in via principale
2000	9	4	1,9%	-
2001	16	2	4,5%	-
2002	16	-	3,5%	-
2003	9	2	3,6%	-
2004	40	4	13,9%	2
2005	58	3	18,5%	3
2006	23	4	8,3%	4
2007	31	4	9,7%	1
2008	15	4	4,7%	2
2009	11	2	4,9%	-
2010	19	5	9,0%	3
2011	41	3	21 %	3
2012	9	4	6,4%	-
2013	5	2	3,5%	7
2014	5	1	2,9%	2
2015	4	3	2,8%	-
2016	2	-	1,2%	-
2017	5	4	3,2%	-
2018	3	2	2,1%	2
2019	6	4	3,5%	1
Totale	327	34	6,9%	20

Tab. 1 – Pronunce rilevanti in materia di diritti degli stranieri.

Anno	Illegittim. cost.tout court	Manipolativa	Non fondatezza	Interpret. di rigetto	Manifesta infondat.	Inammiss.	Manifesta inammiss.	Restituz. atti/ estinzione
2000	-	1	2	-	5	1	-	-
2001	-	-	2	1	12	-	3	-
2002	-	-	-	-	11	-	6	1
2003	-	1	-	1	-	1	5	2
2004	-	2	2	-	6	-	8	25
2005	1	-	1	-	3	-	18	33
2006	-	-	2	-	8	4	12	4
2007	-	2	1	-	3	2	16	8
2008	-	2	2	-	2	1	8	3
2009	-	1	1	-	2	-	7	1
2010	1	2	2	-	-	1	15	-
2011	-	3	-	-	1	-	33	6
2012	-	2	2	-	-	1	4	1
2013	-	2	-	-	-	1	3	-
2014	-	-	-	-	-	1	4	-
2015	-	3	1	-	-	-	2	-
2016	-	1	-	-	-	-	2	-
2017	-	-	1	-	-	3	1	-
2018	1	1	1	-	-	-	1	-
2019	-	-	2	-	-	1	2	1
Tot.	3	18	22	2	53	17	152	85

Tab. 2 – Pronunce rilevanti in via incidentale suddivise per tipologia¹⁰.

¹⁰ Nel caso in cui una pronuncia contenga più tipologie di dispositivo (ad esempio, una dichiarazione di inammissibilità e una di non fondatezza), essa viene conteggiata in tutte le categorie alle quali è riconducibile.

Anno	Illegittim. cost. tout court	Manipolativa	Non Fondatezza	Inammiss.	Altre
2004	1	-	2	2	1
2005	-	1	2	1	-
2006	1	-	3	1	-
2007	-	-	1	-	-
2008	2	2	1	1	-
2010	1	1	2	2	-
2011	2	-	2	3	-
2013	3	5	2	1	2
2014	1	1	1	-	1
2018	1	1	-	-	-
2019	-	1	-	1	1
Totale	12	12	17	12	5

Tab. 3 - Sentenze rilevanti in via principale suddivise per tipologia¹¹.

IV. Il ruolo del giudizio in via principale

Nonostante il progetto si concentri principalmente sull'impatto della questione di legittimità costituzionale in via incidentale, i dati delle tabelle sopra riportate rendono evidente il sussistere di un rapporto di compresenza – e, si potrebbe dire, di complementarità – fra le due forme del giudizio sulle leggi nella tutela dei diritti degli stranieri¹².

Procedendo con ordine è bene ricordare che l'ordinamento italiano – a differenza di quello francese – prevede due «vie» di accesso al giudizio di costituzionalità (successivo) sulle leggi: via principale e via incidentale. La prima è disciplinata dall'art. 127, come novellato dalla l. cost. n° 3 del 2001, il quale attribuisce, da un lato, al Governo il potere di promuovere la questione di legittimità costituzionale sulla legge regionale che a suo parere «ecceda la competenza» della Regione e, dall'altro, alla Regione il potere di fare altrettanto su leggi o atti aventi valore di legge dello Stato o di un'altra Regione che «leda la sua sfera di competenza».

La formulazione testuale della disposizione è di per sé rivelatrice di un'asimmetria che, come vedremo, è densa di conseguenze anche in punto tutela dei diritti. Va quindi analizzato separatamente l'impatto dell'impugnazione statale e di quella regionale.

¹¹ Anche in questo caso, se una pronuncia contiene più tipologie di dispositivo (ad esempio, una dichiarazione di inammissibilità e una di non fondatezza), essa viene conteggiata in tutte le categorie alle quali è riconducibile.

¹² Sul rapporto fra Autonomie e diritti degli stranieri, si vedano, all'interno di un'ampia bibliografia: L. RONCHETTI (cur.), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2012; E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNI (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino, 2013; A. LAZZARO, «Enti territoriali, immigrazione e sussidiarietà», in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (cur.), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, Aracne, 2016, pp. 257 ss.; C. PANZERA, «Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione», *Dir. pubbl.*, 1/2018, pp. 141 ss.; L. BUSCEMA, «La dimensione regionale della gestione dei fenomeni migratori», *Diritti regionali*, 3/2019; M. ROSINI, M. TOMASI, «La legge regionale tra integrazione dei cittadini stranieri e “frantumazione” dei diritti sociali», *Diritti regionali*, 1/2020.

Lo Stato può impugnare la legge regionale per violazione di qualsiasi parametro costituzionale (così si interpreta l'espressione «ecceda la competenza») in quanto soggetto cui è attribuito il compito di far valere la «istanza unitaria» più volte ribadita nel testo costituzionale¹³. In concreto ciò significa che, nel valutare l'opportunità di impugnare una legge regionale, lo Stato deve considerare anche il rispetto dei diritti degli stranieri e, quindi, l'assenza di discriminazioni nei loro confronti. Le fonti regionali sono infatti portatrici di una fisiologica differenziazione, insita nel pluralismo politico-istituzionale derivante dal riconoscimento di potestà legislativa agli enti territoriali, e devono adeguare contenuti e forme dei servizi erogati alle opzioni politiche prevalenti a livello regionale. Ciò nonostante, può accadere che la legittima delimitazione del perimetro dei fruitori delle prestazioni sociali sfoci in scelte discriminatorie e lesive dei diritti degli stranieri.

Da questo punto di vista, è copiosa la giurisprudenza sui periodi minimi di residenza nel territorio regionale e/o nel territorio statale, introdotti dalle leggi regionali al fine di individuare i destinatari dei servizi pubblici erogati dalla (o a carico della) Regione. Tali questioni possono sorgere tanto da ricorsi in via principale quanto da ordinanze di rinvio emesse nei giudizi fra l'amministrazione e i soggetti esclusi. Concentrandosi su esempi del primo tipo, la Corte ammette in linea generale che il periodo di residenza possa assurgere a requisito ai fini della titolarità di prestazioni sociali¹⁴, ma questa scelta del legislatore regionale è soggetta al vaglio del giudice costituzionale alla luce del principio di ragionevolezza¹⁵. A tal fine vengono in rilievo tanto l'estensione del periodo temporale di residenza richiesto quanto la natura della prestazione sociale disciplinata (le prestazioni che riguardano beni della vita «essenziali» tollerano ovviamente minori limitazioni), con la conseguenza che lo stesso limite può essere ragionevole per una prestazione e non per un'altra¹⁶.

Va tuttavia ricordato che l'impugnazione statale può operare anche in senso restrittivo dei diritti degli stranieri, laddove – a fronte di una legge regionale ampliativa delle tutele nei loro confronti – lo Stato lamenti una violazione delle proprie competenze. Ad esempio, lo Stato ha impugnato alcune leggi regionali che ampliavano le cure offerte dai Sistemi Sanitari Regionali agli stranieri in posizione *irregolare*, sviluppando autonomamente il nucleo delle «cure urgenti ed essenziali» che sono loro garantite proprio sulla base della legge statale (art. 35, TU immigrazione). Secondo la difesa statale l'intervento normativo regionale avrebbe invaso le competenze esclusive dello Stato in materia di immigrazione, asilo e condizione giuridica degli stranieri (cd. politiche dell'immigrazione), in quanto le maggiori tutele attribuite allo straniero in posizione irregolare sarebbero state suscettibili di incidere indirettamente sul controllo dell'immigrazione. In più pronunce, però, la Corte ha disatteso questa ricostruzione, ribadendo che – in una materia di competenza concorrente quale «tutela della salute» – spetta alle Regioni anche il potere di sviluppare i principi costituzionali e quelli desumibili dalla legislazione statale, fra i quali la garanzia di un nucleo essenziale di cure anche agli stranieri in posizione irregolare¹⁷.

13 Sent. n° 274 del 2003.

14 Sentt. n° 2 e 4 del 2013.

15 Sentt. n° 40 del 2011, 168 del 2014, 106 e 107 del 2018.

16 Per un esempio di esito «divergente»: sent. n° 222 del 2013.

17 Sentt. n° 269 e 299 del 2010, commentate da F. BIONDI DAL MONTE, «Regioni, immigrazione e diritti fondamentali», *Le Regioni*, 5/2011, pp. 1086 ss.

Passando all'impugnazione regionale, le sue potenzialità sono certamente più limitate in ragione della diversa formulazione del secondo comma dell'art. 127 della Costituzione e dell'interpretazione che ne è stata data dalla Corte costituzionale, la quale ritiene che le Regioni possano impugnare la legge statale sulla base di parametri diversi da quelli relativi al riparto di competenze solo quando i vizi eccipiti «ridondano» sulle attribuzioni regionali, con un onere di specifica motivazione sul punto a carico delle ricorrenti.

La recente sentenza n° 194 del 2019, relativa alle impugnazioni regionali del cd. «Decreto Sicurezza», è proprio un «caso di studio» del concetto di ridondanza elaborato dalla Corte e delle sue implicazioni sulle potenzialità dell'impugnazione regionale come forma di tutela (anche) dei diritti degli stranieri¹⁸. In linea generale, la Corte afferma che:

«le questioni sollevate dalle Regioni in riferimento a parametri non attinenti al riparto delle competenze statali e regionali sono ammissibili quando la disposizione statale, pur conforme al riparto costituzionale delle competenze, obbligherebbe le Regioni – nell'esercizio di altre loro attribuzioni normative, amministrative o finanziarie – a conformarsi a una disciplina legislativa asseritamente incostituzionale, per contrasto con parametri, appunto, estranei a tale riparto».

In concreto, però, le questioni vengono dichiarate inammissibili in quanto la ridondanza non è adeguatamente motivata dalle ricorrenti. In particolare, con riferimento alla «tipizzazione» dei casi di permesso di soggiorno di carattere umanitario, la Corte respinge l'argomentazione delle Regioni, secondo le quali la disposizione legislativa avrebbe inciso sulle prestazioni sociali rientranti nelle loro competenze restringendo illegittimamente la platea dei destinatari. Secondo il giudice costituzionale la violazione sarebbe rimasta indimostrata, stante la possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione: l'eventuale declaratoria di illegittimità viene dunque «rinviata» a un futuro giudizio in via incidentale sorto a valle dell'applicazione concreta della norma e, nel frattempo, le Regioni rimangono libere di garantire tutele sociali anche agli stranieri in posizione irregolare nell'ambito delle loro competenze. Analogamente, riguardo alla riforma del sistema di prima accoglienza con l'esclusione dallo stesso dei richiedenti asilo, la Corte ritiene non dimostrata la ridondanza della disposizione sulle competenze di Regioni ed enti locali alla luce del fatto che essi rimangono liberi di porre in essere analoghe misure di accoglienza (seppure sopportandone direttamente i costi). Infine, la questione relativa al cd. divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti protezione internazionale viene pure dichiarata inammissibile in quanto le Regioni non avrebbero dimostrato che l'esclusione dal registro anagrafico di questo gruppo di soggetti incide sulle competenze proprie e degli enti locali, e questo nonostante il fatto che molte leggi regionali individuino proprio nei «residenti» i titolari di molte rilevanti prestazioni sociali.

¹⁸ Per un approfondito commento v. D. TEGA, «I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti», *Quad. cost.*, 2/2019, pp. 413 ss.

L'atteggiamento della Corte nel valutare la motivazione della ridondanza appare dunque assai rigoroso, limitando così le potenzialità di tutela dei diritti fondamentali insite anche nell'impugnazione regionale.

V. I principali orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza della Corte costituzionale sui diritti degli stranieri prende in considerazione un'ampia gamma di diritti fondamentali, verificando se e con quale ampiezza gli stessi spettino anche agli stranieri.

Per semplificare l'analisi, si possono utilizzare le categorie classiche elaborate dalla dottrina, distinguendo i diritti di libertà, i diritti sociali e i diritti politici. I giudici costituzionali sono intervenuti in tutti questi ambiti, prevalentemente in sede di controllo in via incidentale, anche se non sono mancati ricorsi in via principale con cui lo Stato ha messo in discussione le scelte operate dalle Regioni nelle materie di loro competenza, scelte che ricadevano, per quello che qui interessa, sulla posizione dello straniero. Più limitati, come si è visto, tenuto conto del sistema di controllo, sono risultati i casi in cui i ricorsi delle Regioni hanno portato ad un controllo sugli interventi statali in materia¹⁹.

A. Diritti di libertà e garanzie processuali

Con riferimento ai diritti di libertà e alle garanzie processuali la Corte ha sempre riconosciuto la titolarità degli stessi anche in capo agli stranieri, identificandoli come diritti fondamentali / diritti umani spettanti a tutte le persone. A titolo di esempio, si può citare la sentenza n° 105 del 2001, in materia di espulsione, dove si legge che

«[Né] potrebbe dirsi che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. 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 risultarne 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» (cons. dir. p.to 4; corsivo aggiunto)²⁰.

Tuttavia, nelle sue decisioni, la Corte manifesta un significativo *self-restraint* salvando nella maggior parte di casi le norme impugnate, proponendone però un'interpretazione costituzionalmente orientata, adottando decisioni di inammissibilità, formulando dei moniti al legislatore, e così via. Nella

¹⁹ V. *supra*, par. IV.

²⁰ V. anche la decisione n° 222 del 2004 che, sempre in riferimento al procedimento di espulsione, ha riaffermato la necessità di rispettare «i principi della tutela giurisdizionale» (cons. dir. p.to 6).

recente sentenza n° 275 del 2017, in materia di respingimento ed accompagnamento alla frontiera, si legge che:

«L'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n° 222 del 2004 e n° 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.» (cons. dir. p.to 4)²¹.

Al di là delle affermazioni di carattere generale, dunque, sembra prevalere il rispetto delle scelte politiche, che rispondono soprattutto alle esigenze della sicurezza e del «governo dei flussi migratori».

Questo approccio trova conferma nella giurisprudenza sulle questioni relative all'ingresso nel territorio dello Stato. Del resto, si tratta del discrimine fondamentale tra cittadino e straniero: il diritto di entrare ed uscire liberamente dal territorio dello Stato e di non essere espulso, spettante al primo ed invece non garantito al secondo. Merita di essere citata, a questo riguardo, una sentenza risalente nel tempo, la n° 62 del 1994, nella quale i giudici costituzionali delineano il diverso rapporto con il territorio, e prima ancora con lo Stato che ne è il presupposto, per il cittadino e lo straniero:

«l'essere il cittadino parte essenziale del popolo o, più precisamente, il "rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato" comporta in capo allo stesso il "diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo" e il diritto di non poterne essere allontanato per alcun motivo. Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può "entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato"».

Questa interpretazione giustifica l'ampia discrezionalità lasciata al legislatore in questo ambito, che trova conferma, ad esempio, nella decisione n° 250 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha salvato il c.d. «reato di clandestinità», affermando che l'oggetto della penalizzazione non è una «condizione personale e sociale», quanto la trasgressione delle norme che regolano l'ingresso nel territorio dello Stato. Il bene giuridico protetto consiste «nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria» (cons. dir. p.to 6.2).

²¹ Si può citare anche la sentenza n° 22 del 2007 in materia di reato per trattenimento abusivo nel territorio dello Stato, la quale, pur dichiarando la questione inammissibile, esprime un forte monito al legislatore: «In estrema sintesi, la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate» (cons. dir. p.to 7).

B. Diritti sociali

Una posizione di maggiore apertura della Corte emerge nella giurisprudenza in materia di diritti sociali²². Siamo di fronte ad una casistica molto ricca, dal punto di vista sia quantitativo sia qualitativo, per le fattispecie affrontate, che coprono pressoché tutti i diritti sociali, con una significativa articolazione rispetto alle prestazioni assistenziali offerte dallo Stato. Nonostante si tratti di «diritti che costano», la Corte costituzionale ha svolto un incisivo controllo sulla ragionevolezza delle scelte operate da Stato e Regioni. Da un lato, essa ha verificato la corrispondenza della differenziazione del trattamento degli stranieri alla *ratio* della misura contestata, come nella nota decisione n° 432 del 2005, sull'uso gratuito dei mezzi pubblici per gli invalidi: in questa pronuncia, pur riconoscendo che si trattava di una prestazione di solidarietà sociale espressione della discrezionalità della Regione (non riconducibile direttamente alla tutela della salute), il giudice delle leggi non ha però rinvenuto alcuna «ragionevole correlabilità» fra il requisito della cittadinanza ivi previsto e la finalità della misura:

«[D]istinguere, ai fini della applicabilità della misura in questione, cittadini italiani da cittadini di paesi stranieri – comunitari o extracomunitari – ovvero apolidi, finisce [dunque] per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra quella condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio* e la funzione»²³.

Dall'altro, anche laddove la differenziazione poteva apparire giustificata, la Corte ha valutato la ragionevolezza della soluzione adottata, come si è visto nelle decisioni sulle leggi regionali che condizionano il godimento dei diritti ad un determinato periodo di residenza nel territorio della Regione, richiamate nel precedente paragrafo²⁴. Sebbene fuoriesca dal periodo temporale qui esaminato (2000-2019), si deve tuttavia rilevare che con la recente pronuncia n° 44 del 2020, adottata all'esito di un giudizio in via incidentale, la Corte ha irrigidito il proprio precedente orientamento, dichiarando illegittima una disposizione regionale che subordinava i benefici dell'edilizia residenziale pubblica al requisito della residenza (o allo svolgimento di attività lavorativa) per i cinque anni precedenti all'interno del territorio regionale. Questa pronuncia – oltre ad applicare in maniera particolarmente stringente il sindacato di ragionevolezza già operato da tempo su disposizioni

22 Sui diritti sociali v., tra i molti, L. MONTANARI, C. SEVERINO (cur.), *I sistemi di welfare alla prova delle dinamiche migratorie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, cit., e F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: la condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, Giappichelli, 2013.

23 V. anche la sent. n° 306 del 2008 e la sent. n° 40 del 2011. Cfr. G. ROMEO, «Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà», *Rivista AIC*, 1/2018.

24 La medesima questione è affrontata anche nei giudizi in via incidentale, sempre nella prospettiva della ricerca di un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. Una materia in cui c'è un'ampia giurisprudenza è certamente quella delle politiche abitative, rispetto alle quali la Corte ha avuto modo di precisare – salvo poi valutare caso per caso le soluzioni adottate – che «il requisito della residenza continuativa, ai fini dell'assegnazione [di alloggi di edilizia residenziale pubblica], risulta non irragionevole (sentenza n° 432 del 2005) quando si pone in coerenza con le finalità che il legislatore intende perseguire (sentenza n° 493 del 1990), specie là dove le stesse realizzino un equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco (ordinanza n° 393 del 2007)»: ord. n° 32 del 2008, annotata da C. CORSI, «Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?», *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2008, pp. 141 ss. e per l'analisi della giurisprudenza più recente ID., «Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici», *Rivista AIC*, 1/2018.

simili – ha aggiunto un ulteriore «tassello» alla giurisprudenza della Corte in materia, affermando che «lo stesso “radicamento” territoriale, quand’anche fosse adeguatamente valutato (non con riferimento alla previa residenza protratta), non potrebbe comunque assumere importanza tale da escludere qualsiasi rilievo del bisogno». Il minore radicamento potrebbe dunque rilevare in sede di formazione della graduatoria, ma non determinare l’esclusione *a priori* dei soggetti bisognosi dall’ambito di applicazione della misura sociale²⁵.

Si può cogliere nelle decisioni della Corte il tentativo di operare un equilibrato bilanciamento tra le diverse esigenze che entrano in gioco, soprattutto in un contesto di crisi economica come quello attuale, senza però disconoscere le domande fondamentali di tutela. È con riferimento al diritto alla salute che la Corte afferma, nella sentenza n° 252 del 2001, «la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l’attuazione di quel diritto”». Tale «nucleo irriducibile» deve essere quindi garantito a tutti, compresi gli stranieri in posizione irregolare. Anche al di fuori di esso, però, si registrano importanti interventi della Corte, la quale, anche sulla base delle norme sovranazionali²⁶, ha dichiarato illegittime numerose disposizioni che limitavano ai soli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE di lungo periodo (e non a tutti i «regolari») la fruizione di essenziali prestazioni sociali, specialmente pensioni e altre provvidenze economiche a favore dei soggetti più fragili²⁷. In senso diverso si muove la soluzione adottata nella recente decisione n° 50 del 2019, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità della norma che subordina ad analogo requisito, oltre che al soggiorno continuato per dieci anni sul territorio statale, il diritto a percepire il cd. assegno sociale. Al riguardo i giudici costituzionali hanno affermato che:

«il legislatore può legittimamente prevedere specifiche *condizioni per il godimento delle prestazioni assistenziali eccedenti i bisogni primari della persona*, purché tali condizioni non siano manifestamente irragionevoli né intrinsecamente discriminatorie, com’è appunto nella specie la considerazione dell’inserimento socio-giuridico del cittadino extracomunitario nel contesto nazionale, come certificata dal permesso di soggiorno UE di lungo periodo» (corsivo aggiunto).

Il perimetro dei «bisogni primari» a cui accenna la Corte si presta, ovviamente, a una diversità di interpretazioni e richiederà necessariamente un’ulteriore opera di specificazione caso per caso da parte dei giudici costituzionali²⁸.

25 Per un primo commento v. C. PADULA, «Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge», *Consulta Online*, 1/2020, pp. 173 ss.

26 Relativamente al controllo sulla violazione del principio di non discriminazioni (art. 14 Cedu), v. il par. successivo.

27 V. le pronunce citate *infra*, nota 34.

28 Su questa pronuncia v. ad esempio G. BASCHERINI, «Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l’assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo», *Giur. cost.*, 2/2019, pp. 762 ss.

C. Diritti e doveri politici

Infine, si possono citare alcune decisioni che attengono all'ambito «politico» in senso lato, inteso come rapporto del cittadino e dello straniero con lo Stato. Non vi sono decisioni sul diritto di voto, anche se la dottrina maggioritaria ritiene che l'art. 48, secondo cui «Sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età», porti ad escludere la titolarità del diritto di voto in capo agli stranieri, anche a livello locale (anche se su quest'ultimo aspetto le letture sono meno omogenee, considerata anche l'eccezione dei cittadini europei)²⁹.

Sono invece alcune decisioni sui doveri costituzionali, collegate al servizio militare e al servizio civile, che hanno permesso alla Corte costituzionale di offrire degli interessanti spunti di riflessione sui temi dell'appartenenza, e quindi della cittadinanza e della posizione degli stranieri. Oltre alla storica sentenza n° 172 del 1999, sul servizio militare degli apolidi, dove la Corte delinea una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto» (cons. dir., p.to 2.3), si può citare la più recente decisione n° 119 del 2015, sul servizio civile degli stranieri, dove la Corte riconosce che:

«L'ammissione al servizio civile consente oggi di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene. [...] L'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta dunque un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza» (cons. dir., p.to 4.1)³⁰.

VI. La Cedu come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità a livello nazionale e criterio di controllo sull'azione dello Stato a livello internazionale

Come già ricordato, in Italia, grazie all'art. 117, c. 1, la Cedu è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità. Ciò significa che la disposizione legislativa che viola i diritti convenzionali, viola indirettamente anche l'art. 117, c. 1 che impone al legislatore, statale e regionale, di rispettare i «vincoli nascenti dagli obblighi internazionali». La Corte costituzionale, nelle famose «sentenze gemelle» del 2007 con cui ha inaugurato questa giurisprudenza, ha individuato una sorta di schema operativo³¹. Il giudice comune che rileva un contrasto è chiamato innanzitutto ad esperire un tentativo di «interpretazione conforme» del diritto interno rispetto alle norme convenzionali e solo quando non è possibile risolvere il conflitto in via

²⁹ Cfr. A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, Jovene, 2006 e E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, Giappichelli, 2001.

³⁰ Sulla decisione n° 119 del 2015 v. S. PENASA, «Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario», *Rivista AIC*, 3/2015 e A. RAUTI, «Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n° 119/2015», *Rivista AIC*, 4/2015.

³¹ V. *supra*, par. II.

interpretativa deve rivolgersi alla Corte costituzionale, cui spetta «l'ultima parola»³². Sarà quest'ultima a verificare l'eventuale conflitto con la Cedu e a dichiarare conseguentemente l'incostituzionalità della norma interna. È importante segnalare che la Corte costituzionale ha precisato che nell'applicazione della Cedu si deve tenere conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cui spetta «una funzione interpretativa eminente».

Questo vincolo – che negli anni la Corte ha cercato di «circoscrivere» meglio³³ – assume un rilievo particolare con riferimento all'oggetto di questa ricerca. L'attività interpretativa della Corte di Strasburgo ha permesso, infatti, di estendere l'applicazione delle garanzie previste dalla Cedu anche a materie non espressamente presenti nel testo della Convenzione e nei protocolli aggiuntivi. Ciò ha assunto un rilievo particolarmente significativo in materia di diritti sociali, anche in relazione agli stranieri.

Invertendo l'ordine dell'esposizione rispetto al paragrafo precedente, si può iniziare proprio da questa giurisprudenza per mettere in luce le ricadute che ha avuto in Italia. Un esempio importante, a breve distanza da quando la Cedu ha iniziato ad essere usata come parametro interposto, è costituito dalla sentenza n° 187 del 2010 in materia di diritto all' «assegno di invalidità», che la legge subordinava alla titolarità della Carta di soggiorno. In questo caso, nel valutare la legittimità delle differenze di trattamento tra cittadini e stranieri, la Corte costituzionale prende in considerazione anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul principio di non discriminazione (art. 14 Cedu), riconoscendo che

«Lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, assunto dall'odierno rimettente a parametro interposto, unitamente all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, che la stessa giurisprudenza europea ha ritenuto raccordato, in tema di prestazioni previdenziali» (cons. dir. p.to 2).

Può essere opportuno accennare il *reasoning* della Corte EDU nelle pronunce richiamate dalla Corte costituzionale, basato sul combinato disposto fra il principio di non discriminazione (art. 14 Cedu) e l'art. 1 del Protocollo addizionale n° 1 alla Convenzione, ovvero la norma che protegge il diritto di proprietà (Corte EDU, *Gaygusuz c. Austria*, ric. n° 39/1995/545/631, 16 settembre 1996).

«Secondo questa giurisprudenza, ogni disparità di trattamento in materia di prestazioni sociali che sia fondata sulla nazionalità e che non sia suffragata da giustificazioni obiettive e ragionevoli

32 Per una sintetica analisi, in chiave comparata, della soluzione adottata dalla Corte v. L. MONTANARI, «La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 204 ss.

33 Nella giurisprudenza più recente anche la Corte costituzionale italiana ha sviluppato una sorta di resistenza ai processi di integrazione europea, che per quanto riguarda la Cedu si esprime nel tentativo di circoscrivere il vincolo delle decisioni della Corte di Strasburgo. Si possono citare a titolo d'esempio le sentenze n° 264/2012 e n° 49/2015, quest'ultima commentata da V. ZAGREBELSKY, «Corte cost. n° 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione», *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015.

deve essere considerata discriminatoria. L'art. 1 prot. add., in combinato disposto con l'art. 14 Cedu (principio di non discriminazione), non garantisce il diritto a ricevere una prestazione sociale in sé, ma viene interpretato nel senso che, qualora una legislazione statale preveda il riconoscimento di una prestazione sociale, che sia legata o meno ad un previo versamento di contributi, essa fa nascere un interesse patrimoniale riconducibile al prot. 1: se eventuali differenze di trattamento al riguardo basate sulla cittadinanza non sono come tali, in astratto, illegittime, esse impongono però uno *strict scrutiny* sulla loro giustificabilità»³⁴.

Si è richiamata l'argomentazione della Corte di Strasburgo perché è indicativa del filone giurisprudenziale cui si fatto cenno, che permette di trarre da un catalogo di libertà civili e politiche classiche – come è la Cedu – strumenti per proteggere anche i diritti sociali. Nell'esempio appena ricordato, si fa riferimento al diritto di proprietà per proteggere il diritto alle prestazioni assistenziali, che costituiscono invece un'*aspettativa* nei confronti dello Stato e che, nel caso non dipendano da precedenti contributi, non presentano alcun legame con una precedente situazione proprietaria³⁵. La Corte di Strasburgo, al fine di allargare lo spettro delle garanzie offerte ai singoli, distingue dunque sul piano delle prestazioni sociali tra la scelta di introdurre un determinato meccanismo di protezione sociale, che rimane nella discrezionalità dello Stato, e la definizione della platea dei destinatari, che può essere oggetto di controllo attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione, in collegamento con la disposizione che tutela il diritto di proprietà. Per quello che qui interessa, questo ragionamento permette ai giudici europei di censurare le disparità di trattamento basate esclusivamente sulla nazionalità³⁶.

Tale impostazione viene ripresa dalla nostra Corte costituzionale, che nelle sue decisioni ribadisce in molte occasioni che «qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Cedu, avuto riguardo alla interpretazione rigorosa che di tale norma è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte europea»³⁷.

Le disposizioni della Cedu tuttavia riguardano, principalmente, le classiche libertà civili e politiche, può pertanto essere utile verificare la ricaduta di questo strumento anche in questo ambito. Un esempio in cui il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo è servito alla Corte costituzionale per rafforzare la propria argomentazione si può vedere nella decisione n° 202 del 2013, con cui la Corte ha dichiarato in parte illegittimo l'automatismo espulsivo che la legge collega al compimento di

34 Così F.E. GRISOSTOLO, «Il giudice costituzionale come custode del diritto alla salute dell'immigrato», cit. e dottrina *ivi* citata.

35 In questo senso, ad esempio, la decisione *Koua Poirrez v. France*, ric. 40892/98, 30 settembre 2003.

36 Cfr. E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli immigrati. Profili comparatistici*, cit., pp. 117 ss.

37 Così nella sent. n° 40 del 2013, relativa al diritto alla salute, ma si può citare una serie di decisioni che colpiscono norme che subordinano il godimento di prestazioni assistenziali alla titolarità della Carta di soggiorno rispetto, ad esempio: all'indennità di frequenza (scolastica) per il minore invalido (sent. n° 329/2011), all'indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili e della pensione di inabilità (sent. n° 40/2013), all'«assegno di cura» garantito in taluni casi ai residenti nella Provincia autonoma di Trento (sent. n° 172/2013); alla pensione spettante alle persone non vedenti e della speciale indennità in favore dei ciechi parziali (sent. n° 22/2015) e alla pensione di invalidità civile per sordi e dell'indennità di comunicazione (sent. n° 230/2015). Si rinvia per l'analisi della giurisprudenza in materia a F.E. GRISOSTOLO, «Il giudice costituzionale come custode del diritto alla salute dell'immigrato», cit. e G. ROMEO, «Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà», cit.

reati di una particolare gravità. Nello specifico la disposizione impugnata prevedeva una valutazione del caso caratterizzata da discrezionalità con riferimento allo straniero che «ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare» o al «familiare ricongiunto», mentre non teneva in considerazione il caso dello straniero che, pur non rientrando in tali categorie, «abbia legami familiari nel territorio dello Stato». Nel motivare la decisione di accoglimento la Corte, pur ribadendo che il legislatore gode di «un'ampia discrezionalità nella regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, in considerazione della pluralità degli interessi che tale regolazione riguarda», mette in luce la necessità che venga operato «un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino» (cons. dir. p.to 4.3). Nel caso di specie, la soluzione adottata viene ritenuta in contrasto con l'art. 3 della Costituzione e con le disposizioni che tutelano la famiglia e i minori. Tale interpretazione viene rafforzata attraverso il richiamo all'art. 8 della Cedu, che tutela la vita familiare. Al riguardo viene citata la sentenza *Cherif e altri c. Italia* del 2009, da cui emerge che «occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico», con l'individuazione di specifici parametri di riferimento. Ad avviso della Corte costituzionale

«una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall'art. 8 della Cedu, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale»³⁸.

Nella decisione in commento, dunque, il richiamo congiunto alle norme della Costituzione e della Cedu concorre sinergicamente a rafforzare la tutela accordata allo straniero. Non si devono dimenticare, tuttavia, le considerazioni svolte in precedenza sugli orientamenti generali della Corte costituzionale, che in questo ambito mantiene un atteggiamento di *self-restraint*, volto a salvaguardare le scelte del legislatore³⁹. Del resto anche in questo caso nella motivazione si ricorda, incidentalmente, che nella sentenza *Cherif* la Corte europea aveva comunque affermato che «la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, di tal che gli Stati mantengono il potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva». E in ogni caso, la Corte costituzionale ribadisce, in conclusione, che solo a lei spetta

38 Si può richiamare anche la decisione n° 245 del 2012 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la disciplina che limitava la libertà di contrarre matrimonio per lo straniero, prevedendo che dovesse presentare «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano». In questo caso, nonostante la normativa oggetto di giudizio sia giustificata dall'esigenza di controllo delle frontiere e dei flussi migratori, il sacrificio imposto alla libertà di contrarre matrimonio degli stranieri (ma anche dei cittadini che intendano sposarsi con loro) – riconducibile certamente al novero di diritti fondamentali – non risulta proporzionato all'obiettivo perseguito. A sostegno di questa conclusione viene richiamata anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: «In proposito, si deve notare che la Corte europea dei diritti dell'uomo è recentemente intervenuta sulla normativa del Regno Unito in tema di capacità matrimoniale degli stranieri (sentenza 14 dicembre 2010, *O'Donoghue and Others v. The United Kingdom*). In particolare, la Corte europea ha affermato che il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione (par. 89 della sentenza). Secondo i giudici di Strasburgo, pertanto, la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è lesiva del diritto di cui all'art. 12 della Convenzione».

39 V. *supra* par. V. Si è rilevato al riguardo come le poche decisioni «progressiste» in tale ambito sarebbero state «dettate» da Strasburgo: M. SAVINO, «Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità», cit., spec. p. 55.

«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 (sentenze n° 170, n° 85 del 2013 e n° 264 del 2012)» (tutte le citazioni sono tratte dal cons. dir. p.to 5).

In questa prospettiva mantiene perciò un rilievo fondamentale il sistema internazionale di garanzia, grazie al diritto al ricorso individuale alla Corte di Strasburgo. La disciplina e soprattutto le prassi che, nel «tentativo di gestire» i flussi migratori e limitare gli ingressi irregolari, spesso conducono alla violazione dei diritti fondamentali sono state infatti in più occasioni alla base di ricorsi alla Corte europea, con la successiva condanna dell'Italia. Tra i più noti si può citare il caso *Khlaifia e altri c. Italia*, sul quale si è pronunciata la Grande Camera nel 2016 ritenendo che le condizioni in cui i migranti erano trattenuti nel Centro di soccorso e prima accoglienza a Lampedusa determinassero una limitazione della libertà personale priva di un formale e conoscibile fondamento legislativo. Di conseguenza gli stessi non avevano potuto godere delle garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione italiana, con la conseguente violazione dell'art. 5, par. 1 della Cedu⁴⁰.

Brevi considerazioni conclusive

L'analisi della giurisprudenza costituzionale svolta nei precedenti paragrafi, seppur sintetica, permette di trarre alcune indicazioni in relazione alla domanda che ha mosso questa ricerca e cioè il significato che il ricorso in via incidentale assume per la tutela dei soggetti vulnerabili, in questo caso gli stranieri.

Un primo elemento su cui pare opportuno richiamare l'attenzione è il rapporto tra il giudizio in via incidentale e quello in via principale, con riferimento alle sentenze adottate e, in particolare, alle decisioni di accoglimento o manipolative. Il numero complessivo, infatti, appare sostanzialmente convergente, a conferma del ruolo assunto in quest'ambito dal controllo sulla legislazione regionale, su cui ci si è soffermati nel quarto paragrafo. Considerato che l'impugnazione della legge in via principale deve avvenire entro 60 giorni dalla sua entrata in vigore, questo strumento assicura una tutela «anticipata» rispetto alla violazione dei diritti degli stranieri. L'ambito di intervento, tenuto conto delle competenze delle Regioni, è prevalentemente quello dei diritti sociali, rispetto ai quali la giurisprudenza della Corte costituzionale, attraverso l'applicazione del criterio di ragionevolezza, appare significativamente protettiva. Ciò non esclude che la legge (regionale) possa essere alla base anche di un ricorso in via incidentale, ma a fronte di una definizione abbastanza consolidata dei parametri di controllo da parte della Corte costituzionale si può presumere che nei casi più evidenti si attivi il Governo.

⁴⁰ Si tratta di una vicenda molto complessa, in quanto sul caso si era pronunciata la Camera rilevando nel comportamento dello Stato italiano una pluralità di violazioni della Convenzione. La Grande Camera ha invece limitato la condanna alla violazione dell'art. 5, par. 1. Si vedano tra i molti i commenti di F. GUELLA, «Gli standard dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione secondo la giurisprudenza *Khlaifia* della Corte EDU», *DPCE on line*, 1/2016, pp. 205-215 e D. BACIS, «*Khlaifia e altri c. Italia*: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo», *DPCE on line*, 2/2017, pp. 401-407. Si può citare anche il caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, del 2012, relativo ai respingimenti in mare verso la Libia e all'assenza di rimedi giurisdizionali.

Il giudizio in via incidentale assume invece un ruolo prevalente rispetto al controllo sulla legislazione statale. Quest'ultima interviene sulla gestione complessiva del fenomeno migratorio in particolare con riferimento alla regolamentazione degli ingressi, con tutte le questioni connesse, e alla garanzia della protezione internazionale, che presenta ricadute soprattutto in relazione ai diritti di libertà classici. In questo ambito, come si è visto, la giurisprudenza della Corte costituzionale si caratterizza per un maggiore *self-restraint* rispetto alle scelte del legislatore. Ciò non toglie che, grazie alle argomentazioni sviluppate nelle sentenze e nelle ordinanze, essa abbia svolto un ruolo essenziale per la definizione dello *status* dello straniero, considerate le limitate indicazioni presenti nella Carta fondamentale. Può essere considerato questo il contributo di maggior rilievo nella prospettiva della tutela dei soggetti vulnerabili: il riconoscimento, seppur talvolta solo astratto, allo straniero della titolarità dei diritti fondamentali in forza dell'eguaglianza tra le persone in quanto esseri umani, al di là del rapporto con lo Stato. Ciò non sempre ha permesso di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme impugnate, ma può essere la base per una riflessione, non solo a livello di dottrina, che permetta di superare un approccio esclusivamente securitario ed escludente al fenomeno migratorio.

Infine, il quadro non sarebbe completo se non si prendesse in esame anche il ruolo assunto in questo ambito dalla Convenzione europea e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come si è visto nel precedente paragrafo, grazie al loro utilizzo come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, i *Convention Rights* hanno offerto alla Corte costituzionale un ulteriore strumento di valutazione, importante anche per rafforzare l'interpretazione delle norme nazionali. In relazione soprattutto ai diritti di libertà classici – ma anche per i diritti sociali sulla base del principio di non discriminazione – risalta la possibilità per i singoli che non abbiano ottenuto soddisfazione a livello nazionale di rivolgersi al giudice internazionale. In questo modo possono essere messe in discussione soluzioni legislative che non era stato possibile «colpire» a livello nazionale, sollecitando indirettamente un'evoluzione della stessa giurisprudenza costituzionale.

