



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. II

(ESTRATTO)

**CLAUDIO PANZERA**

**TITOLARITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI E SOCIETÀ DEMOCRATICA**

19 GIUGNO 2023

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Claudio Panzera**  
**Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica\***

**ABSTRACT:** *The essay, also written to honor the memory of Professor Gladio Gemma, dwells on the recognition of fundamental rights beyond citizenship. Dialoguing with Gemma's thought on the aims and limits of a constructive interpretation of constitutional rights of aliens, the paper focuses on the concepts of 'democratic societies' (within the ECHR) and 'constitutional pact' (within national legal orders) as normative backgrounds for interpreting and balancing operations of both the political bodies and the judiciary. It finally tests this theoretical framework in the paradigmatic case of the right to asylum and the access to territory.*

SOMMARIO: 1. I diritti degli stranieri: due modelli a confronto. – 2. Stato costituzionale e *status* dei non cittadini (dalla sovranità alla discrezionalità). – 3. Diritti della persona e società democratica: *simul stabunt vel simul cadent*. – 4. Conflitti paradigmatici: accesso al territorio e diritto d'asilo.

1. *I diritti degli stranieri: due modelli a confronto*

In un breve scritto in tema di libertà degli stranieri, confezionato in occasione di uno dei tradizionali seminari “preventivi” ferraresi cui era solito partecipare, Gladio Gemma metteva in guardia dai possibili eccessi di una «visione “teologica” del diritto» contrastante con la storicità e relatività propria delle «categorie delle scienze sociali, e di quella giuridica in modo specifico»<sup>1</sup>.

La sua critica, come sempre garbata e animata da sincero spirito dialogico, era diretta nello specifico contro il modello da lui definito *universalistico* di garanzia dei diritti degli stranieri, ossia quell'approccio teorico che fa discendere dall'eguaglianza in dignità di tutti gli uomini la necessaria estensione ai non cittadini, nella misura massima possibile, dei diritti che la Costituzione italiana riconosce ai cittadini. Un approccio forse minoritario nella sua versione più estrema e intransigente, ma a suo giudizio implicitamente condiviso – talvolta, anche in modo inconsapevole – da «larghi settori della cultura giuridica e sociologica»<sup>2</sup>.

A questo modello Gemma ne opponeva un altro, considerato «decisamente più rispondente alla Costituzione»<sup>3</sup>, che per semplificare definirei *particolaristico* (benché l'autore non ricorra a questo termine). Tale approccio non contesta l'espansione della garanzia dei diritti costituzionali in favore dei non cittadini, né la conseguente riduzione della distanza fra gli “statuti giuridici” propri del cittadino e dello straniero, che costituisce un dato di fatto ormai assodato<sup>4</sup>.

Esso mira, piuttosto, a interrogarsi criticamente sulla «filosofia da seguire circa la delimitazione di tale tendenza», collocando il tema dei diritti degli stranieri sullo sfondo dell'esigenza inderogabile di preservare l'«essenza» e il «funzionamento» della comunità politica ospitante, «per natura inclusiva di alcuni (i cittadini) ed esclusiva di altri (i non cittadini)»<sup>5</sup>. In questa seconda prospettiva, i *diritti* da riconoscere agli stranieri andrebbero dunque commisurati agli *interessi* della comunità politica di riferimento.

Il Nostro, dopo aver indicato i criteri che dovrebbero ispirare l'interpretazione delle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali dei non cittadini, affronta in modo specifico la questione di legittimità delle norme del testo unico sull'immigrazione oggetto del citato seminario

\*  Destinato anche agli Scritti in memoria di Gladio Gemma.

<sup>1</sup> G. GEMMA, *Libertà degli stranieri nel rispetto della legalità*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, Veronesi (a cura di), *Stranieri tra diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, 91.

<sup>2</sup> Ivi, 93.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Per un'approfondita analisi del punto, fra gli scritti di quel periodo, v. almeno M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1997 e C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001.

<sup>5</sup> G. GEMMA, *Libertà degli stranieri*, cit. 92.

di studi<sup>6</sup>. Tralasciando quest'ultima, di rilievo limitato ai fini di questo scritto, è sulla prima parte che intendo svolgere qualche riflessione e “dialogare” a distanza con Gemma.

## 2. Stato costituzionale e status dei non cittadini (dalla sovranità alla discrezionalità)

Universalismo e particolarismo rappresentano le coordinate teoriche generali lungo cui si snoda una parte importante della riflessione giuridica attorno alle nozioni di “diritti fondamentali” e “cittadinanza”. Fra queste ultime esiste notoriamente un rapporto complesso: di *contrapposizione*, se si assume la prospettiva universalistica (per la quale la cittadinanza statale costituisce un fattore di indebita restrizione nel riconoscimento dei diritti dell'uomo)<sup>7</sup>; di *implicazione reciproca*, se si predilige quella particolaristica (i diritti umani quale attributo non dell'individuo isolato, ma della persona partecipe di una comunità politica)<sup>8</sup>.

È ampiamente noto che le codificazioni costituzionali di fine Settecento hanno avuto l'effetto di ancorare ad un contesto storico-politico *determinato* l'enunciazione di quei diritti che per il giusnaturalismo moderno erano un prodotto della ragione universale, valido a qualunque latitudine geografica e invariante rispetto ai costumi delle diverse società. A partire dalla seconda metà del Novecento i due percorsi – giusnaturalistico e positivistico – hanno iniziato a convergere nel senso dell'affermazione di «diritti positivi universali»<sup>9</sup>. Ciò è avvenuto grazie all'avvio di un processo di codificazione su scala internazionale che non si è mai sostanzialmente arrestato<sup>10</sup>, e per effetto dell'apertura “all'esterno” – ispirata ai valori della pace e della giustizia – delle Costituzioni del secondo dopoguerra, alimentata da clausole sul riconoscimento di diritti fondamentali *della persona* non più mediati dell'appartenenza statale<sup>11</sup>. In breve, la spinta verso l'universalizzazione dei diritti

---

<sup>6</sup> La questione di costituzionalità riguardava l'istituto del trattenimento e le modalità di esecuzione dell'espulsione amministrativa dello straniero (artt. 13 e 14, d.lgs. n. 286/1998), poi decise nel senso della infondatezza – “semplice” nel primo caso, “nei sensi di cui in motivazione” nel secondo – da [Corte cost. sent. 22 marzo 2001, n. 105](#).

<sup>7</sup> L'«ultimo privilegio di status, l'ultimo fattore di esclusione e discriminazione, l'ultimo relitto premoderno delle disuguaglianze personali in contrasto con la conclamata universalità e uguaglianza dei diritti fondamentali», per dirla con L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 288. Similmente, S. RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, ivi, 318 ss. e poi ID., *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 4; ma v. anche V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AIC, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, 3 ss.

<sup>8</sup> La notissima, e spesso abusata, espressione “diritto ad avere diritti” di H. ARENDT (cfr. *Le origini del totalitarismo*, I ed. 1951, trad. it., Einaudi, Torino, 2004, 410) si riferiva non casualmente all'appartenenza ad una comunità politica come precondizione di fatto necessaria – negli ordinamenti giuridici dell'epoca – per il riconoscimento degli altri diritti: «La privazione dei diritti umani si manifesta soprattutto nella mancanza di un posto nel mondo che dia alle opinioni un peso e alle azioni un effetto» (*ibidem*); e ancora «L'individuo può perdere tutti i cosiddetti diritti umani senza perdere la sua qualità essenziale di uomo, la sua dignità umana. Soltanto la perdita di una comunità politica lo priva della sua umanità» (ivi, 412).

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 24.

<sup>10</sup> Fra i molti, A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, I ed., 1988, Laterza, Roma-Bari, 2002. È discusso se tale sviluppo sia giunto al punto di determinare una trasformazione “strutturale” del diritto internazionale: per un'esposizione ragionata delle varie tesi in proposito, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Dir. umani dir. int.*, 2, 2014, 275 ss., che propende per la risposta affermativa.

<sup>11</sup> Tra le tante disposizioni esistenti, v. per esempio l'art. 2 della Costituzione italiana, l'art. 1 della Legge fondamentale tedesca e l'art. 10 della Costituzione spagnola. In merito, valga per tutti l'affermazione della Corte costituzionale italiana secondo cui i «diritti che la Costituzione proclama inviolabili», siano essi espressamente disciplinati o implicitamente ricompresi nell'art. 2, «spetta[no] ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» ([Corte cost. 22 marzo 2001, n. 105](#), ripresa dalle successive [sentt. 5 luglio 2010, n. 249](#) e [20 luglio 2011, n. 245](#), concernenti, rispettivamente, la libertà personale, l'eguale trattamento penale e il diritto a contrarre matrimonio). Specularmente, in relazione all'estensione legislativa degli obblighi di leva agli apolidi, la Corte ha parlato di una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, [che] accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove,

– e la loro autonomizzazione dalla cittadinanza – può dirsi in larga parte dovuta all’interazione di due concomitanti, articolati e ormai integrati fenomeni: la “internazionalizzazione” del diritto costituzionale statale e la “costituzionalizzazione” del diritto internazionale<sup>12</sup>.

Le vicende storiche degli ultimi settant’anni si sono fatte carico di mostrare con cruda evidenza che non basta proclamare solennemente i diritti per vederli realizzati in concreto. Sul piano delle conseguenze materiali, lo *iubeo* dell’autorità politica non equivale al *fiat* del Dio-creatore. Lo scarto tra norma e fatto è particolarmente lampante a livello internazionale generale, per l’assenza, debolezza o inefficienza delle istituzioni globali e delle procedure giuridiche deputate alla garanzia dei diritti astrattamente riconosciuti<sup>13</sup>.

Più incoraggiante è il quadro che emerge dall’analisi degli strumenti disponibili su scala regionale-continentale, specie ove la previsione di cataloghi di diritti sia completata dall’istituzione di rimedi giurisdizionali o para-giurisdizionali attivabili su ricorso statale o d’ufficio (ad es., la Convenzione americana sui diritti umani del 1969), ovvero anche su iniziativa individuale (la Cedu del 1950) o collettiva (la Carta sociale europea del 1961, riveduta nel 1996). In tali evenienze, la distanza tra riconoscimento ed effettività dei diritti, che non può mai essere del tutto colmata, tende a ridursi in maniera significativa. Laddove, poi, la preoccupazione per la garanzia dei diritti è assorbita all’interno di un avanzato processo di integrazione giuridica sovranazionale come nel caso dell’Ue, l’effettività dei diritti finisce per rappresentare un aspetto del più generale fenomeno dell’applicabilità delle norme di quell’ordinamento, dunque dell’effettività del sistema normativo “integrato”<sup>14</sup>.

Per concludere sul punto, quando si affronta il tema del rapporto tra autogoverno democratico e diritti umani, è impensabile prescindere dall’esistenza di una serie di vincoli esterni, eterogenei quanto si vuole per estensione ed efficacia ma comunque stabili, sul modo in cui gli Stati decidono di trattare gli stranieri – e finanche i propri cittadini – in relazione alla spettanza e all’esercizio di diritti fondamentali. Per essere più precisi, il fenomeno non riguarda ovviamente *tutti* gli Stati, ma soltanto quelli che ispirano la propria organizzazione e azione ai principi del costituzionalismo: in detti ordinamenti, autovincoli costituzionali e obblighi internazionali/sovranazionali (pur sempre fondati su norme costituzionali di autorizzazione) assolvono congiuntamente una funzione di limite al potere dello Stato nei confronti dei non cittadini, cui “devono” essere garantiti certi diritti.

---

parlando di diritti inviolabili dell’uomo e richiedendo l’adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l’appunto, dal legame stretto di cittadinanza» ([Corte cost. sent. 10 maggio 1999, n. 172](#), ma v. pure [Corte cost. sent. 13 maggio 2015, n. 119](#), sul servizio civile dello straniero come «adempimento di un dovere di solidarietà» e «opportunità di integrazione e di formazione alla cittadinanza»).

<sup>12</sup> Sul primo fenomeno, v. già B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les tendances internationales des nouvelles constitutions*, in *Rev. gén. droit. int. publ.*, 3-4, 1948, 375 ss.; per quanto riguarda la Costituzione italiana, è ancora di grande utilità la lettura di A. CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale (Gli ideali internazionalistici dei costituenti)*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 461 ss. Sul secondo, ben più controverso fenomeno, v. fra gli altri: E. DE WET, *The Constitutionalization of Public International Law*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford-New York, 2012, 1209 ss.; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2, 2014, 239 ss.

<sup>13</sup> L’estensione su scala mondiale del “paradigma costituzionalistico” necessiterebbe di modifiche radicali non solo con riguardo all’assetto delle organizzazioni internazionali esistenti, ma anche nella regolazione giuridica di beni e risorse o nella prevenzione di rischi e minacce che, interessando la sopravvivenza dell’umanità intera, non possono essere interamente rimessi alla decisione sovrana dei singoli Stati. Cfr. spec. L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra. L’umanità al bivio*, Feltrinelli, Milano, 2022. Auspica invece il ritorno ad un approccio westfaliano, sia pur rinnovato, M. LUCIANI, *Dal chaos all’ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2, 2019, 373 s. Sullo scarto fra aspirazioni globali del *potere* e tutele regionali/continentali del *diritto*, v. ora A. SPADARO, *Potere globale*, in *Enc. dir.*, estr. da M. Cartabia, M. Ruotolo (dir.), *I Tematici*, V-2023, *Potere e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2023, 735 ss.

<sup>14</sup> I problemi, semmai, riguardano le tecniche di composizione e armonizzazione dei conflitti che inevitabilmente si pongono tra i diversi livelli di disciplina dei diritti riconosciuti.

### 3. Diritti della persona e società democratica: simul stabunt vel simul cadent

Le rapide osservazioni che precedono costituiscono lo sfondo per riflettere sul complesso tema della relazione fra diritti dei non cittadini e società democratica sotteso allo scritto di Gemma.

Sull'esigenza di salvaguardare l'essenza e il funzionamento della comunità politica ospitante, che l'A. pone come limite inderogabile all'estensione delle libertà costituzionali agli stranieri, non si può ovviamente che concordare. Va precisato, però, che quell'esigenza rappresenta un criterio per l'attribuzione di diritti in capo a *chiunque* e non solo allo straniero. I diritti, infatti, non vanno intesi quali "assoluti costituzionali" che vivono in una dimensione storica e irrelata, ma si affermano nell'ambito di un ordine politico concreto ispirato a determinati criteri di giustizia (di cui gli stessi diritti – insieme ai doveri: art. 2 Cost. – sono parte essenziale) esplicitamente o implicitamente incorporati nelle relative Costituzioni. In tale prospettiva, è del tutto naturale che l'emersione di un nuovo diritto o di nuovi contenuti di un diritto esistente o ancora – ciò che qui interessa – la sua estensione a nuovi titolari trovi un limite nei fondamenti *costituzionali* della comunità politica di riferimento, anche quando l'innovazione vada a beneficio dei soli cittadini.

Per fare alcuni esempi elementari, la libertà di manifestazione del pensiero non si estende fino a coprire gli insulti e le offese all'onore e alla reputazione altrui, così come la libertà religiosa non legittima l'organizzazione e il compimento di attività terroristiche né il dissenso politico azioni volte a rovesciare le legittime istituzioni democratiche; e si potrebbe continuare. Gli esempi richiamati sono in vario modo legati alla sopravvivenza della società democratica e pluralista (non a caso le condotte richiamate vengono contrastate con lo strumento del diritto penale), che *sola* permette a ciascuno di godere al massimo grado possibile della libera manifestazione del proprio pensiero, delle libertà di credo e propaganda religiosa, del diritto al dissenso politico<sup>15</sup>.

L'invocazione di nuovi diritti, o l'estensione di quelli esistenti, nelle democrazie costituzionali che vogliono rimanere tali (cioè non tradire i propri caratteri essenziali: democraticità, liberalismo, pluralismo, tolleranza, inclusione, ecc.), è dunque sottoposta ad una *riserva di compatibilità* con i valori comuni su cui è edificato il "patto costituzionale", patto nel quale si sostanziano gli interessi della comunità politica.

È evidente che le scelte in ordine all'ammissione e all'esclusione «costituiscono il nucleo dell'indipendenza di una comunità, e indicano il significato più profondo dell'autodeterminazione»<sup>16</sup>, ma – a parte ogni considerazione sulla natura intrinsecamente "dinamica" dei processi (continui) di costruzione dell'identità collettiva<sup>17</sup> – va rimarcato che negli Stati costituzionali *nessun* potere può essere arbitrario e assoluto, incluso quello di autodeterminazione politica. La rilevanza degli interessi sociali che potrebbero astrattamente frapporsi nel cammino di espansione delle libertà costituzionali, in quanto "essenziali" o "funzionali" a preservare la comunità politica data, discende «in primo luogo dai principi giuridici ancorati nella cultura politica e *non* dall'insieme di una particolare forma di vita etnico-culturale»<sup>18</sup>.

Un simile ordine di idee viene espresso nelle Carte internazionali dei diritti mediante la nozione di *società democratica*, associata alla previsione di limitazioni nel godimento delle situazioni giuridiche protette: tale formula ellittica sta propriamente ad indicare il contesto semantico di

<sup>15</sup> Sull'(apparente) paradosso del diritto di una società tollerante di non tollerare gli intolleranti, v. le classiche pagine di K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I: *Platone totalitario*, I ed. 1945, trad. it., Armando, Roma, 1973, 360.

<sup>16</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia* (1983), trad. it., Laterza, Roma-Bari, 2008, 70 s., il quale, però, riconoscendo che l'appartenenza alla comunità politica non può essere definita che democraticamente (ossia, con il coinvolgimento di tutti coloro soggetti al governo), associa al «diritto (limitato) di chiusura» delle comunità il «carattere politicamente inclusivo» delle stesse.

<sup>17</sup> Nella prospettiva dei legami di cittadinanza, v. da ultimo A. RAUTI, *Cittadinanza e interculturalismo*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Attualità di diritto pubblico*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 127 ss.

<sup>18</sup> J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale* (1990), trad. it. in ID., *Morale, Diritto, Politica*, I ed. 1992, Einaudi, Torino, 2007, 135 (c.vo dell'A.).

riferimento per l'interpretazione delle cause legittimanti le interferenze statali<sup>19</sup>. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella cui giurisprudenza la clausola è utilizzata con maggiore frequenza, è democratica quella società connotata da «tolleranza, pluralismo e spirito di apertura» (*tolerance, pluralism and broadmindedness*) e nel cui ambito sono ammissibili solo le limitazioni necessarie, ossia giustificate sulla base di un «bisogno sociale impellente» (*pressing social need*), e proporzionate<sup>20</sup>, secondo un giudizio di bilanciamento che si sforza di tenere insieme garanzia di uniformità dei diritti e margine d'apprezzamento nazionale, *consensus standard* europeo e *better position* delle autorità statali. In sintesi, nell'ambito considerato limitazioni ai diritti fondamentali sono permesse solo in quanto previste dalla legge (*legali*), a difesa di interessi generali predeterminati (*legittime*), indispensabili e comunque proporzionate (*necessarie*): ovvero con tutte le garanzie presenti in società che, in teoria, dispongono la massima tutela dei diritti o, il che è lo stesso, il loro minimo sacrificio<sup>21</sup>.

Il concetto di “società democratica”, così, compendia su scala internazionale le condizioni di quella “riserva di compatibilità” cui si è fatto riferimento in ambito interno, assicurando un'interpretazione *rights-oriented* delle interferenze pubbliche nelle libertà individuali e collettive e contenendo *dall'esterno* il pericolo di «abuso di sovranità»<sup>22</sup> che sempre si cela fra gli interstizi dell'applicazione autoritativa di clausole generali vaghe (morale, sicurezza nazionale, benessere economico, ecc.). Allo stesso tempo, quella nozione ha permesso alla Corte europea di elaborare – attraverso la comparazione fra le normative nazionali – un *codice comunicativo comune in tema di libertà fondamentali sostanzialmente pluralista*<sup>23</sup>.

La conclusione del paragrafo precedente può ora essere meglio precisata nel modo che segue: i limiti giuridici esterni al potere discrezionale degli Stati costituzionali nei riguardi dei non cittadini fanno riferimento e all'esistenza di “diritti positivi universali” e alla natura e tipologia delle “ingerenze” pubbliche sul loro godimento.

#### 4. *Conflitti paradigmatici: accesso al territorio e diritto d'asilo*

Dalle sue premesse Gemma trae la conclusione che risulterebbe indebita l'estensione agli stranieri sia dei diritti *stricto sensu* politici che di quei diritti di libertà il cui esercizio possa compromettere la “sicurezza” e, con essa, l'effettivo funzionamento della comunità politica<sup>24</sup>. Fra

<sup>19</sup> V. già l'art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ma spec. gli artt. 8-11 della Cedu, l'art. G della Carta sociale europea, gli artt. 21-22 e 4 dei due Patti internazionali, rispettivamente, sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Fra gli interessi generali cui le clausole limitative citate fanno rinvio vi sono: la protezione della morale e della salute, l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale e l'integrità territoriale, il benessere economico (o il benessere generale) della società, la protezione dei diritti altrui, l'autorità e imparzialità del potere giudiziario.

<sup>20</sup> Corte eur., 7 dicembre 1976, *Handyside v. The United Kingdom*, §§ 48-49, con indicazioni anche sulle diverse accezioni del termine “necessità” nei casi di mere interferenze legittime nei diritti *ex artt.* 8-11 e in quello di deroga in caso di guerra *ex art.* 15. La diversa costruzione del giudizio di proporzionalità non impedisce, tuttavia, di cogliere l'analogia funzionale dei due parametri nel delimitare i rapporti tra margine di apprezzamento statale e sindacato giurisdizionale della Corte: cfr. per tutti F. DONATI, MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 110.

<sup>21</sup> G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero e “società democratica” (sulle «ragioni» dello Stato)*, Cedam, Padova, 1994, 44, notava correttamente che la nozione di «società democratica» rappresenta sia il parametro delle limitazioni ammissibili che il bene tutelato dalle medesime.

<sup>22</sup> Ivi, 93 s.

<sup>23</sup> «[S]e la comparazione giuridica rappresenta il principale linguaggio con cui la Corte ha perseguito tale disegno di ridefinizione pluralista dei contenuti della Convenzione, la “società democratica” costituisce il fondamentale assetto procedurale entro il quale questa ridefinizione è avvenuta». Cfr. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, 196.

<sup>24</sup> Sulla sicurezza e l'uso dei poteri coercitivi dello Stato come strumento di realizzazione della legalità nello Stato di diritto, v. sempre G. GEMMA, *Libertà degli stranieri*, cit., 92.

questi ultimi, il più rilevante sarebbe il *diritto di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale*. Oltre a porre problemi specifici nella gestione dell'ordine pubblico, l'estensione di tale diritto metterebbe a rischio la tenuta dei conti pubblici e la stabilità dei vincoli sociali, aprendo alla rivendicazione di ulteriori situazioni giuridiche di vantaggio sul piano economico e sociale (al lavoro, all'assistenza, all'istruzione, all'abitazione, ecc.) e moltiplicando a dismisura – in danno ai cittadini in stato di bisogno – i potenziali beneficiari delle politiche redistributive sottese ai doveri inderogabili di solidarietà e al principio di eguaglianza sostanziale che una Costituzione come quella italiana impone al legislatore di adottare<sup>25</sup>.

L'osservazione coglie un problema certamente reale, quello del grado di solidarietà *sostenibile* o, più esattamente, del necessario bilanciamento che ogni Stato è chiamato a operare tra «la socialità interna e la solidarietà internazionale»<sup>26</sup>. Sotto questo profilo, neppure la società democratica più aperta e inclusiva può eludere il problema dei limiti al principio di solidarietà se vuole preservare le condizioni di effettività dei diritti riconosciuti, visto che «la quantità ridonda in effettività o, meglio, la limitazione della prima si pone a presupposto della garanzia della seconda»<sup>27</sup>. La questione, che si pone evidentemente anche nei rapporti interni alla comunità politica (fra cittadini), acquisisce uno spessore teorico ed empirico diverso nelle relazioni con i soggetti esterni a quest'ultima (fra cittadini e stranieri), in misura ovviamente variabile in ragione della “tipologia” di straniero preso in considerazione: cittadino europeo, cittadino di Paese terzo, titolare di protezione internazionale, richiedente asilo, straniero regolarmente soggiornante, soggiornante di lungo periodo, straniero non in regola con le norme su ingresso e soggiorno, straniero non espellibile, ecc.

Le sintetiche notazioni di Gemma richiamano l'attenzione su tre ordini di problemi, che si dispongono su una scala cronologica e assiologica di intensità crescente: accesso al territorio, integrazione sociale, partecipazione politica. Tre ambiti diversi, ma evidentemente collegati, dell'incessante dialettica tra esigenze della comunità politica *particolare* e garanzia dei diritti umani *universali*. Per il suo carattere condizionante rispetto agli altri, è sul primo ambito che intendo svolgere ancora qualche breve osservazione.

Il libero ingresso e soggiorno nel territorio statale è, come si sa, prerogativa del cittadino<sup>28</sup>; lo straniero deve invece ottenere un provvedimento di ammissione rilasciato a discrezione delle autorità, rispetto al quale egli vanta al massimo un interesse legittimo. Su questa differenza fondamentale, che affonda le radici in dogmi risalenti della teoria generale dello Stato (quali il principio di sovranità territoriale e il rapporto di implicazione necessaria tra cittadinanza formale e statualità), convergono tuttora sia le discipline costituzionali che le norme internazionali<sup>29</sup>. Vincoli esterni e autovincoli interni, tuttavia, limitano la discrezionalità statale in materia: per fare solo alcuni esempi, si ricorda che fra i pilastri del diritto Ue è annoverata la libertà di circolazione, oltre che il diritto al soggiorno breve (fino a 90 giorni), dei cittadini europei nei territori degli Stati membri<sup>30</sup>; mentre l'art. 10, comma 3, Cost. italiana – secondo l'interpretazione maggiormente

<sup>25</sup> Ivi, 93 s.

<sup>26</sup> G. D'ORAZIO, *Condizione dello straniero*, cit., 17.

<sup>27</sup> Ivi, 29 (ma pure 103 s. e 112). Sul nesso che lega “sostenibilità” (anche economica) e “giustiziabilità” dei diritti sociali, v. poi: L. JIMENA QUESADA, *La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas*, in *Estud. econ. appl.*, 3, 2009, 743 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 7.

<sup>28</sup> Secondo G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 41 s., il diritto di risiedere nel territorio sarebbe l'unico contenuto davvero ineliminabile della cittadinanza-nazionalità.

<sup>29</sup> La differenza di posizione fra cittadini e stranieri rispetto all'ingresso e soggiorno nel territorio è stata costantemente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale, che l'ha giustificata anche sulla base di un presunto “legame ontologico” fra il cittadino e lo Stato (v., in particolare: [Corte cost. sentt. 19 giugno 1969, n. 104](#), [10 luglio 1974, n. 244](#), [25 novembre 1987, n. 503](#) e [10 febbraio 1994, n. 62](#)). Per una critica agli eccessi di una tale concezione della cittadinanza, v. però A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 383 ss.

<sup>30</sup> Cfr.: B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libera circolazione nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 79 ss.; G. D'AMICO, *Ingresso, soggiorno e circolazione*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 275 ss.

coerente con la *ratio* della previsione – garantisce allo straniero in cerca di asilo il diritto di essere ammesso nel territorio (temporaneamente fino all’esito della sua domanda e, in modo più stabile, per tutta la durata dello *status* riconosciutogli), in forme più ampie e garantiste rispetto all’applicazione, comunque obbligatoria, del principio internazionale ed europeo del *non refoulement*<sup>31</sup>. L’art. 2, comma 1, del testo unico sull’immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) riconosce poi allo straniero extracomunitario «comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato [...] 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»<sup>32</sup>.

Fattori soggettivi e fattori oggettivi concorrono dunque nel circoscrivere, alla luce dei principi costituzionali e internazionali in materia di diritti della persona, lo spazio riservato alle valutazioni di opportunità rimesse allo Stato in ordine alla gestione delle proprie frontiere (che, nel caso dei Paesi Ue confinanti con Stati terzi, sono anche frontiere esterne *comuni* dell’Unione). Se così non fosse, non si spiegherebbe la discutibile prassi della “mobilitazione” artificiale dei confini – respingimenti informali e differiti, extraterritorialità delle zone di transito, esternalizzazione dei controlli – cui talvolta gli Stati di immigrazione ricorrono per eludere gli obblighi di protezione e assistenza vigenti in favore degli stranieri che cerchino di raggiungere il loro territorio<sup>33</sup>.

Il diritto di asilo assume un valore paradigmatico nella rappresentazione del conflitto tra diritti universali della persona e interessi generali della comunità politica. Rispetto ad esso, si deve constatare come buona parte dei vincoli esterni riveli, sul piano empirico, un’efficacia piuttosto blanda<sup>34</sup>. Com’è risaputo, la normativa internazionale tempera la discrezionalità statale nell’ammettere rifugiati e richiedenti asilo sul territorio, ma non la trasforma in un obbligo di accoglienza<sup>35</sup>. Anche nel regime convenzionale europeo (Cedu), dove il divieto di respingimento ha acquisito un carattere assoluto e inderogabile e si è arricchito di importanti garanzie procedurali<sup>36</sup>, non è possibile enucleare un “diritto” a ricevere asilo o al rilascio di un titolo di soggiorno nello Stato parte<sup>37</sup>. Le politiche di contenimento dei flussi non sono, peraltro, un’esclusiva degli Stati: la stessa Ue, che ha sviluppato un proprio sistema di asilo<sup>38</sup>, dopo l’ambigua gestione della crisi siriana del 2015 si è fatta promotrice di un modello di esternalizzazione delle frontiere affidando alla Turchia (Dichiarazione congiunta del 18 marzo 2016) il ruolo di *gatekeeper* d’Europa nei

<sup>31</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto, ed ult. bibl., rinvio a C. PANZERA, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d’asilo*, in *Quad. cost.*, 4, 2022, 829 ss.

<sup>32</sup> Una rassegna delle situazioni giuridiche garantite è in P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 85 ss.

<sup>33</sup> Prassi che solo nei casi più eclatanti trova un argine negli strumenti di garanzia esterni allo Stato: limitatamente all’ambito europeo, si ricordano le decisioni delle Corti europee sul respingimento in acque internazionali (Corte eur. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*) e sui trattenimenti nelle zone di transito (Corte eur. 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, e 2 giugno 2022, *H.M. and Others v. Hungary* del 2.06.2022; Corte giust. Ue 14 maggio 2020, C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA*). Per un’indagine specifica dei problemi connessi al fenomeno evidenziato, fra i contributi più recenti v. C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

<sup>34</sup> Riprendo in parte le osservazioni svolte nel mio *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d’asilo*, loc. cit.

<sup>35</sup> Per tutti, G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, III ed., OUP, Oxford, 2007, 415, per i quali «there is no necessary connection between non-refoulement and admission or asylum» (c.vi testuali).

<sup>36</sup> V., per tutti, M. SAVINO, D. VITIELLO, *Non respingimento*, in C. Panzera, A. Rauti (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., 481 ss.

<sup>37</sup> Di recente, poi, la Corte europea ha assunto un atteggiamento di *self-restraint* nei riguardi dei respingimenti alla frontiera quando la mancanza di un esame individuale della posizione del ricorrente è imputabile alla condotta colposa di questi, nella specie al tentativo di ingresso illegale nel territorio (Corte eur., GC, 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*; Corte eur. 5 luglio 2022, *A.A. and Others v. North Macedonia*). Così facendo, però, l’avvio delle procedure di asilo viene surrettiziamente gravato di un requisito non previsto nella normativa – la *regolarità* dell’ingresso – che è anche il mezzo giuridico più frequentemente impiegato per strozzare i canali di accesso alla protezione, con il paradossale effetto di assimilare della condizione di rifugiati e richiedenti asilo a quella di qualunque altro migrante. Cfr. D. VITIELLO, *Il diritto d’asilo in Europa e l’eterogenesi dei fini*, in *ADiM Blog*, Editoriale, aprile 2022, 4 ss.

<sup>38</sup> Fra i molti studi sul tema, si rinvia per tutti ad A. GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.



riguardi dei migranti provenienti dalle martoriolate aree di conflitto dei Paesi mediorientali, mentre l’attesa riforma del sistema di asilo europeo (giunta ora alle battute finali, con l’approvazione di un testo a maggioranza qualificata in seno al Consiglio Ue) manca palesemente l’obiettivo di rivedere il suo problematico asse portante, il regolamento di Dublino<sup>39</sup>. La scelta di intervenire in anticipo, con la collaborazione di Paesi terzi, per frenare le partenze dirette verso il territorio dell’Ue, comporta tuttavia non pochi problemi per l’effettivo rispetto del divieto di respingimento (*push-back by proxy*) ed eleva la “deterrenza” a strumento operativo per recidere quel *jurisdictional link* che, in base alla Cedu e allo stesso diritto Ue, permetterebbe al migrante di esercitare il suo diritto a presentare domanda di protezione e graverebbe lo Stato ricevente dell’obbligo di esaminarla<sup>40</sup>. La conseguenza ultima, purtroppo, è quella di negare non solo il generico diritto di chiunque di lasciare il proprio Paese (art. 13 Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948), ma anche il diritto specifico di cercare asilo dalle persecuzioni (art. 14 Dichiarazione cit.).

Nel quadro prospettato, la disciplina costituzionale può – e, a mio giudizio, deve – svolgere un ruolo “sussidiario” delle garanzie che faticosamente si affermano sul piano internazionale, offrendo un *plus* di tutela<sup>41</sup>. Ad esempio, nell’economia del citato art. 10, comma 3, Cost. italiana, il riferimento al “territorio della Repubblica” consentirebbe di estendere la protezione offerta oltre la classica fattispecie dell’asilo c.d. territoriale, riflesso della sovranità dello Stato<sup>42</sup>. La norma in esame, infatti, non prevede il raggiungimento della frontiera o la presenza sul territorio come una condizione *giuridica* per la richiesta di asilo, ma li considera piuttosto circostanze *fattuali* che ricorrono nella gran parte delle domande presentate. A ritenere il contrario, si finirebbe per convertire surrettiziamente il contenuto del diritto all’asilo – nel suo nucleo minimo-essenziale di diritto all’ingresso nel territorio – in un requisito aggiuntivo e ulteriore rispetto al presupposto legittimante necessario e sufficiente per attivare la protezione (l’impedimento, nel Paese del richiedente, dell’«effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana»)<sup>43</sup>. Per la verità la legislazione vigente, che in prevalenza recepisce la disciplina Ue e va

<sup>39</sup> Nella situazione attuale – come nota M. SAVINO, *Immigrazione*, in *Enc. dir.*, estr. da B.G. Mattarella, M. Ramajoli (curr.), *I Tematici*, III-2022, *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 600 – rimane il triste dato di «una problematica divaricazione nella gestione del fenomeno migratorio. Da un lato, vi è il versante “difensivo” della politica migratoria, molto “europeizzato”, dinamico e stabilmente orientato a espandere i controlli sulla mobilità in nome della sicurezza dello spazio Schengen. Dall’altro, vi è il versante “inclusivo”, che richiederebbe, invece, la creazione di canali regolari di ingresso e la promozione di processi di integrazione, e che però vive di titubanze e disarmonie, essendo rimesso agli Stati membri e ai volubili orientamenti dei loro elettorati».

<sup>40</sup> M. GIUFFRÈ, V. MORENO-LAX, *The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows*, in S.S. Juss (ed.) *Research Handbook on International Refugee Law*, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2019, 84 s.

<sup>41</sup> Cfr. S. MEILI, *The Constitutional Right to Asylum: the Wave of the Future in International Refugee Law?* in *Fordham Int’l L.J.*, 41(2), 2018, 383 ss. Per un quadro comparato aggiornato delle discipline costituzionali in tema di asilo, può vedersi C. PANZERA, *Il diritto all’asilo. Profili costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 87 ss.

<sup>42</sup> Sulla natura territoriale dell’asilo garantito dall’art. 10, v. però: C. ESPOSITO, *Asilo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 223; G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1992, 38 s.; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Carocci, Roma, 2011, 217. Propendono invece per un’accezione più lata, comprensiva anche dell’asilo extraterritoriale: E. BETTINELLI, *I diritti “essenziali” (inviolabili e universali) dell’uomo e le frontiere dell’ordinamento: l’apologo degli albanesi*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, 38; L. CHIEFFI, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell’immigrazione in Italia e Spagna*, Giuffrè-Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 188. Più sfumata, fra le due, la posizione di P. BONETTI, *L’evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione dell’immigrazione in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2020, 791.

<sup>43</sup> V. spec. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell’ordinamento costituzionale italiano. Un’introduzione*, Cedam, Padova, 2007, 127, per il quale il senso della garanzia riconosciuta dovrebbe coerentemente estendersi dall’obbligo *negativo* per lo Stato di astenersi da ogni azione finalizzata al respingimento del richiedente all’obbligo *positivo* di agevolare l’arrivo di chi abbia titolo per il riconoscimento della protezione (evidentemente, in base ad un accertamento già compiuto all’estero).

pertanto considerata solo indirettamente e parzialmente attuativa della previsione costituzionale<sup>44</sup>, non contempla al momento la possibilità di *inoltro della domanda di protezione dall'estero* (ad es., dalle sedi diplomatiche italiane). Per altri versi, la facoltà di rilasciare visti a validità territoriale limitata per motivi umanitari, concessa ai singoli Stati dal diritto dell'Unione (art. 25 codice visti), non appare – nel contesto originario del sistema di asilo europeo – uno strumento suppletivo di generale applicazione in questa direzione<sup>45</sup>, ma potrebbe diventarlo *nell'ordinamento interno* se contemplata a livello legislativo come forma specifica di attuazione del diritto costituzionale all'asilo<sup>46</sup>.

Nell'indifferenza del legislatore, alcune conferme sulla capacità “proattiva” dell'art. 10, comma 3, Cost. arrivano dalla giurisprudenza di merito, proprio in relazione a episodi di *refoulement* di richiedenti asilo praticati dalle autorità italiane. In tali pronunce, l'aver impedito di raggiungere il territorio per accedere alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale assume infatti un rilievo decisivo nell'accertamento della violazione non solo del divieto di respingimento disposto dalle norme internazionali ed europee, ma altresì dell'obbligo costituzionale di garantire il diritto all'asilo sotto forma di *immediato ingresso* nel territorio della Repubblica (realizzato, in un caso, mediante l'ordine di rilascio di un visto umanitario)<sup>47</sup>.

Tale innovativa applicazione dell'art. 10, comma 3, è destinata a suscitare molti interrogativi sulle forme di attuazione della garanzia costituzionale del diritto d'asilo, e sul corrispettivo “peso” riconosciuto nel bilanciamento in concreto ai contrapposti interessi della comunità ospitante, anche sotto il profilo dei limiti della supplenza giudiziaria all'inerzia legislativa.

Equilibri difficili e complessi. Chissà cosa ne avrebbe pensato Gemma ...

---

<sup>44</sup> Ho illustrato altrove le ragioni di questo convincimento: C. PANZERA, *Attuazione*, cit., 812 ss.

<sup>45</sup> Sulla previsione contenuta nell'art. 25 reg. (CE) 810/2009 (codice visti), v. la posizione negativa di Corte giust. Ue (GS) 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, X. e X., nonché la pronuncia di inammissibilità di Corte eur. (GC) 5 maggio 2020, *M.N. and Others v. Belgium*. Per un'analisi della vicenda, si rinvia a F.L. GATTA, *La “saga” dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, spec. 13 ss.

<sup>46</sup> In tema, v. BONETTI, *La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2021, Editoriale; MOROZZO DELLA ROCCA, M. SOSSAI, *Chiedere asilo da lontano*, in *www.questionegiustizia.it*, 12 settembre 2022, 1 ss.

<sup>47</sup> Trib. Roma, sez. I civ., 28 novembre 2019, n. 22917 (conf. da App. Roma, ord. 11 gennaio 2021); Trib. Roma, sez. diritti persona e imm., 18 gennaio 2021 e ord. 24 maggio 2022; in senso contrario, tuttavia, v. l'orientamento inaugurato dalla successiva ord. 25 febbraio 2022 del medesimo giudice. Per un primo commento in merito, v. C. SICCARDI, *La giurisprudenza ordinaria (in particolare, sull'accesso dei richiedenti asilo al territorio nazionale)*, relazione al Convegno ADiM su *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio quinquennale* (Viterbo, 17-18 novembre 2022), in corso di stampa.