

X Conferencia Trilateral

25-27 de septiembre 2008

Madrid



**Il cittadino extracomunitario e la
giurisprudenza costituzionale**

Italia

**SEMINARIO DE TRABAJO
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ITALIA, PORTUGAL Y
ESPAÑA**

**“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL FENÓMENO DE LA
EXTRANJERÍA”**

Madrid, 25, 26 y 27 de septiembre de 2008

RESUMEN PONENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ITALIA

Franco Bile
Presidente Tribunal Constitucional

IL CITTADINO EXTRACOMUNITARIO E LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Madrid, 26 settembre 2009

1. – Per parlare della condizione giuridica dello straniero è anzitutto opportuno un chiarimento terminologico. Di solito si parla dello straniero come di chi è privo della cittadinanza. Ma il nostro ordinamento prevede soggetti privi della cittadinanza italiana che non sono “stranieri”: gli «italiani non appartenenti alla Repubblica» (che godono dello *status* particolare previsto dall’art. 51, secondo comma, Cost., per cui la legge può parificarli ai cittadini per l’ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive) e i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea (che, per il Trattato di Maastricht, hanno la cittadinanza disciplinata dal diritto europeo). Tutti gli altri soggetti privi della cittadinanza italiana, e non rientranti nelle due citate categorie, sono stranieri; anche gli apolidi, che non sono cittadini di alcuno Stato.

La condizione giuridica dello straniero può essere vista sotto due prospettive, secondo che esso sia considerato in sé, «come persona», oppure nel contesto del fenomeno migratorio.

2. – La Costituzione adotta, quasi esclusivamente, la prospettiva dello «straniero come persona». Ed in realtà quando essa fu redatta il problema dei flussi migratori si poneva in Italia solo sul versante dell’emigrazione, essendo difficile immaginare rilevanti fenomeni immigratori in un paese devastato dalla guerra.

Secondo l’art. 10, secondo comma, Cost., «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». E l’art. 117, dopo la revisione costituzionale del 2001, dispone al primo comma che «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». Pertanto il legislatore italiano è costituzionalmente tenuto a rispettare sul punto (tra l’altro) la Convenzione europea dei diritti dell’uomo sottoscritta a Roma nel 1950 e ratificata con legge n. 848 del 1955.

Al riguardo la Corte costituzionale ha affermato che, in caso di contrasto fra una norma interna ed una norma convenzionale, la prima viola il citato art. 117, primo comma, il cui contenuto è integrato dalla seconda (*norma interposta*), purché non contraria alla Costituzione (sentenze nn. 348 e 349 del 2007). Perciò le norme convenzionali, da un lato, hanno una maggior forza di resistenza rispetto alle leggi ordinarie successive; e, dall’altro, sono soggette al controllo della Corte costituzionale.

3. – Accanto alle norme costituzionali dedicate specificamente agli stranieri occorre ricordare poi quelle concernenti genericamente gli «esseri umani», che, per la loro formulazione, devono intendersi riferite tanto ai cittadini quanto agli stranieri.

L'art. 2 Cost. significativamente riconosce e garantisce i «diritti inviolabili» non del cittadino, ma «dell'uomo», così dimostrando (secondo la Corte costituzionale: sentenza n. 105 del 2001 e, prima, sentenza n. 11 del 1956) che tali diritti «spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

Dal suo canto l'art. 3, primo comma, proclama che «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge*». Pur se questa formulazione sembra limitare l'applicazione del principio di uguaglianza ai soli cittadini, la Corte – leggendo la norma in connessione con i citati artt. 2 e 10 – ne ha ricavato l'esigenza che «l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo», quale è (tra gli altri) il «diritto alla vita» (sentenze nn. 120 del 1967 e 54 del 1979).

4. – La legislazione ordinaria considera prevalentemente gli stranieri nel quadro del fenomeno migratorio e quindi, per quanto si è detto, concerne in sostanza gli extracomunitari.

Alla fine degli anni '90, con il progressivo aumento dei flussi migratori in entrata, si è avvertita la necessità di sostituire alla legislazione vigente una nuova e più organica normativa generale, per dare compiuta attuazione alla riserva di legge di cui all'art. 10, secondo comma, Cost., non solo disciplinando l'ingresso, il soggiorno, l'allontanamento ed alcune altre vicende della vita degli stranieri extracomunitari in Italia, ma anche delineando un quadro compiuto della loro condizione giuridica.

Una siffatta normativa sui migranti comporta il bilanciamento di esigenze di rilievo costituzionale non sempre coincidenti. Se infatti, da un lato, la tutela dei diritti inviolabili deve essere garantita in condizione di eguaglianza sia ai cittadini che agli stranieri, dall'altro – come la Corte costituzionale ha da tempo affermato (sentenza n. 244 del 1974) – tale principio «trova delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato e il cittadino e lo Stato e lo straniero», poiché «non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti». E la stessa Corte ha soggiunto che «le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei

valori in gioco», non potendo lo Stato «abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere» con «regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza», «a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (sentenza n. 353 del 1997).

In tale contesto si colloca la legge n. 40 del 1998 (c.d. Turco-Napolitano), cui è seguito il testo unico approvato con il decreto legislativo n. 286 dello stesso anno (*d'ora in poi: t.u.*). Da tali norme emerge una visione dello straniero come ricchezza potenziale per la società italiana, nel senso che l'immigrazione può generare benefici alla comunità di accoglienza solo se adeguatamente disciplinata, con una netta distinzione tra stranieri *regolari* e stranieri *irregolari*, per garantire l'ordinato svolgersi dei flussi migratori, secondo le necessità di volta in volta emergenti nel paese: non a caso, una particolare importanza è riconosciuta alla regolamentazione dei flussi di ingresso (art. 21 del t.u.).

Poi – aumentando l'afflusso di immigrati extracomunitari irregolari ed esigendo i conseguenti problemi sociali adeguati interventi normativi – la disciplina del 1998 è stata in più punti modificata, anche profondamente, dalla legge n. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini).

5. – L'art. 2 del t.u. stabilisce al secondo comma – nella scia di una ultradecennale evoluzione normativa e giurisprudenziale – che «lo straniero *regolarmente soggiornante* nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente» (l'eccezione rinvia ai casi in cui tali norme contemplino la condizione di reciprocità: art. 16, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile). E precisa al primo comma che «allo straniero *comunque presente* alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti [*solo*] i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

6. – In dettaglio, mentre il cittadino ha diritto di risiedere nel territorio dello Stato senza limiti di tempo e non può esserne allontanato per nessun motivo, lo straniero (estraneo all'Unione europea) può entrarvi e soggiornarvi solo se autorizzato e per un periodo determinato, sottostando agli obblighi che l'ordinamento dello Stato gli impone. La Corte costituzionale ha da tempo ritenuto legittime le limitazioni legislative al soggiorno o alla circolazione

dello straniero in Italia, salvi sempre i diritti fondamentali (sentenze nn. 244 del 1974, 62 del 1994 e 353 del 1997).

La materia é oggi regolata dagli artt. 4 e 5 del t.u.

7. – Gli stranieri extracomunitari possono far ingresso nel territorio dello Stato, attraverso i valichi di frontiera, solo se in possesso di un passaporto valido (o documento equipollente) e del visto di ingresso, salvi i casi di esenzione (art. 4 del t.u.).

Il **visto di ingresso** è rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari italiane nello Stato di origine o stabile residenza dello straniero, accertata la presenza dei requisiti richiesti dalla legge (art. 4, comma 3, del t.u.).

Se lo straniero entra nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, il prefetto ne dispone l'espulsione (art. 13, comma 2, lettera a, del t.u.). Secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 2256 del 2004), l'autorità amministrativa ordina l'espulsione per il solo fatto dell'ingresso incontrollato nel territorio dello Stato, senza disporre di poteri discrezionali.

8. – Entro otto giorni lavorativi dal suo ingresso nel territorio dello Stato, lo straniero extracomunitario deve richiedere, al questore della provincia in cui si trova, il **permesso di soggiorno** (art. 5, comma 2, del t.u.). Esso, o il suo rinnovo, sono rifiutati – e il permesso eventualmente rilasciato è revocato – se mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso nello Stato, sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio o non si tratti di irregolarità amministrative sanabili (art. 5, comma 5, del t.u.).

Alla mancata tempestiva richiesta del permesso di soggiorno segue l'automatica emissione del decreto di espulsione (art. 13, commi 2 e 5, del t.u.), senza necessità di valutare preventivamente la sussistenza delle condizioni per il suo rilascio, e quindi anche se l'ingresso sia avvenuto legittimamente e sussistano le condizioni per l'ottenimento del permesso. La Corte costituzionale (ordinanza n. 463 del 2005) ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità di tale normativa, poiché l'automatismo espulsivo discende dal principio di legalità che permea tutta la disciplina dell'immigrazione.

9. – La legge prevede poi alcuni tipi particolari di ingresso e soggiorno in Italia di stranieri extracomunitari.

Il primo riguarda chi intenda esercitare nel territorio dello Stato un'attività non occasionale di lavoro autonomo (art. 26 del t.u.). Occorre però che l'esercizio di tale attività non sia

riservato per legge ai cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea, e che lo straniero possenga taluni requisiti normativamente indicati.

Il secondo é invece il "soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo" (d.lgs. n. 3 del 2007, di attuazione della direttiva 2003/109/CE). Occorre che lo straniero abbia, da almeno cinque anni, un permesso di soggiorno in corso di validità, dimostri la disponibilità di un reddito derivante da una fonte lecita, non inferiore all'importo dell'assegno sociale, e non sia "pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato".

10. - Gli stranieri extracomunitari privi di permesso di soggiorno possono regolarizzare la loro posizione mediante la procedura di legalizzazione del lavoro irregolare. La Corte, occupandosi di questa procedura, ha dichiarato incostituzionali le norme (art. 33, comma 7, lettera c), della legge n. 189 del 2002; art. 1, comma 8, lettera c), del decreto legge n. 195 del 2002, convertito in legge n. 222 del 2002) che non consentivano la regolarizzazione del lavoratore extracomunitario denunciato per reati per i quali é previsto l'arresto in flagranza: infatti «l'automatismo delle conseguenze ricollegate alla sola denuncia» é contrario al principio di ragionevolezza (sentenza n. 78 del 2005).

11. - Talune categorie di stranieri extracomunitari, in ragione delle situazioni dei paesi d'origine, fruiscono di trattamenti di favore.

Sono – da un lato – i titolari del *diritto di asilo* in Italia, riconosciuto dall'art. 10, terzo comma, Cost. allo straniero cui sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione; e – dall'altro – i soggetti considerati dalla Convenzione di Ginevra sui *rifugiati* del 1951 (ratificata con legge n. 722 del 1954), che assicura protezione a «chiunque [...], nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato» (art. 1, § A, n. 2).

Non é sempre agevole distinguere lo straniero cui sia *impedito* l'esercizio delle libertà democratiche (che ha diritto all'asilo garantito dalla Costituzione) dallo straniero *perseguitato* (che ha invece diritto alla protezione prevista dalla Convenzione), specie al fine di stabilire a quali condizioni l'immigrato extracomunitario possa essere collocato nelle rispettive categorie. Di recente la Corte di cassazione ha affermato che «il diritto di asilo consiste nel diritto ad ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo, finalizzato a consentire lo svol-

gimento del giudizio definitivo sulla domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato» (Cass., Sez. I, n. 25028 del 2005, n. 18549 e n. 18353 del 2006).

12. – Già la legge Turco-Napolitano ed il t.u. del 1998 prevedevano l'**espulsione** dello straniero extracomunitario, di competenza del ministro dell'interno (per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato: art. 13, comma 1, del t.u.) o del prefetto (per difetto delle condizioni legittimanti la presenza dello straniero nello Stato: art. 13, commi 2 ss.). La successiva legge Bossi-Fini ha modificato tali norme, stabilendo che l'espulsione sia disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame, e sia sempre eseguita dalla forza pubblica con l'accompagnamento alla frontiera (art. 13, comma 4, del t.u.). Se l'accompagnamento non è immediatamente possibile, il questore dispone il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea (art. 14, comma 1, del t.u.); se neppure il trattenimento è attuabile, ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro cinque giorni (art. 14 comma 5-*bis*, del t.u.).

Sotto il profilo della tutela giurisdizionale, sono previste sia l'impugnativa del provvedimento di espulsione del Ministro (avanti al T.a.r. del Lazio: art. 13, comma 1, del t.u.) o del questore (avanti al giudice di pace: art. 13, comma 8, del t.u.), sia la convalida (da parte del giudice di pace) dei provvedimenti di trattenimento (art. 14, comma 3, del t.u.) e di accompagnamento alla frontiera (art. 13, comma 5-*bis*, del t.u.).

A proposito della convalida di tale ultimo provvedimento, la Corte ha ritenuto che esso, riguardando la libertà personale, deve essere assistito dalle garanzie dell'art. 13 Cost.; e ha quindi dichiarato incostituzionale la norma citata nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida dovesse svolgersi in contraddittorio, prima dell'accompagnamento alla frontiera, e con le garanzie della difesa (sentenza n. 222 del 2004).

La Corte ha invece dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma che consente al questore di dare immediata esecuzione al decreto di espulsione con intimazione allo straniero di lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato, senza prevedere alcuna tutela giurisdizionale (ordinanza n. 280 del 2006). Infatti – a differenza dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera, che incide sulla libertà personale del destinatario e deve quindi essere assistita dalle garanzie di cui all'art. 13 Cost. – l'intimazione di lasciare il territorio dello Stato riguarda la libertà di circolazione e non quella personale, perché l'autorità di polizia non esercita alcuna coazione fisica per ottenerne l'adempimento.

13. – L'allontanamento dello straniero si collega ad alcune figure di reato. Un primo reato è il **trattenimento dello straniero senza giustificato motivo nel territorio dello Stato**, in violazione dell'ordine di allontanamento (art. 14, comma 5-ter, del t.u.). Un altro è il **reingresso dello straniero nello Stato in violazione del provvedimento di espulsione** (art. 13, commi 13 e 13-bis, del t.u.). Di essi si occuperà tra poco il Vice-Presidente prof. Flick.

14. – Un istituto di recente introduzione ha esteso, nei confronti dei cittadini comunitari, taluni strumenti di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblici tradizionalmente riferiti agli stranieri extracomunitari.

La giurisprudenza di legittimità tradizionalmente affermava che «i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea non possono essere assoggettati a nessuna forma di espulsione (Cass., n. 1760 del 2000). Di recente è però intervenuto il decreto (n. 30 del 2007, modificato dal d.lgs. n. 32 del 2008,) che ha attuato la direttiva (2004/38/CE) sul diritto di circolare dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari. In particolare, l'art. 20 stabilisce che il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini comunitari può essere limitato (solo) per motivi di sicurezza dello Stato, per motivi imperativi di pubblica sicurezza o per altri motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica, con ulteriori distinzioni a seconda delle tipologie di soggetti interessati (ad esempio, se si tratti di titolari di diritto di soggiorno permanente, di minorenni, ecc.). Sul punto si registra, finora, solo giurisprudenza di merito.

Al tema dell'allontanamento di cittadini comunitari non è estraneo il recente ingresso di nuovi Stati nell'Unione Europea. In particolare, dopo l'ingresso della Romania la Corte di cassazione (S.U., sentenza n. 2451 del 2008) ha escluso che i romeni, ai fini penali, debbano essere trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che perciò i reati da loro commessi quando per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili.

15. – L'ultima parte della relazione scritta illustra dettagliatamente lo *status* dello «straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato»; e dimostra come, malgrado la formulazione letterale dell'art. 2, secondo comma, del t. u. (cfr. *retro*, § 4), di una sua eguaglianza rispetto al cittadino non si può parlare in termini generali.

Essa in primo luogo non sussiste per i diritti politici, per i quali è richiesto il più intimo collegamento con lo Stato assicurato dalla cittadinanza. E – in ordine ai diritti civili – l'equiparazione non è piena, se non altro perché risulta talora decisivo il grado di collegamento tra lo straniero e la comunità nazionale (ad esempio, per godere di taluni diritti sociali può

essere richiesto lo svolgimento di un'attività lavorativa; a certi fini può bastare la mera presenza sul territorio, mentre in altri può occorrere la residenza, ecc.).

Pertanto si può dire – in rapida sintesi – che l'eguaglianza dello straniero “regolare” con il cittadino vale per alcuni diritti di libertà (quali la libertà personale e di circolazione) e per altri diritti invocabili in sede processuale e nei confronti della pubblica amministrazione (per ottenere, ad esempio certe prestazioni in tema di assistenza sanitaria e sociale), o connessi all'istituto familiare e ai rapporti di lavoro, nonché per la normativa sulla tutela contro atti di discriminazione.

Per più ampi ragguagli si rinvia alla relazione scritta.