

**Antonio Saitta**

**Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.\***

SOMMARIO: **1.** Le Costituzioni del ‘900 tra Stato nazionale e diritti universali. **2.** Il principio di eguaglianza e la diversità delle situazioni di fatto. **3.** Eguaglianza e “ragionevolezza delle discriminazioni”. **4.** La C.E.D.U. e la sua efficacia in Italia nel senso della universalizzazione della tutela dei diritti. **5.** Alcuni casi esemplari di legislazione italiana “xenofoba”. **6.** Considerazioni conclusive.

**1.** Le Costituzioni contemporanee si stagliano in una doppia prospettiva storica: sono prodotti culturali, politici e normativi del tempo in cui sono venute in essere ma hanno una naturale proiezione verso il futuro determinata dalla carica deontica e progettuale che le connota. Questa natura bifronte è propria anche della nostra Carta che, approvata immediatamente dopo le più grandi tragedie del XX secolo è, al tempo stesso, frutto di alcuni approdi cui era giunto al tempo il concetto di Stato (e della funzione di quello) e le prospettive che aprivano alla nascente Repubblica le ideologie che concorrevano alla sua scrittura.

Anche la Costituzione repubblicana, quindi, si muove all’interno di un perimetro concettuale che, anche in modo (si potrebbe dire) inconscio faceva riferimento al modello di “Stato-nazione” o “Stato nazionale” che dir si voglia, ossia a quell’idea di Stato secondo la quale questo deve ricomprendere in un vincolo di appartenenza giuridica (il rapporto di cittadinanza) un popolo facente capo ad un’unica nazione, ossia segnato da tratti di comunità etnica, linguistica, culturale, religiosa. Era la grande idea che, al netto delle tragiche degenerazioni in chiave nazionalistica (peraltro, tutt’oggi ancora minacciosamente riaffioranti o in alcuni casi mai sopite: si pensi, solo per fare qualche esempio, al conflitto di questi giorni in Ucraina, o al referendum per l’indipendenza della Scozia) che ha concorso a realizzare l’unità in Italia e in Germania e a caratterizzare la storia europea e mondiale a cavallo tra il XIX e il XX secolo.

Pertanto, quando i padri fondatori – liberali, cattolici o marxisti che fossero – parlavano in Assemblea costituente di Stato o, con formula ancora più comprensiva, di “Repubblica” non potevano non pensare a quella specifica entità giuridica nella quale la storia li aveva condotti a vivere, che legava giuridicamente a sé, appunto mediante il vincolo della cittadinanza<sup>1</sup>, donne e uomini residenti sul medesimo territorio, accomunati dalla stessa lingua, storia, cultura e (grosso modo) religione: la

---

\* *Relazione svolta al Convegno interdisciplinare “Noi Altri. Xenofobia – Omofobia – Ginecofobia”, Messina, Aula Magna del Rettorato dell’Università, 26-27 settembre 2014.*

<sup>1</sup> Non è possibile, in questa sede, neppure sfiorare le importantissime implicazioni che discendono oggi dalla c.d. “cittadinanza europea”, ossia dal possesso della cittadinanza di uno degli stati aderenti all’Unione europea, in ordine al godimento dei diritti fondamentali nello spazio europeo. Per una prima ricognizione sul concetto, V. LIPPOLIS, voce *Cittadinanza dell’Unione europea*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè Milano 2006, II, 925 ss.

speciale considerazione che la Costituzione riserva alle minoranze linguistiche costituisce, oltre che la risposta ad un preciso condizionamento di politica estera di quegli anni, anche la conferma dell'idea fondamentale di Stato avuta presente.

Al tempo stesso, però, le stesse “*ideologie del costituente*”, per usare le parole di Carlo Mezzanotte<sup>2</sup> li portavano a scrivere una carta costituzionale con aspirazioni universalistiche, quantomeno nella parte dedicata alla tutela dei diritti: non a caso, infatti, l'art. 2 attribuisce alla Repubblica il compito di “riconoscere” e “garantire i diritti dell’*uomo*” e non del semplice cittadino, così creando le prime condizioni per eliminare ogni schermo di alterità tra cittadini e stranieri. D'altronde, le radici stesse della teoria dei diritti fondamentali dell'uomo, che riposano sia nel giusnaturalismo teologico che in quello laico, nell'umanesimo cristiano, in quello socialista e nel razionalismo illuministico<sup>3</sup> convergevano verso una dimensione universale e certamente non legata al vincolo di appartenenza giuridica allo Stato, ossia all'ente creato dall'uomo proprio per la loro tutela.

Secondo la nostra Costituzione la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali e, in ogni caso, è riconosciuto il diritto di asilo allo straniero «al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» (art. 10, commi 2 e 3, Cost.). Così, la nostra Carta non poteva non riconoscere a tutti il diritto alla libertà personale (art. 13), all'inviolabilità del domicilio (art. 14), alla corrispondenza (art. 15), di culto (art. 19), di manifestazione del pensiero (art. 21). Nessuna differenza tra un “noi” e un “loro” è prevista anche per la tutela della capacità giuridica e del nome (art. 22), per il diritto alla difesa giudiziale (art. 24) e a quello correlato al “giudice naturale” (art. 25). Universale è anche il trattamento riservato alla famiglia (artt. 29 e 31) ma per quello alla salute (art. 32) e all'istruzione (in riferimento al quale la Costituzione usa l'espressione, che trovo bellissima, secondo cui “la scuola è aperta a tutti”) sarà bene tornare tra breve.

Diverso discorso, invece, veniva (e, si badi, viene) fatto un po' in tutti i paesi di tradizione costituzionale di matrice liberaldemocratica come il nostro<sup>4</sup>, per quanto riguarda un'altra serie di diritti, che per semplicità chiameremo politici. Si tratta di una distinzione oggi certamente in crisi<sup>5</sup>,

---

<sup>2</sup> C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè Milano 1979, ora Editoriale Scientifica Napoli, 2014.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione delle basi teoriche del moderno costituzionalismo, tra i più recenti contributi, O. CHessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Giuffrè Milano, 2002 e G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza Roma-Bari, 2009.

<sup>4</sup> In tema B. NASCIBENE, voce *Straniero (dir. internaz. pubbl.)* in *E.d.D.*, XLIII, Giuffrè Milano, 1990, 1150, nonché, sul fondamento costituzionale dei diritti fondamentali dello straniero, F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè Milano, 2012, spec. Cap. I e L. RONCHETTI, *La “cittadinanza europea” degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè Milano, 2014, 25 ss.

<sup>5</sup> In argomento V. ONIDA, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cagliari, 16 – 17 ottobre 2009*,

ma che troviamo nell'atto maggiormente rappresentativo, sul piano politico-costituzionale e iconografico della moderna teoria dei diritti fondamentali, ossia la *Déclaration* del 26 agosto 1789 che, non a caso, è *des droits de l'homme et du citoyen* e, nella nostra Costituzione, trae fondamento nella lapidaria affermazione del secondo comma dell'art. 1 della Carta secondo la quale la sovranità appartiene al *popolo*, ossia ai cittadini.

Vi sono, dunque, diritti anch'essi fondamentali e inalienabili in un regime democratico – per ciò stesso riconosciuti con carattere di universalità – ma solo a coloro i quali sono legati dal vincolo di appartenenza giuridica allo Stato. È il caso, per fare il primo e più evidente riferimento, ai diritti elettorali, attivi e passivi, che gli artt. 48 e 51 Cost. riconoscono solo ai cittadini e non certo all'uomo, ancorché residente da tempo nello Stato. Va anche detto che secondo alcune costituzioni, anche i diritti di circolazione e soggiorno di riunione e, in genere, di associazione sarebbero da riferire, così come peraltro si esprime la lettera della nostra Costituzione, solo ai cittadini e non a tutti gli uomini per le implicazioni politiche che l'esercizio di tali diritti possono avere<sup>6</sup>.

Analogamente sono circoscritti ai soli cittadini il diritto di associarsi in partiti politici “*per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*” (ex art. 48 Cost.), di rivolgere petizioni alle Camere (art. 50 Cost.), di promuovere iniziative legislative popolari (art. 71 secondo comma, Cost.), un referendum abrogativo (art. 75 Cost.) o costituzionale (art. 138 Cost.).

Peraltro, l'alterità tra “noi” e “tutti” si alterna anche sul fronte dei doveri costituzionali: il già citato art. 2 della Costituzione, ad esempio, impone il dovere di solidarietà in termini universali, declinandolo nella prospettiva politica, economica e sociale: ne fa, così, una specie di corrispettivo chiesto dalla Repubblica per la responsabilità di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo. Nello stesso modo il dovere di contribuzione fiscale è posto a carico di “tutti” (art. 53 Cost.) così come le responsabilità verso i figli (art. 30), anche se nati fuori dal matrimonio.

Di contro, il dovere di difesa della Patria (definito dalla Costituzione “sacro”) è, imposto dall'art. 52 solo al cittadino e non, com'è ben comprensibile, all'uomo indipendentemente dalla cittadinanza<sup>7</sup>.

---

Jovene Napoli, 2010, 19 s. e P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, *ibidem*, 46 ss.

<sup>6</sup> Sui rapporti tra cittadinanza e titolarità dei diritti fondamentali si rinvia alle ampie trattazioni di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza Roma-Bari, 2002 e ID., *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. I Teoria del diritto*, Laterza Roma-Bari, 2007, 731 ss. Per una rassegna di posizioni dottrinarie in ordine al riconoscimento dei diritti fondamentali in capo agli stranieri secondo la Costituzione italiana, oltre agli AA. citati sopra, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli Torino, 2005, 92 ss., E. GROSSO, voce *Straniero (status dello)*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, cit., VI, 5788 ss. e R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno allontanamento*, Jovene Napoli, 2012, spec. Cap. I. Per quanto riguarda specificamente i diritti politici degli stranieri, M. Luciani, *La partecipazione politica e i migranti*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 77 ss.

<sup>7</sup> Sui doveri militari dei non cittadini (stranieri e apolidi), [C. cost. n. 172 del 1999](#), sulla quale, E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1705 ss. e G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: una interpretazione discutibile della Corte*, *ibidem*, 1728 ss.

Lo stesso vale per il dovere di fedeltà alla Repubblica<sup>8</sup> previsto dall'art. 54 Cost. per i cittadini e non per tutti<sup>9</sup>.

2. Il principio di eguaglianza, nella duplice veste formale e sostanziale, occupa, ovviamente, un posto privilegiato nell'esame che stiamo qui svolgendo: è un autentico meta-diritto perché «universalismo dei diritti e uguaglianza giuridica sono esattamente la stessa cosa»<sup>10</sup>.

Innanzitutto occorre sgombrare il campo da un possibile equivoco determinato dall'elemento lessicale ed in riferimento alle considerazioni appena svolte: se, infatti la disposizione in esame si apre proclamando la pari dignità sociale e l'eguaglianza dinanzi alla legge di tutti i "cittadini", è anche vero che la struttura della norma, i contenuti del dibattito costituente e la stessa lettura sistematica di tutta la Costituzione non possono far residuare dubbi sul fatto che l'espressione limitativa sia un mero errore di coordinamento formale del testo e non l'effettivo contenuto precettivo della norma. D'altronde, il primo dei diritti fondamentali "riconosciuti" e "tutelati" dall'art. 2 non poteva, e non può, che essere proprio quello all'eguaglianza. La dottrina e la giurisprudenza costituzionale sono sostanzialmente unanimi nel dare questa lettura<sup>11</sup>.

Il principio di eguaglianza formale – inteso quindi come eguale trattamento giuridico – è specificato dalla Costituzione in riferimento ai noti sette parametri fondamentali: sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. La norma non poteva che avere una simile struttura perché il concetto di eguaglianza resta insignificante se non riempito di riferimento a parametri e deve saper rispondere alle domande: «eguaglianza fra chi? Rispetto a che cosa?»<sup>12</sup>.

La Costituzione, dunque, nega la possibilità di discriminare il trattamento giuridico dei soggetti che si trovino nelle stesse condizioni di fatto in riferimento a tutti questi elementi di possibile differenziazione. Si tratta dell'eguaglianza dinanzi alla legge. È fondamentale chiarire, però, che l'eguaglianza in senso giuridico-formale della quale si sta qui discutendo non comporta un trattamento indifferenziatamente uguale, ma l'obbligo di trattare in modo eguale situazioni di fatto eguali e in modo differente fattispecie a loro volta differenti. Se così non fosse, dovremmo considerare contrarie a Costituzione, ad esempio, le norme che prevedono canali facilitati per l'assunzione nella pubblica amministrazione dei portatori di handicap, il che, ovviamente, sarebbe paradossale e assurdo!

---

<sup>8</sup> Sul tema, oltre all'ormai classico studio di L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè Milano, 1984, ora A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè Milano, 2013.

<sup>9</sup> Per un'approfondita analisi della problematica dei doveri costituzionali dei "non cittadini", E. Grosso, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 229 ss.

<sup>10</sup> L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. I Teoria del diritto*, cit., 788.

<sup>11</sup> In tema L. RONCHETTI, *La "cittadinanza europea" degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, cit., 37 ss.

<sup>12</sup> N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo* (1976), in ID., *Teoria generale della Politica*, Einaudi Torino, 2009, 248.

Per rispettare il principio di eguaglianza, però, non basta assicurare un trattamento differenziato a categorie differenti perché non risolveremmo certo il problema disponendo che, per piegare al paradosso l'esempio sopra richiamato, tutti i disabili per essere assunti in servizio debbano superare prove concorsuali più difficili di quelle previste per i concorrenti ordinari: avremmo così assicurato eguale trattamento di situazioni eguali e una disciplina uniformemente differenziata per fattispecie diverse, ma saremmo giunti lo stesso a conclusioni assurde e, alla fin fine, discriminatorie.

Pertanto, la giurisprudenza costituzionale (non solo italiana)<sup>13</sup> ha elaborato un criterio di giudizio per sindacare il rispetto del principio di eguaglianza. Si tratta del canone della ragionevolezza: l'ordinamento giuridico deve trattare in modo eguale situazioni di fatto eguale e in modo ragionevolmente differenziato fattispecie di fatto diverse.

Il problema, non si mancherà di osservare, così appare solo spostato, perché il criterio di ragionevolezza è un parametro quanto mai evanescente e soggettivo che attribuisce a chi lo deve applicare, ossia al giudice costituzionale, un potere sostanzialmente arbitrario: i limiti dell'eguaglianza rischiano di diventare per questa via quelli che la Corte costituzionale vuole.

Per superare questa pertinente obiezione si è cercato di obiettivizzare al massimo il giudizio di ragionevolezza standardizzando alcuni processi del sillogismo giudiziale. Il principale dei "test" in parola è il cosiddetto ricorso al "*tertium comparationis*" ossia il riferimento a un caso, diverso ma comparabile a quello sottoposto al giudizio di costituzionalità, in grado di evidenziare i profili di coerenza del trattamento giuridico della fattispecie.

Vi è, poi, l'immenso tema dell'eguaglianza dal punto di vista sostanziale, « *en droits* » come afferma l'art. 1 della *Déclaration*, proclamato nel nostro ordinamento dal secondo comma dell'art. 3 Cost., e che può consentire trattamenti discriminatori in positivo<sup>14</sup> per rimuovere quegli "ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (ancora i "cittadini", *n.d.r.*), impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Si tratta di una norma fondamentale nel disegno costituzionale che interferisce con l'effettività del principio di eguaglianza e con il materiale godimento di tutto l'elenco costituzionale dei diritti di libertà e influisce non poco ai fini del superamento della dicotomia "inclusi-esclusi" di cui stiamo qui discutendo<sup>15</sup>. Ma questo è un tema che meriterebbe una trattazione monografica apposita.

---

<sup>13</sup> In tema R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino Bologna, 2012, 421 ss.

<sup>14</sup> In tema M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 582 ss.

<sup>15</sup> B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'eguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. cit., 163 ss.

3. Il principio di eguaglianza, dunque, non conosce un “noi” e un “altri”, ma prende in considerazione l’uomo nel complesso della sua soggettività e personalità, imponendo un eguale trattamento giuridico a fronte delle condizioni di fatto che man mano si presentano. Non può essere di per sé il sesso (da intendere, ovviamente, sia in senso fisico che psichico, di orientamento sessuale:  $\sigma\tilde{\omega}\mu\alpha$  e  $\psi\upsilon\chi\eta$  per richiamare le parole della splendida [sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 1985](#) in tema di transessualismo), né la razza o la lingua e neppure la fede professata (o non professata); non possono essere le opinioni politiche o le condizioni personali o sociali dell’uomo a giustificare una disparità di trattamento a fronte di condizioni di fatto eguali e sulle quali i sette parametri dell’eguaglianza non rilevano.

Da queste premesse concettuali prende le mosse l’ormai copiosissima giurisprudenza costituzionale in materia di discriminazioni legislative. Non esiste legge, infatti, che non ponga una questione di coerenza con il principio di eguaglianza o, se può piacer di più, con il derivato principio di ragionevolezza. Ogni nuova norma, infatti, differenzia il trattamento tra categorie di soggetti se non altro dal punto di vista diacronico, creando una differenza tra ciò che è avvenuto ed è stato (in tutto o in parte) disciplinato dalla normativa previgente e da ciò che cade sotto il regime della nuova.

Se volessimo semplificare, anche per porre un punto a queste riflessioni sull’art. 3 della Costituzione repubblicana in riferimento al tema che qui ci intrattiene, potremmo dire come il principio di eguaglianza sia quello più attrezzato per resistere alla “fobia” dell’“altro”, strutturato com’è, direi ontologicamente, per trattare egualitariamente tutte le fattispecie analoghe, a prescindere dai possibili fattori di condizionamento riassunti nei sette parametri già più volte richiamati.

4. La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1955 e ratificata dall’Italia con la L. 4 agosto 1955, n. 848, è un accordo internazionale volto ad impegnare gli Stati aderenti ad assicurare un determinato standard di tutela dei diritti umani da parte delle rispettive autorità nazionali. Il trattato ha istituito alcuni organismi posti a garanzia dell’effettiva applicazione delle norme convenzionali tra i quali spicca, almeno per quanto qui di interesse, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, con sede a Strasburgo. Com’è stato affermato dalla Corte costituzionale nelle storiche sentenze [nn. 348 e 349 del 2007](#) (le c.d. “sentenze gemelle”), la C.E.D.U. non ha dato vita ad un ordinamento analogo a quello dell’Unione europea, con conseguente rinuncia ad una quota di sovranità da parte degli Stati membri a favore di quella transnazionale, sicché le sue norme non sono suscettibili di applicazione diretta in caso di contrasto con quelle nazionali ma necessitano di uno strumento di applicazione indiretta o, se si preferisce, riflesso.

È evidente che gli ascendenti politico-filosofici del costituzionalismo contemporaneo in tema di tutela e promozione dei diritti umani sono comuni alla C.E.D.U.: giusnaturalismo, razionalismo e

umanesimo illuminista, teorie universali dei diritti dell'uomo sono ancor più chiaramente a base di un accordo internazionale come la C.E.D.U. che si richiama alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo proclamata dall'Assemblea generale della Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, come recita il preambolo della Convenzione stessa.

Soggetti passivi degli obblighi stabiliti dalla Convenzione sono gli stessi Stati che ad essa aderiscono i quali, «riconoscono a ogni *persona* sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà» enunciati nel testo dell'accordo. I diritti, quindi, sono assicurati alle persone comunque sottoposte alla giurisdizione degli Stati aderenti, indipendentemente dalla loro condizione giuridica di cittadini, stranieri o apolidi o, come si vedrà, di immigrati, regolari o clandestini che siano.

Anche la C.E.D.U., però, ripete la distinzione tra cittadini degli Stati aderenti e non cittadini perché all'art. 16 riconosce la possibilità di imporre restrizioni all'attività politica degli stranieri, pur riconoscendo loro in termini generali la libertà di espressione, di riunione e associazione e assicurandoli da ogni discriminazione<sup>16</sup>. La possibilità per le parti contraenti di imporre restrizioni all'attività politica degli stranieri è un'evidente deroga al principio di universalità dei diritti espresso all'art. 1 della medesima Convenzione e al divieto di discriminazione in base all'origine nazionale di cui all'art. 14<sup>17</sup> del quale, peraltro, esiste una limitatissima casistica giurisprudenziale da parte della Corte E.D.U.<sup>18</sup>. Peraltro, la stessa dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, riconosce il diritto di partecipare soltanto “al Governo del proprio paese”, facendo riferimento, quindi, al concetto di cittadinanza.

Come si accennava, l'efficacia della C.E.D.U. in Italia ha avuto un enorme impulso a seguito delle storiche “sentenze gemelle” della Corte costituzionale ([sentt. nn. 348 e 349 del 2007](#)) che hanno consentito, finalmente, di elevare le norme della C.E.D.U., così come interpretate dalla Corte di Strasburgo e in quanto compatibili con la nostra Costituzione, a parametro indiretto nei giudizi di legittimità costituzionale. Per giungere a questo risultato la nostra Corte ha valorizzato la riforma dell'art. 117 Cost. del 2001, ed il conseguente obbligo per l'Italia di rispettare i vincoli derivanti all'Italia dagli obblighi internazionali assunti tra i quali, ovviamente, rientrano quelli contenuti nella C.E.D.U.

---

<sup>16</sup> Quest'ultimo diritto appare come la trasposizione del nostro principio di eguaglianza nel contesto C.E.D.U perché, secondo l'art. 14 della Convenzione, «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione», specificando ulteriormente l'elenco dei sette parametri dell'eguaglianza contenuti nella nostra Costituzione.

<sup>17</sup> In tema HARRIS, O'BOYLE & WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press Oxford, 2009, 647.

<sup>18</sup> Tra le due sentenze rinvenute nella quali si fa riferimento all'art. 16 della Convenzione merita menzione quella *Piermont c. France* 27 aprile 1995, in cui si trattava dell'attività politica svolta in un paese diverso dal proprio di un membro del Parlamento europeo, sulla quale, però, vi sono state dure opinioni dissenzienti da parte di alcuni giudici componenti il Collegio.

La scrivania del giurista italiano si è, così, arricchita di un'enorme mole di principi in grado di assicurare uno standard assai più elevato ed efficace nella tutela dei diritti fondamentali, alla luce, peraltro, della elaborazione giurisprudenziale maturata nel contesto della Corte E.D.U. e, quindi, in dimensione transnazionale e interordinamentale di percezione dei diritti.

La vocazione universalistica della tutela dei diritti dell'uomo in Italia ha trovato ulteriore alimento e si sono già avuti importantissimi riscontri nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana di questi anni alla quale, purtroppo, il legislatore non ha fatto mancare il lavoro producendo una serie di norme in plateale contrasto i più elementari principi in tema di tutela dei diritti dell'uomo, sia nella dimensione nazionale che in quella C.E.D.U.

5. Arriviamo, così, al punto specifico della xenofobia. Si diceva come sia la Costituzione che la C.E.D.U. distinguano, sul campo dei diritti, il cittadino dallo straniero, il "noi" dagli "altri" (la seconda, invero, in modo meno frequente). Questa distinzione, però, va letta alla luce del principio di eguaglianza e di "non discriminazione", quindi, inverando il fondamentale criterio interpretativo lasciatoci da Vezio Crisafulli e Paolo Barile circa la necessità di leggere tutto il testo della Costituzione, soprattutto nella parte dedicata ai diritti, "*magis ut valeat*"<sup>19</sup>.

Pertanto, la regola posta dal combinato dagli artt. 2 (riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali) e 3 (principio di eguaglianza) della Costituzione con l'art. 16 della C.E.D.U. è che l'universalità dei diritti è la regola, la esclusiva riferibilità ai cittadini (al "noi") l'eccezione.

La Corte «ha accolto, nella [sentenza 120 del 1962](#), (*rectius* 1967: *n.d.r.*) il punto di vista che il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale». Tuttavia, la basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero possono giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di certi diritti ([sent. n. 104 del 1969](#)).

In particolare, l'assoggettamento dello straniero «a discipline legislative e amministrative» *ad hoc*, collegate alla ponderazione di svariati interessi pubblici ([sent. n. 62 del 1994](#)), quali quelli concernenti «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione» ([sent. n. 62 del 1994](#), cit.) può ben legittimare limitazioni nel godimento dei diritti fondamentali.

La Corte, ad esempio, ha ritenuto che il diritto alla salute costituisca parte del nucleo essenziale dei diritti fondamentali dell'uomo, sicché «questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale

---

<sup>19</sup> Così P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Barbèra Firenze, 1951 e V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè Milano, 1952, 11.



diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso».

L'art. 2 del d. lgs. n. 286 del 1998, infatti, prevede «un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.; stante la lettera e la *ratio* delle disposizioni sopra riportate, a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall'art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio» ([sent. n. 252 del 2001](#)).

Ebbene, è vero che il fenomeno della globalizzazione e, per quanto qui specificamente ci interessa di più, i movimenti migratori di massa dal Sud verso il Nord del mondo, e che vedono l'Italia come una delle frontiere più esposte, pongono gli Stati dinnanzi a problemi inediti e immensi. Se, infatti, l'art. 2 Cost. riconosce a tutti gli uomini gli identici diritti fondamentali, i nostri figli come i loro coetanei che in questo momento si trovano nel centro del Mediterraneo su di un barcone, hanno l'identico diritto alla vita, alla salute, all'istruzione e alla speranza. È ovvio, però, che la Repubblica non potrà mai assicurare direttamente l'effettività di godimento di questi diritti a miliardi – o anche “solo” a milioni – di individui che anelano ad un futuro migliore. Nemmeno l'Unione europea, se volesse uscire dallo stato di mortificante sordità che sembra segnarla in questa congiuntura, potrebbe riuscirci.

La giurisprudenza costituzionale ha provato, quindi, a individuare un punto di equilibrio tra i diversi interessi di rango costituzionale venuti in rilievo, senza dimenticare, peraltro, che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto” (cfr., *ex plurimis*, le [sentenze n. 509 del 2000](#), [n. 309 del 1999](#) e [n. 267 del 1998](#))» ([sent. n. 252 del 2001](#)).

Indipendentemente da tutto ciò, negli ultimi anni il nostro legislatore ha prodotto atti normativi in stridente contrasto con i principi costituzionali e convenzionali solennemente proclamati proprio in danno della condizione di straniero (in particolare, di straniero clandestino).

Il primo caso riguardava la c.d. “aggravante di clandestinità”. Con il d.l. n. 92 del 2008, convertito nella l. n. 125, il nostro legislatore ha introdotto una serie di “misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (c.d. “pacchetto sicurezza”) tra le quali l'art. 61, comma 11-bis, del c.p. Si trattava di

un'ipotesi secondo la quale era sanzionato più gravemente il soggetto straniero che compiva un reato qualsiasi se si trovava nel territorio dello Stato in condizione di clandestinità. In buona sostanza, se un reato veniva commesso in concorso tra un cittadino (o anche un cittadino comunitario illegalmente sul territorio italiano) e uno straniero clandestino, per effetto della norma in discussione quest'ultimo veniva condannato ad una pena più dura il solo fatto di essere straniero e di trovarsi irregolarmente sul territorio dello Stato.

La norma è stata portata al giudizio della Corte costituzionale in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione perché lesiva del principio di eguaglianza e dei canoni costituzionali in materia penale. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione sotto diversi profili con la [sent. n. 249 del 2010](#), accostando l'istituto introdotto dalla norma censurata alle figure del c.d. "diritto penale d'autore", proprio dei regimi autoritari, in base al quale vengono fatte discendere conseguenze penali (in questo caso, aggravanti) non dalla condotta tenuta dal reo ma dalle sue qualità soggettive o da condotte precedenti che nulla hanno a che fare con la commissione del reato specifico per il quale si sta giudicando.

La Corte, richiamandosi alla sua costante giurisprudenza, ha affermato, innanzitutto, come i diritti inviolabili spettino «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani ([sent. n. 105 del 2001](#)). La condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona...».

La Corte ha aggiunto che «la previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore». Inevitabile, dunque, la violazione dell'art. 25 della Costituzione «che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali».

Altro esempio di norma in tema di trattamento giuridico dello straniero annullata recentemente dalla Corte costituzionale è stato l'art. 116 c.c., anch'esso modificato dal c.d. "pacchetto sicurezza". Si trattava di una norma che, all'evidente scopo di evitare "matrimoni di comodo", imponeva al cittadino extracomunitario di esibire, all'atto delle pubblicazioni, l'attestato di regolare soggiorno nel territorio dello Stato.

La Corte, con la [sentenza n. 245 del 2011](#), ha preliminarmente ribadito l'astratta possibilità per il legislatore di introdurre norme limitative dei diritti degli stranieri, comunque, volte a regolare i flussi di immigrazione nel territorio dello Stato, purché il bilanciamento operato dal legislatore appaia

adeguato e ragionevole. Nel caso in esame, l'automatico divieto di contrarre matrimonio per il cittadino straniero non in grado di esibire un certificato di regolare soggiorno in Italia costituisce, innanzitutto, una lesione del diritto a contrarre matrimonio dell'altro nubendo, cittadino italiano o straniero che fosse: «si impone, pertanto, la conclusione secondo cui la previsione di una generale preclusione alla celebrazione delle nozze, allorché uno dei nubendi risulti uno straniero non regolarmente presente nel territorio dello Stato, rappresenta uno strumento non idoneo ad assicurare un ragionevole e proporzionato bilanciamento dei diversi interessi coinvolti nella presente ipotesi, specie ove si consideri che il decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) già disciplina alcuni istituti volti a contrastare i cosiddetti “matrimoni di comodo”».

Il nostro giudice delle leggi, inoltre, si è richiamato anche alla giurisprudenza della C.E.D.U. perché, in una recente sentenza (14 dicembre 2010, *O'Donoghue and Others v. The United Kingdom*), la Corte di Strasburgo aveva affermato che «il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione (par. 89 della sentenza). Secondo i giudici di Strasburgo, pertanto, la previsione di un divieto generale, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, è lesiva del diritto di cui all'art. 12 della Convenzione».

Nella nostra casistica può trovare posto anche un rapido richiamo alle sentenze ([nn. 440 del 1995](#) e [168 del 2005](#)) con le quali la Corte costituzionale ha annullato le norme del codice penale che punivano il reato di bestemmia contro la religione dello Stato (art. 724 c.p.) e il vilipendio contro la religione cattolica (art. 403 c.p.). Per la Corte, si trattava di norme contenute nel codice penale del 1933 (scritto, quindi, non soltanto in pieno regime fascista ma, soprattutto, pochi anni dopo la sottoscrizione dei Patti Lateranensi che rinverdivano la proclamazione di quella cattolica come religione dello Stato) in contrasto con il principio di eguaglianza e con l'art. 8 Cost. secondo il quale tutte le religioni sono egualmente libere dinanzi allo Stato.

Recentemente la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge della Provincia autonoma di Bolzano<sup>20</sup> nella parte in cui escludeva i cittadini stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di prestare servizio sociale volontario. Secondo la Corte «al legislatore è consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia, ma una volta che il diritto a soggiornare non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni né per il

---

<sup>20</sup> [Sent. n. 309 del 2013](#), con la quale è stata dichiarato incostituzionale l'art. 15, comma 1, lettera b), della legge della Provincia di Bolzano n. 19 del 2012.

godimento dei diritti fondamentali della persona ([sent. n. 306 del 2008](#)), né nell'esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione».

Con [sentenza n. 40 del 2013](#)<sup>21</sup> la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'articolo 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), nella parte in cui subordinava la concessione della indennità di accompagnamento al possesso della carta di soggiorno e, dunque, anche al requisito della durata del soggiorno medesimo nel territorio dello Stato. Secondo la Corte, «in ragione delle gravi condizioni di salute dei soggetti di riferimento, portatori di handicap fortemente invalidanti (in uno dei due giudizi *a quibus* si tratta addirittura di un minore), vengono infatti ad essere coinvolti una serie di valori di essenziale risalto – quali, in particolare, la salvaguardia della salute, le esigenze di solidarietà rispetto a condizioni di elevato disagio sociale, i doveri di assistenza per le famiglie –, tutti di rilievo costituzionale in riferimento ai parametri evocati, tra cui spicca l'art. 2 della Costituzione – al lume, anche, delle diverse convenzioni internazionali che parimenti li presidiano – e che rendono priva di giustificazione la previsione di un regime restrittivo (*ratione temporis*, così come *ratione census*) nei confronti di cittadini extracomunitari, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile ed in modo non episodico, come nei casi di specie».

La Corte ha anche, con la [sentenza n. 133 dello stesso anno](#), dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, secondo periodo, della legge della Regione Trentino-Alto Adige n. 1 del 2005, (Pacchetto famiglia e previdenza sociale), come modificato dall'articolo 3, comma 3, della legge regionale n. 8 del 2011, nella parte in cui prevede la possibilità di attribuzione dell'assegno regionale al nucleo familiare per figli ed equiparati, ai cittadini stranieri extracomunitari solo se essi sono possesso della residenza in Regione da almeno cinque anni.

Con la [sentenza n. 202 del 2013](#)<sup>22</sup> la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita ai fini dell'espulsione dello straniero che abbia commesso reati si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o al familiare ricongiunto e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato. La questione è stata accolta sia in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30, 31 Cost., anche dell'art. 8 della C.E.D.U., applicati grazie al rinvio di cui all'art. 117, primo comma Cost. Secondo la Consulta, citando il caso *Cherif e altri c. Italia*, la giurisprudenza europea richiede in ogni caso una attenta valutazione della situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, al fine di bilanciare le esigenze generali di sicurezza e

---

<sup>21</sup> Sulla quale, F. GIRELLI, *Corte costituzionale e provvidenze economiche per stranieri disabili*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e L. PRINCIPATO, *Il diritto – talvolta condizionato – degli stranieri extracomunitari all'assistenza sociale*, in *Giur. cost.*, 2013, 708 ss.

<sup>22</sup> Sulla quale, G. SIRIANNI, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2820 ss.

di prevenire minacce all'ordine pubblico con le esigenze di tutela dei legami familiari. Ad un siffatto necessario bilanciamento osta la previsione di un automatismo che impedisca una valutazione del caso concreto.

È opportuno menzionare, per concludere questa rapida antologia giurisprudenziale, la *vexata quaestio* dell'esposizione del crocefisso nei locali nei quali si esercitano funzioni pubbliche (aule scolastiche, tribunali, luoghi di cura, caserme, luoghi di detenzione, uffici pubblici in genere). La questione ha registrato posizioni divergenti e anche sorprendenti da parte della giurisprudenza comune e non è mai giunta ad un giudizio di merito da parte della Corte costituzionale perché le norme che disciplinano la materia non sono di rango legislativo e, quindi, sono sottratte al giudizio di legittimità costituzionale ([ord. n. 389 del 2004](#)). Se, infatti, la Corte di Cassazione (sent. n. 439 del 1° marzo 2000) ha affermato il contrasto tra l'esposizione dei simboli religiosi e i principi di laicità dello Stato e di imparzialità della pubblica amministrazione, nonché con la libertà di coscienza e di religione, il Consiglio di Stato ha – appunto, inaspettatamente – negato tale contrasto affermando (sent. n. 556 del 13 gennaio 2006) come il crocefisso appaia ormai anche come un vero e proprio simbolo civile di tolleranza, libertà umana, solidarietà, non discriminazione e, quindi, non in contrasto, ma anzi espressivo, del principio di laicità.

Le sorprese maggiori, però, sono giunte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha condannato l'Italia per l'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche, perché lesivo del principio del pluralismo religioso ed educativo dei genitori ([sent. 3 novembre 2009](#)). Tuttavia, la *Grande Chambre* della stessa Corte E.D.U., adita dal Governo italiano in appello, [ha ribaltato il verdetto](#) riconoscendo al crocefisso solo un ruolo passivo e, quindi, anche a fronte del diverso orientamento degli Stati membri, ha rimesso al margine di apprezzamento nazionale ogni decisione in merito.

6. Si può concludere questa rapida carrellata affermando come sia la Costituzione repubblicana che la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo riconoscano e tutelino i diritti fondamentali con forme e in misure ancora diverse in riferimento ai cittadini e agli stranieri: il “noi” e gli “altri”, l'*intraneus* e l'*extraneus* sono categorie note alle nostre Carte dei diritti. Non pare che possano esserci sorprese in ciò: le Costituzioni sono il precipitato della storia che ne ha fatto da levatrice, sono la sintesi tra culture, idealità, esigenze politiche, visioni del mondo diverse. Per queste ragioni la nostra Costituzione tende verso la universalizzazione dei diritti ma all'interno di una cornice che è ancora quella dello Stato nazionale ancorché il fenomeno della globalizzazione stia

rapidamente sgretolando i capisaldi concettuali e definitori di questo. Come si osservava, la C.E.D.U., successiva di soli due anni alla nostra Costituzione, non sfugge a questo giudizio e a questa natura<sup>23</sup>.

Le Costituzioni europee, al pari delle Carte dei diritti, però, non sono atti ma processi, non si cristallizzano nella lettera della loro formulazione o nell'*original intent* dei costituenti<sup>24</sup>, ma vivono quotidianamente nell'interpretazione e nell'attuazione che ne danno gli attori del processo di invero dei principi: legislatore, pubblici uffici, giudici comuni, Corte costituzionale e corti europee sono investiti del compito di interpretare ed attuare le norme sui diritti, per questa via sostanzialmente riscrivendole nella loro concreta portata precettiva ed effettiva, in ogni loro atto.

Poiché, quindi, la distinzione tra i “diritti dell'uomo” e “del cittadino”, com'è stato notato, non è strutturale ma dettata soltanto dalla legislazione vigente<sup>25</sup>, la nostra stessa Costituzione, ed ancor più le “carte” internazionali dei diritti, non offrono resistenze perché l'ordinamento si muova verso una prospettiva sempre più universalistica e inclusiva. Non vi sono ostacoli di tipo ontologico, quindi: «resta il criterio della cittadinanza che è ormai il solo a contraddire – senza alcuna giustificazione assiologica – il principio di eguaglianza *en droits*»<sup>26</sup>.

Il percorso verso l'universalizzazione dei diritti passa, dunque, dal superamento del concetto di cittadinanza nazionale e, a fronte dell'inerzia del legislatore, l'unica strada è quella dell'interpretazione costituzionale, processo complesso e lontano anni luce dal semplice deduttivismo applicativo. L'interpretazione del diritto, infatti, massimamente di quello costituzionale, è un'operazione creativa che parte dal testo originario e, restando fedele a quello, deve arricchirsi della visione sistematica dell'ordinamento ed oggi, soprattutto dopo le “sentenze gemelle” del 2007, della molteplicità degli ordinamenti sovranazionali e internazionali. La Costituente ci ha lasciato un testo normativo per edificare una società aperta, dinamica, inclusiva, la cui tensione verso la comunità internazionale è stata resa ancora più esplicita dalla riforma del 2001.

Una società politica, dunque, che conosce i conflitti ma che li può comporre pacificamente al proprio interno, aperta alla comunità internazionale, che conosce e favorisce le dinamiche sociali, la cui direzione è quella di creare le condizioni perché siano riconosciuti e garantiti sempre più i diritti inviolabili di tutti, cittadini o stranieri che siano, in cui tutte le donne e tutti gli uomini possano trovare le condizioni per svolgere la propria personalità, per realizzare in terra il proprio sogno di vita senza

---

<sup>23</sup> Sui rapporti tra la crisi dei concetti di Stato e cittadinanza G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Rizzoli Milano, 2000, 87 ss. Per quanto riguarda l'art. 16 della C.E.D.U. è stato osservato come la disposizione sia «generalmente considerata come una disposizione anacronistica, la cui neutralizzazione è vivamente auspicata dalla dottrina» (così A. TERRASI in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Cedam Padova, 2012, 570).

<sup>24</sup> Per un netto orientamento a favore dell'interpretazione originalista della Costituzione A. SCALIA, *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, 2013, 669 ss.

<sup>25</sup> L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit. 731.

<sup>26</sup> L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit. 737.

distinzione, appunto, di sesso, razza, lingua, religione, opinione politica, condizione personale e sociale, così come recita l'art. 3 della nostra Costituzione.