

ANDREA PATRONI GRIFFI

STRANIERI NON PER LA COSTITUZIONE*

SOMMARIO: 1. Note introduttive sullo statuto costituzionale dei diritti degli stranieri. – 2. Le scelte del legislatore di fronte allo scrutinio di ragionevolezza del giudice delle leggi. – 3 Il diritto alla salute come osservatorio della «cittadinanza sociale» anche degli stranieri. – 4. (*Segue*) Il riconoscimento dei diritti dello straniero non ne garantisce l'effettività. – 5. L'impatto delle norme del «pacchetto sicurezza» sullo statuto costituzionale dei diritti dello straniero.

1. *Note introduttive sullo statuto costituzionale dei diritti degli stranieri*

L'assenza di un riferimento espresso in Costituzione alla condizione dell'immigrato, non potendosi considerare in tal senso come esaustivo il mero richiamo nell'articolo 10, comma 2 allo straniero e alle convenzioni internazionali, trae origine nelle ragioni di ordine storico che segnarono i tempi della Costituente, in cui semmai l'emigrazione, e non l'immigrazione, era questione dibattuta¹. Tuttavia, come è evidente, la portata normativa di una Carta costituzionale trascende il mero dato testuale, racchiudendo in sé l'affermazione di un ideale comune che, forgiato nella molteplicità delle visioni politiche e capace di tradursi in principi giuridici supremi, si impone, nello Stato costituzionale, alle scelte del legislatore nelle sedi e forme previste dalla Costituzione stessa.

Con l'avvento dell'odierno ordinamento di democrazia pluralista, con la conferma del pluralismo anche quale «struttura della democrazia liberale e legalitaria»², in cui il pluralismo emerge quale «fatto»³, in tempi di ripiegamento della concezione classica degli Stati-nazione, la condizione più vera di «consociato» non può limitarsi ai meri criteri legali di acquisto della cittadinanza⁴; e lo *status civitatis* non può influire – se non nel limite delle *ragionevoli* differenziazioni sul piano del concreto esercizio delle libertà – sullo *status libertatis*.

* Relazione al Convegno organizzato dall'Associazione E. de Nicola su *Immigrazione nell'equilibrio tra esigenze di sicurezza e di integrazione sociale*, Torre del Greco (Na), 16 maggio 2009, con l'aggiunta di note e aggiornata a luglio 2009.

¹ Per un'analisi sociologica delle origini della questione in Italia v. tra gli altri C. BONIFAZI, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007, spec. 69 ss.

² «*Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtstaatlichen Demokratie*», 1964 di E. FRAENKEL, su cui v. *Il pluralismo come innovazione: società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, a cura di V. Atripaldi, Torino, 1996.

³ Nella visione elaborata da J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, Milano, 2001.

⁴ Sulle dinamiche odierne della cittadinanza si veda nella copiosa letteratura G. U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 37 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997.

La condizione giuridica dello straniero, dunque, sia esso regolare o non, lungi dall'essere indifferente o sconosciuta a livello costituzionale vive in una serie di valori e principi, i quali danno veste giuridica a quei valori, sui cui si fondò il patto costituente. Mentre appare ormai irrilevante, concorde oggi la dottrina maggioritaria, nella costruzione del catalogo dei diritti dello straniero, il dato meramente testuale del riferimento espresso in Costituzione ai «cittadini» o invece a «tutti».

Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, e non solo in quella italiana, il «diverso umano», in ogni sua forma, non forma più oggetto di un giudizio di disvalore, come nelle precedenti visioni nazionalistiche. Il principio personalista si ricollega al pluralismo, quale valore e principio supremo, e la «differenza» acquista una valenza positiva nell'ordinamento.

Nell'intero ordito costituzionale, il valore personalista e il rispetto della «dignità umana» si esplicano nella centralità e primazia della persona in quanto tale, ma anche nella sua specificità di donna, anziano, malato, diversamente abile, bambino, lavoratore e straniero, per l'appunto, quali archetipi di soggetti deboli, anche se non tutti esplicitamente contemplati nelle disposizioni costituzionali, potenziali destinatari di azioni positive⁵.

Il principio personalista si ricollega a quello pluralista ed entrambi vanno a costituire la comune matrice di un concetto ampio di cittadinanza sociale⁶, rispetto al quale la differenza può formare fondamento di valutazioni normative «di favore» sul piano del diritto positivo, con divieto per il legislatore di ogni irragionevole differenziazione peggiorativa di trattamento. Non forma più la differenza in sé oggetto di un giudizio di chiusura e «condanna», come nelle visioni schmittiane della dicotomia tra *amicus* ed *hostis*, in cui l'*inimicus* è il nemico privato, indifferente alla sfera pubblica, mentre l'*hostis* è il nemico pubblico, che non ha diritti sino a formare oggetto di costrizione sul piano normativo.

Da queste basi di inclusione del diverso muove le proprie mosse tutta quella giurisprudenza del giudice delle leggi che ha accertato l'incostituzionalità di una serie di disposizioni normative anche di mera «chiusura» culturale, quando non, addirittura, di stampo xenofobo. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla vecchia fattispecie di reato dell'ostensione di bandiere estere senza previa autorizzazione amministrativa⁷.

La nostra Costituzione, da un lato, immune dalle logiche dello Stato etico, o anche solo di uno «Stato pedagogico»⁸, pone al centro dell'attenzione gli individui in quanto tali «portatori del valore generale e non frazionabile della dignità umana e sociale», e non quali «estrinsecazioni della sovranità degli Stati»⁹.

⁵ V. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Padova, 2002.

⁶ Sulla comune matrice personalista e pluralista dei concetti di cittadinanza sociale e diritti sociali v. D. BIFULCO, *Cittadinanza sociale, eguaglianza e forma di Stato*, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. Chieffi, Padova, 1999, 27 nonché ID., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 11 e *passim*.

⁷ Corte cost., sent. n. 189/1987.

⁸ Secondo un certo modello francese in cui, se è consentita la esemplificazione per immagine di sintesi, è lo Stato stesso ad «insegnare come ci si comporta» nella democrazia plurale.

⁹ A. D'ALOIA, A. PATRONI GRIFFI, *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, in *Riv. amm. regione Campania*, 4/1995, 254. D'altro lato, certo, proprio l'ordina-

I riferimenti normativi fondamentali sulla condizione giuridica dello straniero sul piano costituzionale sono contenuti, oltre che nell'articolo 10, unico riferimento espresso, come detto, di rinvio alle norme internazionali, nell'articolo 2 di «riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo» e nell'articolo 3, che contiene l'enunciazione dell'eguaglianza in senso formale, non più mera *égalité* liberale *devant la loi*, ma accompagnata dal riferimento alla «pari dignità sociale» di tutti. E la «pari dignità» viene esattamente ricostruita quale ponte tra i diritti inviolabili dell'articolo 2 e l'eguaglianza, per cui ogni persona ha eguale dignità, di uomo e individuo. La «dignità umana» si configura come valore e principio che, nel disposto degli articoli 2 e 3, qualifica tutte le libertà fondamentali, impedendo al legislatore di andare al di sotto di quel minimo o *standard*, in cui si leda la dignità stessa dell'uomo in quanto tale.

La Costituzione dunque orienta le politiche legislative di settore, e non in astratto, ma nella concretezza del controllo di costituzionalità, come mostra la copiosa giurisprudenza del giudice delle leggi, che si è progressivamente formata sulla legislazione dedicata agli stranieri.

Il legislatore potrà anche trattare legittimamente in via differente lo straniero rispetto al cittadino, ma solo e soltanto nell'ambito di scelte «ragionevoli», in cui effettivamente lo *status civitatis* si ponga come condizione basilare del godimento dei diritti¹⁰. È questo tradizionalmente il campo dei diritti politici, quali diritti di πολιτεία, dove pure emergono argomenti a favore del riconoscimento del voto¹¹ soprattutto per le elezioni amministrative¹². D'altro canto, è fuorviante ragionare oggi in ordinamenti così fortemente plurali a proposito della relazione politica negli stessi termini della πολις di Aristotele.

mento costituzionale non consente al contempo che il pluralismo ed il connesso rispetto delle differenze e delle minoranze siano invocate per tutelare pratiche, anche delle minoranze, che vadano contro la pari dignità umana e sociale.

¹⁰ Per un'analisi anche «diritto per diritto» dello statuto costituzionale degli stranieri v. E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e in Spagna*, a cura di M. Revenga Sanchez, Milano-Valencia, 2005, 109 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007. Ma v. almeno già G. BISCOTTINI, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, III, Milano, 1965, 333 ss.; G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, *ad vocem*; P. BONETTI, *I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, 2004, 82 ss. Su stranieri e libertà di circolazione e soggiorno v. l'interessante tesi di I. NICOTRA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995, spec. 198.

¹¹ E si confrontano «ipotesi interpretative» di «negazione della titolarità dei diritti politici da parte degli stranieri», «discrezionalità del legislatore nell'attribuzione dei diritti politici» e riconoscimento dei diritti politici visti «come diritti di partecipazione al governo del paese in cui si vive»; secondo l'analisi di A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, 87 ss. nonché 156 ss. Peraltro, invero, sembra mutare il quadro rispetto alle logiche tradizionali, anche nel campo delle posizioni politiche, se è vero che anche esponenti di forze politiche, che vedono nell'identità nazionale un elemento centrale del sistema politico e dell'ordinamento giuridico, si sono detti promotori di riforme che in prospettiva riconoscano il diritto di voto, quanto meno per le elezioni amministrative, in capo a soggetti privi della cittadinanza, oppure favoriscano l'acquisizione della cittadinanza italiana.

¹² Cfr. E. ROSSI, M. VRENNNA, *Brevi considerazioni in tema di diritto di voto agli stranieri nelle elezioni regionali e locali*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2006, 13 ss.

Per i diritti civili, poi, e per gli stessi diritti sociali e per il diritto alla salute, in particolare, che è, al contempo, diritto fondamentale, inviolabile e diritto sociale, la prospettiva dell'eguaglianza dello straniero è strumentale all'integrazione dello stesso nel rispetto delle diversità culturali, se non contrarie alle regole giuridiche fondamentali della nostra convivenza esprimendo pratiche che vadano contro la pari dignità umana, la vita, la salute, la condizione femminile¹³.

2. *Le scelte del legislatore di fronte allo scrutinio di ragionevolezza del giudice delle leggi*

Riconoscere i migranti tra i destinatari del principio di eguaglianza non comporta, come evidente, l'illegittimità di fissare rispetto ai cittadini un trattamento giuridico differenziato per gli stranieri, ed al loro interno tra i cosiddetti regolari e, con invero infelice espressione, i «clandestini».

È risaputo che la Corte costituzionale ha da tempo affermato che «a parità di situazioni deve corrispondere parità di trattamento, mentre trattamenti differenziati sono riservati a situazioni obiettivamente diverse». Tale valutazione, che è anche, ma non solo, politica, circa la parità o la diversità delle situazioni viene effettuata dal legislatore; e la Corte non può sindacare la scelta discrezionale operata in sede di politica legislativa o meglio non è giudice del merito della legge. Ciò non significa certo che tali scelte, le differenti opzioni regolatorie in materia siano costituzionalmente indifferenti. Tutt'altro, stabilisce infatti in storica giurisprudenza, la Corte che «spetta insindacabilmente al legislatore giudicare sulla parità o la diversità delle situazioni, pur nel rispetto di criteri di ragionevolezza nonché degli altri principi costituzionali». E il principio di eguaglianza risulta «intaccato od eluso solo in caso di constatata irrazionalità del trattamento differenziato»¹⁴.

Il ragionevole bilanciamento tra i diritti, la razionalità costituzionale del «trattamento differenziato» costituiscono il vero parametro costituzionale delle scelte legislative operate sulla condizione dello straniero.

È evidente che una tale giurisprudenza, con cui viene ricostruito il principio di eguaglianza come riferito anche agli stranieri e non ai soli cittadini, sottoponendo ad uno stretto scrutinio di ragionevolezza le scelte legislative di differenziare il trattamento degli stranieri rispetto a quanto previsto per i cittadini, ha progressivamente influito sulla condizione giuridica dello straniero, in particolare nel campo dei diritti sociali, e sulle relative politiche poste in essere dal legislatore statale e, soprattutto, da quello regionale, che spesso è stato precursore della ricostruzione di una «cittadinanza sociale», indifferente allo *status civitatis* e posta a cardine di una sostanziale integrazione dello straniero nella comunità nazionale e regionale¹⁵. La regola impo-

¹³ Si pensi a pratiche quali l'infibulazione, ad ogni forma di discriminazione della donna o di sfruttamento dei minori. Il rispetto delle minoranze nel doveroso rispetto degli obblighi di legge vive oggi nel passaggio dal multiculturalismo al diritto interculturale, su cui cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, *passim*.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 45/1967.

¹⁵ Sull'importanza in chiave autenticamente sussidiaria delle competenze regionali nella tutela dei diritti degli stranieri sia consentito rinviare *amplius* a A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra*

sta dalla Costituzione è quella della eguaglianza tra cittadino e straniero¹⁶. Il difetto della cittadinanza non può costituire di per sé il fondamento di una sorta di «Stato di eccezione» valevole solo per i migranti: le differenziazioni di trattamento sono legittime se superano uno scrutinio di ragionevolezza della scelta legislativa. È questo il «confine» costituzionale che il legislatore non deve (dovrebbe) mai superare.

Gli stranieri, abbandonato l'iniziale silenzio legislativo, hanno progressivamente formato oggetto di molteplici interventi del legislatore, che si sono succeduti dalla prima legge di disciplina dello straniero lavoratore, la legge n. 349/1986, alla legge Martelli 39/1990, poi, e alla così chiamata legge Turco-Napolitano, legge n. 40/1998, con le successive modifiche ed approvazione del «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», di cui al decreto legislativo n. 286/1998, sino ad arrivare alla normativa qui introdotta con la cosiddetta Bossi-Fini, legge n. 182/2002 e successivi interventi, ed alle attuali norme dirette agli stranieri contenute nel cosiddetto «pacchetto sicurezza», in particolare nella legge n. 94/2009, su cui si tornerà.

Tradizionalmente la dottrina ha distinto due modi di considerare gli stranieri nelle politiche pubbliche. Da un lato, vi è una politica *dell'immigrazione*, diretta ad individuare le condizioni per l'ammissione e il soggiorno degli stranieri extracomunitari e che pone soprattutto l'accento, più che sul governo dei flussi migratori, sulle misure atte ad evitare che si faccia ingresso irregolare nello Stato e a disciplinare l'espulsione dello straniero¹⁷. Dall'altro, vi sono misure di politica *per gli immigrati*, relativa all'erogazione dei servizi sociali e all'integrazione degli stranieri che sono regolari.

La tendenza legislativa, in realtà non solo italiana, degli ultimi venti anni, che culmina negli attuali intereventi riformatori, è stata progressivamente quella di porre la massima attenzione alle politiche repressive *dell'immigrazione*, alle misure limitative e repressive dell'immigrazione irregolare, e di lasciare su di un secondo piano le politiche *per gli immigrati*, su cui comunque si è delineato nelle leggi, a partire dagli interventi precursori di certi legislatori regionali, uno statuto di diritti anche grazie agli interventi del giudice delle leggi.

Costituzione e politiche regionali, in *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. Chieffi, Padova, 1999, 327 ss. Per un chiaro riconoscimento delle competenze regionali in tema di diritti degli stranieri da parte del giudice delle leggi v. per tutte Corte cost. sent. 300/2005, in cui la Consulta ha rigettato le questioni di costituzionalità sollevate dal Governo su leggi regionali, sottolineando come non ci si possa limitare in tema di immigrazione «al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale», dovendosi avere riguardo ad «altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano ex Costituzione, competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente».

¹⁶ Su stranieri e principio di eguaglianza, v. almeno E. CODINI, *Diversi ed eguali. Immigrazione extracomunitaria e principi giuridici di eguaglianza*, Milano, 2002.

¹⁷ Con tutte le drammatiche questioni connesse a coniugare le pratiche di respingimento alla frontiera e riaccompagnamento, anche collettivo, nel luogo di partenza dei migranti con l'effettività del rispetto del diritto di asilo e di rifugio. Cfr. L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto d'asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione*, cit., 173 ss. nonché M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 227 ss. e già B. NASCIBENE, *Il diritto di asilo e lo status di rifugiato. Profili di diritto interno e comunitario*, in *Studi Panzera*, Bari, 1995, II, 519 ss.

Sullo sfondo vi è poi la questione epocale, che può essere qui solo ricordata, connessa allo scenario globale degli squilibri geografici tra le diverse aree del mondo, che non può non essere affrontata anche con una disciplina realistica dei flussi, concertati a livello europeo, di ingresso regolare¹⁸. Il fatto è che, se è consentita una metafora letteraria, non si può pensare oggi di vivere nel Castello di Kafka¹⁹.

La Corte costituzionale si è pronunciata su entrambi i profili di politica dell'immigrazione, di bilanciamento con l'interesse alla sicurezza e restrizione dei diritti degli irregolari²⁰, e di riconoscimento dei diritti anche sociali soprattutto degli stranieri regolari.

È una giurisprudenza assai ricca che non può essere qui ricostruita in maniera organica, ma da cui pure si potrebbero trarre elementi per una valutazione prognostica sulle future pronunce del giudice delle leggi sugli ultimi, discussi interventi legislativi, che vengono analizzati *infra*, contenuti nel cosiddetto pacchetto sicurezza.

La stella polare di tale giurisprudenza resta il principio di eguaglianza e la sua ricostruita portata normativa estesa anche agli stranieri. La cartina di tornasole, il concreto modo di vagliare la legittimità costituzionale delle leggi è rappresentata dal criterio e principio di ragionevolezza. È possibile prevedere interventi demolitori della Corte sui recenti interventi normativi, laddove il legislatore incida sul contenuto del diritto, soprattutto nel suo nucleo essenziale, senza che la condizione di assenza della cittadinanza possa essere invocata a ragionevole fondamento del trattamento discriminatorio.

La Corte così, a mero titolo esemplificativo di vasta giurisprudenza, nel passato ha dichiarato l'illegittimità di una previsione di legge che rendeva *irragionevolmente* più difficile la dimostrazione dello stato di non abiente dello straniero per godere del gratuito patrocinio rispetto a quanto sancito per il cittadino²¹; ha accertato, con

¹⁸ Con una disciplina che dia una prospettiva di speranza in chi si attiene alle regole, piuttosto che ricorrere ad interventi eccezionali di regolarizzazione, fondati sul «chi c'è c'è».

¹⁹ Non può pensarlo l'Italia, né l'Europa né l'Occidente: è un problema che si può pensare di davvero di risolvere solo disegnando uno scenario globale più equo. Alternative non ci sono. In F. KAFKA, *Il castello*, vi è l'immagine simbolica del forestiero che bussa alla porta e nei cui confronti prevale un sentimento di diffidenza e di esclusione («Lei non è del castello, lei non è del paese, lei non è nulla. Eppure anche lei è qualcosa, sventuratamente, è un forestiero», di cui si ignorano le intenzioni e che quindi si teme).

²⁰ Nella giurisprudenza relativa alle espulsioni ed agli aspetti di politica definita *dell'immigrazione*, la giurisprudenza costituzionale, che pure più raramente censura le scelte legislative, ha comunque avuto modo di evidenziare che l'esigenza di celerità e di effettività propria delle espulsioni non può tradursi in una *deminutio* irragionevole delle tutele riconosciute in Costituzione. E così la Corte sottolinea, nelle sue sentenze, che l'interesse pubblico, sotteso all'istituto dell'espulsione, non può comportare il sacrificio di valori costituzionali, quali, ad esempio, il principio di tassatività in materia penale, il principio di proporzionalità, un principio di fondamento della disciplina in esigenze sociali, ecc. È un decalogo importante anche per il futuro quello che viene enunciato nelle sentenze della Corte.

²¹ E così nell'ordinanza n. 144/2004, sempre in tema di gratuito patrocinio, la Corte si pronuncia invece nel senso della manifesta infondatezza, lamentando come «il rimettente muove dal presupposto dell'impossibilità di un indirizzo interpretativo diverso da quello che esige la declaratoria di inammissibilità dell'istanza diretta ad ottenere il beneficio del patrocinio a spese dello Stato, anche nell'ipotesi in cui, per ragioni oggettive, l'interessato non possa provvedere all'indicazione del codice fi-

decisioni additive, l'illegittimità di legge regionale in cui si escludevano gli stranieri dal godimento del «diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili» in assenza di «trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga»²². Parimenti in altra additiva di prestazione, il giudice delle leggi accerta l'illegittima esclusione dell'indennità di accompagnamento per inabilità a favore degli stranieri extracomunitari non in possesso di requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno, rilevando il carattere irragionevole della scelta legislativa di subordinare, così incidendo sul diritto alla salute, il riconoscimento della prestazione assistenziale al titolo di legittimazione alla permanenza nel territorio²³.

È proprio sulla base dell'irragionevole differenziazione di trattamento tra cittadino e straniero, regolare o irregolare, a seconda dei diritti in bilanciamento, o anche tra stranieri regolari e irregolari, che la Corte è andata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle scelte legislative. Talora, anche «salvando» il testo, ma interpretando le disposizioni in modo da ricavare norme conformi a Costituzione.

La Consulta, in questo importante filone, rigetta la questione di legittimità costituzionale, ricostruendo il contenuto normativo della legge impugnata – implicitamente e necessariamente, altrimenti ravvisandone l'incostituzionalità – come esteso anche agli stranieri in una serie di interpretative di rigetto.

Così, in modo paradigmatico in una fondamentale sentenza, in assenza di un riferimento espresso al diritto di iscrizione negli elenchi speciali degli stranieri extracomunitari invalidi e disoccupati, la Consulta ha respinto la questione di costituzionalità, evidenziando che il «ragionamento va rovesciato», in quanto per accogliere la questione – scrive la Corte – occorrerebbe rinvenire una norma che anche implicitamente neghi agli extracomunitari, in deroga alla «piena eguaglianza», il diritto in questione²⁴.

In mancanza di una deroga espressa il regime regolatorio ordinario non può che essere nel senso dell'equiparazione dei cittadini agli stranieri, che si trovino in analoga situazione di esigenza di tutela dei diritti dei lavoratori. E si tratta di una giurisprudenza di notevole carica applicativa, che trova ulteriore, fondamentale espressione in materia di diritti dello straniero malato.

3. *Il diritto alla salute come osservatorio della «cittadinanza sociale» anche degli stranieri*

Il diritto alla salute dello straniero rappresenta un osservatorio privilegiato di quel concetto di «cittadinanza sociale», che prescinde dallo *status civitatis* e che si

scale» e «omette di svolgere la verifica dell'esistenza di una interpretazione comunque idonea a ricondurre la norma impugnata a conformità con i parametri costituzionali richiamati».

²² Corte cost. sent. n. 423/2005.

²³ Corte cost. sent. 306/2008.

²⁴ Corte cost., sent. n. 454/1998, la cui importanza è da subito segnalata da P. BONETTI, *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 1998, 3772 ss.

rivolge al consociato, all'appartenente alla comunità, anche privo di quel rapporto privilegiato, proprio della cittadinanza, tradizionalmente a fondamento dei diritti politici²⁵.

Il legislatore mostra di essere consapevole del carattere odioso di ogni forma di discriminazione nel godimento del diritto alla salute, come traspare chiaramente, rispetto a tale profilo, non solo nella legge cosiddetta Turco-Napolitano n. 40/1998 e nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, approvato con il decreto legislativo n. 286/1998, ma anche nella legge 30 luglio 2002 n. 189, cosiddetta Bossi-Fini, e nella legge n. 94/2009, che sul punto non segnano modifiche sostanziali. Anche se punti critici con la garanzia del diritto alla salute e sullo statuto dei diritti anche sociali degli stranieri, come si vedrà, derivano comunque da alcune disposizioni del cosiddetto «pacchetto sicurezza».

Invero, anche i precedenti interventi legislativi si caratterizzano per un rafforzamento della disciplina della condizione dello straniero legata alla sicurezza e sembrano ridurre, nella «filosofia» della politica legislativa, lo straniero a questione di ordine pubblico o, al più, alla mera utilità economica legata al lavoro dell'immigrato. È questo il piano in cui sembra muoversi la legge Bossi-Fini, che in tal senso si discosta in maniera più marcata dall'impianto dei valori di inclusione del diverso propri della Costituzione, spingendo la discrezionalità del legislatore sino ai limiti del costituzionalmente consentito. In tal senso, un dato significativo è già rappresentato dal numero di ordinanze di remissione alla Corte costituzionale di questioni di legittimità della legge n. 189/2002, che si succedono senza tregua, ma che pure vengono in maggioranza rigettate dal giudice delle leggi²⁶.

Tuttavia, per quanto riguarda le tutele sociali dello straniero e soprattutto il riconoscimento allo stesso del diritto alla salute e l'accesso alle prestazioni sanitarie, la normativa si muove in una linea di continuità.

Rimangono, dunque, ferme in tema di diritto alla salute dello straniero le distinzioni operate dal legislatore tra gli stranieri iscritti al servizio sanitario nazionale che si trovano in una situazione di «parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini» – iscrizione che, *ex art.* 34 d.lgs. 286/1998, a seconda dei casi, è obbligatoria o volontaria – e stranieri non iscritti che sono tenuti al pagamento delle prestazioni (art. 35).

La legge prevede l'obbligo di iscrizione, *ex art.* 34, commi 1 e 2, per «gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento» e per «gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo

²⁵ Sull'estensione del concetto di cittadinanza sociale agli stranieri sia consentito rinviare anche al mio *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali, cit.*, spec. 341 ss.

²⁶ Nella Bossi-Fini, dubbi di legittimità costituzionale vengono adombrati dietro al «reato» di immigrazione clandestina per il clandestino espulso, che rientra nello Stato, alla disciplina delle espulsioni amministrative rispetto alla garanzia della riserva di giurisdizione in caso di limitazioni della libertà personale e all'inasprimento della già discussa disciplina dei centri di permanenza, in cui lo straniero è sottoposto in uno stato di sostanziale detenzione senza le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. La Corte in sostanza conferma l'impianto della legge, sottoposta più volte al suo giudizio.

di soggiorno...» nonché per i «familiari a carico regolarmente soggiornanti». Possono iscriversi (iscrizione facoltativa *ex art. 34*, commi 3 e 4) al servizio sanitario nazionale, per esclusione, gli stranieri regolarmente soggiornanti non rientranti nelle categorie soggette all'iscrizione obbligatoria, con espresso riferimento agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio e agli stranieri «collocati alla pari».

Agli stranieri irregolari viene in ogni caso riconosciuto (*art. 35*, comma 3) il diritto alle «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva». Una formulazione assai ampia che si accompagna all'elencazione in particolare di talune prestazioni legate alla «tutela della salute del minore» e alla «tutela sociale della gravidanza e della maternità», anche con riferimento al ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza. Formulazione esemplificativa e non tassativa, poi, che viene tendenzialmente intesa sia nella pratica medica sia nell'interpretazione giurisprudenziale in maniera sostanzialmente estensiva. Ambito di prestazioni e connessa effettività dei diritti su cui si vedrà vengono potenzialmente ad incidere le recenti norme del pacchetto sicurezza.

Le prestazioni sanitarie sono offerte «senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani» (comma 4). Resta fermo, anche dopo l'ultima legge n. 94/2009, che pure introduce il reato di ingresso e soggiorno illegale con i connessi obblighi a carico di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio, l'articolo 35, comma 5 del testo unico, secondo cui «l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano». È chiaro che la segnalazione all'autorità dell'irregolare che si trova ad avere bisogno di una prestazione sanitaria avrebbe vanificato ogni garanzia di effettività della titolarità del diritto stesso²⁷.

Sotto il profilo economico, il finanziamento delle prestazioni ospedaliere urgenti o comunque essenziali è a carico del Ministero dell'interno, mentre per quanto riguarda altre prestazioni a favore di immigrati irregolari indigenti «si provvede nell'ambito delle disponibilità del Fondo sanitario nazionale, con corrispondente riduzione dei programmi riferiti agli interventi di emergenza» (*art. 35*, comma 6).

Nell'ambito di un quadro normativo, qui ricordato, già attento alla garanzia del diritto alla salute dello straniero, si è inserita progressivamente una giurisprudenza in particolare della Corte costituzionale che ha rafforzato la tutela del diritto in questione ed ampliato il contenuto delle prestazioni collegate alla tutela del diritto stesso.

La Corte costituzionale è assai ferma nel senso che il diritto alla salute dello straniero come quello del cittadino entra nel bilanciamento con altri diritti e risulta essere «condizionato» anche alla luce delle risorse disponibili; ma ribadisce che esso non possa essere in ogni caso leso nel suo nucleo essenziale per tutti intangibile, altrimenti ledendosi il parametro costituzionale della «dignità umana».

²⁷ Si rinvia sul punto al par. seguente.

Di tale orientamento è emblematica una basilare decisione della Corte costituzionale, che è importante ricordare²⁸.

In caso di «ingresso e soggiorno per cure mediche», l'articolo 36 del decreto legislativo n. 286/1998 prevede che, previa apposita istanza e versamento cauzionale, «lo straniero che intende ricevere cure mediche in Italia e l'eventuale accompagnatore possono ottenere uno specifico visto di ingresso ed il relativo permesso di soggiorno».

La questione di legittimità sottoposta alla Corte origina, in fatto, dal caso di uno straniero, che viene espulso e che era immigrato irregolarmente in Italia al fine di ottenere la sostituzione di una protesi al piede amputato, accertata l'impossibilità di «ottenere tale prestazione sanitaria nel Paese di origine».

Il decreto di espulsione viene impugnato ed il Tribunale, considerando l'espulsione conforme a legge, promuove la questione di legittimità costituzionale del T.U. n. 286/1998, in quanto quest'ultimo nell'articolo 19 non avrebbe previsto il divieto di espulsione del clandestino che necessita di un trattamento sanitario essenziale, per una patologia pregressa all'ingresso irregolare in Italia, così violandosi ad avviso del giudice remittente «l'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo quale valore fondante della democrazia pluralista, e l'art. 32 Cost., che qualifica la salute quale diritto fondamentale dell'individuo e non del solo cittadino».

L'avvocatura generale dello stato, nel sostenere l'inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza della questione di legittimità, rileva che l'articolo 32 della Costituzione sarebbe idonea a delineare solo «i confini esterni del diritto alla salute attraverso precetti di ordine negativo», ma non individua il «contenuto positivo di un diritto che è anche interesse primario della collettività», considerando come ragionevole il bilanciamento effettuato dal legislatore tra il diritto alla salute dello straniero, tenendo conto anche delle «esigenze di carattere finanziario, economico e sociale», e la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica che fonda le politiche di contrasto dell'immigrazione clandestina.

Il giudice delle leggi respinge la questione di legittimità e rileva l'erroneità del presupposto interpretativo del giudice remittente, secondo cui mancherebbe uno specifico divieto di espulsione per la fattispecie in questione.

La Corte conferma, in linea con la propria costante giurisprudenza, da un lato, la possibilità per il legislatore di differenziare la tutela del diritto alla salute a seconda dello *status* del soggetto; e, dall'altro, che il carattere condizionato del diritto alla salute non può incidere sul suo nucleo essenziale, «irriducibile... come ambito inviolabile della dignità umana». Per poi evidenziare, a normativa vigente, che «la valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico», non avendo carattere esaustivo l'elencazione di legge. Sicché laddove venga toccato il nucleo essenziale del diritto alla salute «si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio di tale diritto».

²⁸ Corte cost., sent. 17 luglio 2001 n. 252.

In conclusione, qui e in altri casi, la legge sulla condizione giuridica dello straniero che garantisce il suo diritto alla salute, è ritenuta conforme alla Costituzione, perché la Consulta fa vivere, in concreto, nel contenuto normativo di tale legge, gli articoli 2 e 32 della Costituzione e quei valori che, come si è detto in apertura, delineano uno statuto costituzionale dello straniero intangibile dal legislatore, naturalmente sia esso statale o regionale.

L'importanza di tale chiave interpretativa del diritto alla salute dello straniero, offerta dal giudice delle leggi acquista ancor più rilevanza se rapportata ad una giurisprudenza comune di legittimità, che è apparsa talora maggiormente preoccupata di delineare i limiti del diritto alla salute rispetto a prestazioni valutate al di fuori del contenuto del diritto stesso. E così, ad esempio, la Cassazione ha considerato lo stato di tossicodipendenza dello straniero immigrato regolarmente non equiparabile a quelle malattie che, ai termini del citato articolo 35, comma 3 del testo unico, giustificano «cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative» anche in caso di provvedimento di espulsione amministrativa²⁹.

4. *(Segue) Il riconoscimento dei diritti dello straniero non ne garantisce l'effettività*

Una breve considerazione di ordine non solo giuridico sembra imporsi a margine di quanto evidenziato. Il ricostruito quadro, in punto di principio, del riconoscimento del diritto alla salute dello straniero, di certo, non è garanzia da solo dell'effettivo esercizio e godimento di tale diritto. L'osservatorio offerto dal diritto alla salute, lo stesso originare in fatto e le argomentazioni svolte dal giudice delle leggi nella sentenza della Corte costituzionale, sopra analizzata, dimostrano come il riconoscimento in punto di diritto di spazi di «cittadinanza sociale» e dello specifico diritto alla salute dello straniero non assicuri di per sé l'effettivo esercizio e godimento dei diritti.

La discrasia tra titolarità dei diritti ed effettivo godimento nell'esercizio degli stessi è certo osservazione di ordine generale, che riguarda anche i cittadini. L'intima connessione, sul piano dell'effettività, tra titolarità del diritto e concretezza del servizio prestato, e dell'accesso allo stesso, in cui è centrale soprattutto il profilo dell'«informazione», è ancora più forte quando riferita a soggetti deboli, quali nel caso di specie, sono proprio gli stranieri soprattutto irregolari e clandestini, che maggiori resistenze hanno in ogni caso nel rivolgersi a soggetti pubblici. E questo già indipendentemente dalla previsione di incauti «obblighi di denuncia».

Peraltro, proprio nella concreta pratica socio-assistenziale, sanitaria erogata al migrante, la condizione di debolezza, correlata allo *status* di non cittadino dello straniero, può accompagnarsi ad ulteriori condizioni che rendono lo straniero ex-

²⁹ Corte di cassazione, I sezione civile, n. 15830/2001. Ci troviamo di fronte a vasta giurisprudenza, che non può essere qui ricostruita. In altra significativa decisione, è possibile ancora ricordare, la Corte di cassazione (I sezione civile, n. 3991/2002) rilevava che la semplice esigenza di scolarizzazione del minore straniero, seppure rapportata al periodo dell'istruzione obbligatoria, non giustifica il rilascio di un permesso di soggiorno non rientrando in esigenze di tutela straordinaria del minore «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico» di cui all'articolo 31, comma 3 del testo unico n. 286/1998 sulla condizione dello straniero.

tracomunitario soggetto «ancor più debole», «doppiamente debole», se così si vuol dire. È questo quanto avviene, ad esempio, nei casi della tutela del diritto alla salute del minore straniero, della donna straniera, del portatore di handicap straniero, dello straniero in condizioni di disagio mentale.

Si tratta di due, o anche più, possibili condizioni di debolezza che gravano su di uno stesso soggetto e che creano in maniera esponenziale una posizione di eccezionale debolezza del soggetto, per la quale lo stesso dato normativo che si muova secondo mere logiche formali di eguaglianza di tutti di fronte alla legge può risultare insufficiente. Occorrerebbe semmai avere anche il «coraggio politico» di promuovere azioni positive di tutela, che mirino a riequilibrare tali situazioni esponenziali di svantaggio.

Rispetto a tali stati di sfavore il dato normativo peraltro può non essere in grado di superare ostacoli di ordine culturale, che portano al non esercizio di diritti, di cui pure in astratto si è titolari³⁰.

Per fare un esempio, che possa dare un senso anche della drammaticità della situazione, si pensi alla doppia condizione di straniero e donna in un tempo peraltro particolarmente delicato quale la gravidanza, dove emerge anche la posizione di diritto alla vita del concepito. La disciplina legislativa relativa allo stato delle donne straniere in gravidanza, come risulta da un lato dalla legge generale n. 194/1978 e, poi, dalla normativa specifica sugli stranieri del decreto legislativo n. 286/1998, che prevede come gratuite tutte le indagini sanitarie in gravidanza, in un sistema che riconosce tutta una serie di misure di favore per la gravidanza stessa, si scontra con un dato, rilevato dalle statistiche mediche, di scarso ricorso ai controlli prenatali ed accesso ai consultori, prima, e di aumento progressivo del ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza da parte delle donne migranti in assoluta controtendenza rispetto a quanto avviene per la donna cittadina³¹.

Oppure, per riportare un altro drammatico caso, si potrebbe evidenziare che, di fronte a pratiche volontarie di infibulazione, vietate in Italia dall'ordinamento penale³², anche se le strutture sanitarie sono in grado di offrire oggi interventi chirurgici di deinfibulazione, a ricostituzione dell'integrità fisica e prima ancora della dignità umana della donna, la mancata richiesta di tali interventi da parte delle straniere, che hanno subito quella menomazione, rende, in fatto, inutile la stessa previsione dell'accesso alla prestazione sanitaria.

³⁰ Se occorre non sovrapporre le categorie dell'indagine giuridica con quella sociologica in tema di condizione dello straniero (S. STAIANO, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, IV, Napoli, 2008, 2191 ss.), appare comunque importante per il giurista non chiudersi alle altre scienze per una comprensione effettiva della complessità del tema.

³¹ Il dato pubblico che emerge nel bilancio stilato a 30 anni dall'approvazione della legge n. 194 dal Centro nazionale di epidemiologia dell'Istituto Superiore di Sanità sottolinea come il numero complessivo di ricorsi all'interruzione volontaria di gravidanza sia in forte calo, mentre risulta notevolmente aumentato tra le donne non cittadine italiane. V. la «Relazione del Ministro della Salute sulla attuazione della legge contenente norme per la tutela sociale della maternità e per l'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/78)» del 2009 reperibile anche sul sito del ministero. È questo un dato che certo dipende anche dalla crescente immigrazione e dalla situazione di evidente maggiore disagio sociale in cui si trova l'immigrata extracomunitario, ma che non può non fare riflettere.

³² Senza potere poi qui affrontare le discusse aperture a pratiche di infibulazione cosiddetta simbolica (mediante la puntura di spillo).

In tal senso, si vuole qui solo rilevare, per inciso, come risulti davvero fondamentale l'adozione di ogni misura normativa ed amministrativa che faciliti e, in certa misura, semplifichi il concreto accesso all'assistenza nel campo sanitario e degli altri servizi sociali degli stranieri. Mentre la previsione di oneri e modalità gravose di accesso ai servizi va in concreto a disincentivare la fruizione del servizio stesso da parte di chi si trovi nella condizione di intrinseca debolezza quale normalmente quella di non cittadino, sacrificando così, in fatto, il diritto pure in astratto riconosciuto³³.

5. *L'impatto delle norme del «pacchetto sicurezza» sullo statuto costituzionale dei diritti dello straniero*

Il delineato statuto costituzionale dei diritti degli stranieri configura limiti all'esercizio della discrezionalità legislativa, che hanno talora condotto, come visto nella giurisprudenza sopra riportata a titolo esemplificativo, il giudice delle leggi a pronunciare o sentenze demolitorie di illegittime differenziazioni di trattamento o a rigettare le proposte questioni di legittimità ricavando in via interpretativa un contenuto normativo che non discriminasse la condizione dello straniero.

Nell'attualità il legislatore ha approvato la legge 15 luglio 2009 n. 94, che sicuramente presenta, rispetto alla disciplina della condizione dello straniero irregolare, elementi di tensione, se non di contrasto, costituzionale, sulle quali è possibile incominciare a ragionare se non già, sia pure a prima lettura, in termini di valutazione prognostica sulle future pronunce della Corte, almeno sul piano della chiara dimensione costituzionale delle questioni sollevate e sulle eventuali strade, quando possibili, di interpretazione conforme a Costituzione.

Un primo, rilevante tema si ricollega, sul piano generale, al ricorso ampio al diritto penale, qualificando la condizione di clandestinità quale fattispecie *in re ipsa* di reato nonché quale circostanza aggravante³⁴.

Al diritto penale si fa ricorso anche introducendo una fattispecie di reato per la locazione di immobile allo straniero irregolare. «Chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione», condanna che può comportare la confisca dell'immobile³⁵.

In quest'ultimo caso, peraltro, il legislatore ha almeno espressamente precisato, rispetto all'ipotizzato tenore originario della disposizione, che il reato sussiste solo

³³ Tanto più in sistemi su cui anche di recente si sono rilevate già criticità per l'accesso ai servizi da parte degli stessi cittadini comunitari. V. ad esempio A. ORITI, *Accesso all'assistenza sanitaria per i cittadini comunitari. Criticità e proposte di intervento*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, X, 1/2008, 90 ss.

³⁴ Come già sancito nel decreto legge n. 92/2008, laddove introduce l'articolo 61 n. 11-*bis* cod. pen.

³⁵ Art. 12, n. 5-*bis* del Testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo n. 286/1998), comma inserito dall'art. 5, co. 1 del decreto legge n. 92/2008 e poi modificato dall'art. 1, co. 14 della legge n. 94/2009.

se lo straniero è irregolare al momento della stipula o del rinnovo. Diversamente sarebbe derivata irragionevolmente la responsabilità penale del proprietario anche in caso di mera non coincidenza fra durata della locazione e del soggiorno regolare dello straniero.

Per tale reato occorre il dolo specifico del «fine di trarre ingiusto profitto». E di certo non sembra potersi legittimamente ritenere che ciò si realizzi per la sola esistenza del titolo oneroso.

Viene inoltra aumentata ad un anno di arresto la pena per il caso di mancata «esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato»³⁶. Si stabilisce che non è ammesso in Italia lo straniero, condannato per una serie di reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, «anche con sentenza non definitiva», laddove era prima richiesta una sentenza irrevocabile. E si aggiunge, nell'elenco degli stranieri non ammessi, lo straniero condannato con sentenza irrevocabile anche per i reati di contraffazione³⁷.

Sull'indubbio rafforzamento del diritto penale nella disciplina dell'immigrazione irregolare, e con particolare riferimento all'introduzione della clandestinità come reato, una prima considerazione costituzionale di scenario si impone e si ricollega al principio, evidenziato da tempo in storica giurisprudenza, secondo cui il ricorso al diritto penale è costituzionalmente illegittimo se non costituisce un'*extrema ratio* nell'ordinamento, in quanto «sconcerta non poco», scrive il giudice delle leggi, «il fatto che possa costituire illecito penale un comportamento che non solo non viola alcun valore costituzionalmente garantito ma non lascia intravedere neppure quale bene giuridico comprometta»³⁸. Ed aggiunge poi che «il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori».

Estendere un tale ragionamento al diritto penale previsto in tema di immigrazione in particolare dalla legge n. 94/2009, specialmente alle norme che introducono il reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato»³⁹ potrebbe avere una portata dirompente in sede di futuro vaglio di costituzionalità della normativa.

Rispetto alla condizione di chi è entrato illegalmente nel territorio dello Stato non appare irragionevole porre in dubbio lo stesso necessario giudizio di disvalore di una condotta, fonte di reato sia pure contravvenzionale, assunta da chi comunque pone in essere tale condotta al fine di sottrarsi ad una situazione di estrema povertà e indigenza.

³⁶ Ex articolo 6, co. 3 del Testo unico sull'immigrazione come sostituito dall'art. 1, co. 22 della legge n. 94/2009.

³⁷ Novità introdotte entrambe ex articolo 4, co. 3 del Testo unico sull'immigrazione come modificato dall'articolo 1, comma 22, lettera a, della legge 15 luglio 2009, n. 94.

³⁸ Corte cost. sent. n. 186/1987, la cui importanza a fondamento del «principio del diritto penale come *extrema ratio*» è sottolineata da F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 33 s.

La stessa proporzionalità della sanzione penale rispetto alla condotta tenuta può essere discussa. In realtà, è vero che il reato è di natura contravvenzionale e non prevede alcuna pena detentiva; mentre nel testo originario del disegno di legge la fattispecie era prevista come ipotesi di delitto sanzionato assai più gravemente. Ma la vigente previsione di una ammenda, che non può formare oggetto di oblazione, e della sanzione sostitutiva dell'espulsione può essere considerata strumentale ad altro fine perseguito dal legislatore, quale quello di aggirare la normativa comunitaria in tema di espulsioni⁴⁰.

Tale finalità, volta a realizzare una via rapida di espulsione, risulta dal fatto che il reato non si configura nel caso di respingimento immediato alla frontiera⁴¹ e dalla decisione di non luogo a procedere una volta comunque realizzato il respingimento o l'espulsione⁴².

Il nuovo reato peraltro rientra in una discutibile competenza penale del giudice di pace, che diventa giudice degli immigrati, per la tutela del quale dunque «basta», se è consentita l'espressione, un magistrato onorario, non professionale.

Per quanto riguarda invece la previsione normativa quale circostanza aggravante comune del fatto commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio dello Stato è forse possibile argomentare in termini differenti intorno alla costituzionalità della scelta legislativa.

Sull'aggravante introdotta dal decreto legge n. 92/2008 in realtà sono state sollevate subito questioni di costituzionalità⁴³; e dottrina, a prima lettura, si è pronunciata nel senso del chiaro contrasto con la Costituzione per l'irragionevole differenziazione di trattamento⁴⁴.

Certo, colpisce il dato dell'applicazione dell'aggravante nel caso di commissione di reati da parte dello straniero illegalmente presente sul territorio senza alcuna distinzione sui reati perpetrati e in particolare sull'eventuale minore età dello straniero, condizione che sembra fondare ragionevolmente una fattispecie di deroga all'applicazione dell'aggravante stessa.

Il dato, che non appare privo di rilievo e che incide sui termini della questione della conformità a Costituzione della previsione normativa, si connette al fondamento della fattispecie. Con l'aggravante si ha riferimento ad una condotta delittuosa, tenuta da parte di un individuo immigrato, il cui ingresso irregolare, assume

³⁹ Articolo 10-*bis* del Testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo n. 286/1998), inserito dalla legge 15 luglio 2009, n. 94.

⁴⁰ In tal senso, P. BONETTI, *Decreto sicurezza: le norme proposte in materia di stranieri*, su www.terrelibere.it sottolinea da subito in sede di commento del testo del disegno di legge, che con l'introduzione del reato di soggiorno illegale l'espulsione segue «alla condanna per tale reato», con l'effetto che «si potrà prescindere, per ogni straniero espulso, dall'applicazione delle disposizioni della Direttiva (comunitaria rimpatri), che invece privilegiano, di norma, il rimpatrio volontario e non quello coattivo e prevedono che ogni forma di trattenimento sia soltanto un rimedio eccezionale e residuale».

⁴¹ *Ex* articolo 10-*bis*, comma 2 del Testo unico sull'immigrazione, inserito dall'articolo 1, comma 16, lettera a, della legge n. 94/2009.

⁴² *Ex* articolo 10-*bis*, comma 5 del Testo unico sull'immigrazione.

⁴³ Così dal Tribunale di Ferrara, ordinanza 15 luglio 2008 o dal Tribunale di Latina, ordinanza 1° luglio 2008, annotata già su *Il Sole-24 Ore*, 18.7.2008, 31.

⁴⁴ Cfr. G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, su *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2009, 713 ss. e già su www.forumcostituzionale.it.

un particolare, maggiore giudizio di disvalore, e fonda la circostanza aggravante, proprio alla luce del successivo compimento di reato.

Si tratta allora di verificare se i rilevati elementi di differenziazione di trattamento rispetto al cittadino, certamente presupposti nella condizione soggettiva aggravante, possano trovare ragionevole fondamento sul piano della maggiore pericolosità di chi è entrato illegalmente sul territorio nazionale non per sottrarsi ad una situazione di povertà e disagio, o per migliorare le proprie aspirazioni di vita, ma proprio per commettere reati.

Il quadro degli interventi normativi introdotti dalla legge n. 94/2009 sulla condizione dello straniero si caratterizza poi per il fatto che, alle citate previsioni di politica dell'immigrazione con il connesso rafforzamento penale dell'impianto repressivo dell'immigrazione clandestina, non sembrano affatto accompagnarsi, sul piano sopra definito di politica *per* gli immigrati, alla previsione di misure teleologicamente rivolte a favorire l'integrazione degli immigrati regolarmente soggiornanti sul territorio dello Stato.

Di integrazione la legge invero tenta anche di fornire un'espressa definizione legislativa: «Ai fini di cui al presente testo unico, si intende con integrazione quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società»⁴⁵. Sennonché proprio il richiamo alla Costituzione sembra, nel tessuto delle novità introdotte dalle legge n. 94, più volere fondare le possibili limitazioni dei diritti che la garanzia degli stessi, imposti dal valore e principio costituzionale di solidarietà⁴⁶. Nella legge, sembra infatti quasi potersi individuare una *voluntas*, finalizzata a rendere difficile la vita – se è permessa un'espressione poco tecnica – dello straniero regolare.

In quest'ottica può leggersi la normativa che rende più complicato od oneroso il ricorso ad istituti, connessi pur sempre a diritti fondamentali e che hanno anche una chiara funzione di sostanziale integrazione sociale dello straniero, quali, in particolare, il ricongiungimento familiare, il matrimonio, l'iscrizione e cancellazione all'anagrafe⁴⁷. Senza dimenticare i maggiori oneri disposti per i permessi di soggiorno e l'acquisto della cittadinanza⁴⁸.

⁴⁵ Articolo 4-*bis*, co. 1 del Testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo n. 286/1998, introdotto dall'articolo 1, comma 25, della legge 15 luglio 2009, n. 94).

⁴⁶ «Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (Corte cost., sent. n. 75/1992).

⁴⁷ E non c'è dubbio che la «materia anagrafica» per gli stranieri, «nonostante l'apparente modestia delle questioni [sia] materia di grande interesse» (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I diritti anagrafici degli stranieri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2006, 54). Anzi, in qualche misura, è possibile considerare fondamentali i «diritti anagrafici» dello straniero almeno in quanto strumentali all'effettiva titolarità ed esercizio di diritti fondamentali.

⁴⁸ Illuminante della «filosofia» della legge è che gli oneri economici versati per i permessi di soggiorno andranno a finanziare il «Fondo rimpatri» e non attività volte all'integrazione degli stranieri regolari.

La stessa introduzione di un denominato «Accordo di integrazione»⁴⁹ in realtà si pone quale strumento di «diffidente controllo», della cui efficacia ben si può dubitare, basato su di un sistema di «punti», quali crediti, necessari per il rilascio del permesso di soggiorno e la cui perdita comporta la revoca del permesso stesso⁵⁰. Peraltro il rinvio, senza alcuna indicazione nella legge, a successivo regolamento per la determinazione in concreto di «criteri e modalità per la sottoscrizione» dell'Accordo – in un nuovo istituto capace di incidere così fortemente da potere comportare la fine dello *status* di straniero regolare – si pone in dubbio contrasto con la riserva di legge sancita nell'articolo 10 della Costituzione.

In definitiva, la disciplina della condizione dello straniero risulta profondamente innovata alla luce del «pacchetto sicurezza», con opzioni di politica legislativa rispetto alle quali, pur dovendosi tenere doverosamente separati i differenti piani delle valutazioni di merito e di legittimità, diverse scelte appaiono muoversi ai limiti del costituzionalmente consentito. Fondamentale sarà di certo l'interpretazione che verrà data di tali disposizioni dalle autorità giudiziarie, dai giudici di pace, nella cui competenza rientrano basilari ambiti, sino alla Cassazione, quale supremo giudice di legittimità.

Si tratterà, quando possibile, di non ricavare dalle nuove disposizioni norme in contrasto con la Costituzione e, laddove manchino invece spazi di interpretazione conforme, di sottoporre al giudice delle leggi le questioni di costituzionalità, che si è cercato di rilevare, assicurando in ogni caso la conformità a Costituzione di quei contenuti della legge n. 94/2009, che sembrano lambire i confini di quanto rientra nel legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore.

⁴⁹ *Ex* articolo 4-*bis*, co. 2 del Testo unico, introdotto dall'articolo 1, comma 25, della legge 15 luglio 2009, n. 94.

⁵⁰ «...La stipula dell'Accordo di integrazione rappresenta condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno. La perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato...».

