

A cura di
Andrea Giorgis, Enrico Grosso,
Matteo Losana

DIRITTI UGUALI PER TUTTI?

Gli stranieri e la garanzia
dell'uguaglianza formale

IDN
I DIRITTI
NEGATI

RICERCHE

FrancoAngeli

COLLANA DIRETTA DA
GUSTAVO ZAGREBELSKY
MARILISA D'AMICO

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità o scrivere, inviando il loro indirizzo, a “FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano”.

A cura di
Andrea Giorgis, Enrico Grosso,
Matteo Losana

DIRITTI UGUALI PER TUTTI?

Gli stranieri e la garanzia
dell'uguaglianza formale

IDN
I DIRITTI
NEGATI

RICERCHE

Collana diretta da
Gustavo Zagrebelsky
e Marilisa D'Amico

FrancoAngeli

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

Copyright © 2017 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Introduzione <i>Andrea Giorgis, Enrico Grosso, Matteo Losana</i>	pag. 7
---------------------------------------------------------------------	--------

Parte prima

Fonti del diritto e (in)attuazione del principio di uguaglianza <i>Giorgio Sobrino</i>	» 19
-------------------------------------------------------------------------------------------	------

«Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza <i>Matteo Losana</i>	» 67
-------------------------------------------------------------------------------	------

Il <i>Public Interest Law Movement</i> italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri <i>Mia Caielli</i>	» 95
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------

Parte seconda

Gli stranieri di fronte al diritto di iscrizione anagrafica <i>Enrico Gargiulo, Alessandro Maiorca</i>	» 121
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

Gli stranieri di fronte al diritto di riunione. Il diritto di riunirsi pacificamente... e parlando in italiano <i>Alessandra Algostino</i>	» 143
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

Gli stranieri di fronte al diritto alla salute e all'assistenza <i>Manuela Consito</i>	» 155
-------------------------------------------------------------------------------------------	-------

Gli stranieri di fronte all'istruzione <i>Antonio Mastropaolo</i>	pag. 181
«Non c'è lavoro per tutti». Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego <i>Valeria Marcenò, Francesca Paruzzo</i>	» 211
Gli stranieri di fronte al diritto all'abitazione <i>Francesco Pallante</i>	» 244
Gli autori	» 261

INTRODUZIONE*

Andrea Giorgis, Enrico Grosso e Matteo Losana

1. L'esplosione del fenomeno migratorio tende a riproporre, in una nuova e inedita versione, una situazione che era tipica dell'ordinamento feudale e celtuale pre-rivoluzione francese: persone che stabilmente vivono e lavorano nello stesso contesto materiale e sociale sono sottoposte a regimi giuridici differenziati, sono diverse di fronte alla legge e non godono degli stessi diritti.

La cittadinanza assume, per molti aspetti, i caratteri di un vero e proprio "nuovo" privilegio di status: è fattore di esclusione e discriminazione anziché, come all'origine dello Stato nazionale, di inclusione e parificazione.

Ciò solleva problemi di ordine non solo politico e sociale, ma anche costituzionale.

Da un lato, se si sofferma l'attenzione sulle norme che disciplinano l'acquisto e la perdita della cittadinanza (secondo il paradigma dello *ius sanguinis*) appare difficile non scorgere una tensione tra queste ultime e alcuni principi fondamentali dello Stato costituzionale contemporaneo, quali ad esempio il principio di uguaglianza (nei suoi molteplici profili a cominciare da quello dell'uguaglianza di fronte alla legge), il principio democratico (inteso come diritto di ogni essere umano di poter prendere parte alla definizione delle leggi che disciplinano la società in cui stabilmente vive e lavora e alle quali è dunque sottoposto) o il principio dell'universalità dei diritti fondamentali (quale riflesso del diritto di ogni persona in quanto essere umano a una vita libera e dignitosa). Da questi principi parrebbe infatti discendere, in tema di cittadinanza, un principio che potrebbe essere così sintetizzato: tutti coloro che stabilmente vivono e lavorano in Italia e sono dunque sottoposti alla sovranità della Costituzione e delle leggi devono essere (e/o poter diventare) cittadini italiani. A una concezione di tipo "naturale" o "etnico" della cittadinanza, che tende a individuare l'elemento qualificante dell'appartenenza al "popolo" in fattori oggettivi,

* La redazione della prima parte (punto n. 1) si deve al Prof. Andrea Giorgis; la redazione della seconda (punto n. 2) al dott. Matteo Losana; la redazione della terza (punto n. 3) al Prof. Enrico Grosso.

che trascendono la volontà e che attengono prevalentemente al passato, come la lingua, la discendenza, la religione, la storia, il diritto costituzionale contemporaneo parrebbe insomma suggerire di sostituire (o perlomeno affiancare) una concezione della cittadinanza di tipo “volontaristico” o “elettivo” che tende a individuare l’elemento qualificante e unificante il popolo (al quale l’art. 1 Cost. riconosce la sovranità), più che nel sangue e nella storia, nella comunanza di idee (intesa come adesione ai principi del pluralismo, dell’uguaglianza e della libertà), di speranze e quindi di futuro. Il che non significa – sia detto per inciso – giungere ad affermare un diritto di tutti gli individui a entrare in Italia e a diventare cittadini italiani, ma semplicemente che se si è stati ammessi sul territorio – secondo quanto prescrivono le norme costituzionali, europee e di legge sul diritto di asilo e sul diritto di immigrazione – e se la presenza sul territorio ha assunto i caratteri della stabilità e si proietta nel futuro, allora si è altresì titolari di un diritto a far parte della comunità politica e statale in condizioni di piena uguaglianza.

Dall’altro lato, se non ci si spinge a ipotizzare profili di incostituzionalità nella vigente disciplina della cittadinanza, occorre tornare a riflettere sul significato e sull’ambito di applicazione dei principi costituzionali su ricordati, a cominciare dal principio di uguaglianza di cui all’art.3, primo e secondo comma, della Costituzione.

I contributi raccolti nel presente volume percorrono tale seconda strada, concentrando l’attenzione sulla portata del c.d. “nucleo forte” del principio di uguaglianza, in relazione ai diversi settori dell’ordinamento e ai diversi diritti sostanziali/fondamentali, il cui godimento da parte degli stranieri è stato escluso o irragionevolmente limitato. Del resto, giudicare del rispetto del principio d’uguaglianza, inteso come dovere di trattare in modo uguale le situazioni uguali e in modo diverso le situazioni diverse – come si è cercato di evidenziare in altra sede¹ – significa, in ultima analisi, giudicare della natura dei diritti/principi che sono, rispettivamente, garantiti e sacrificati, nonché giudicare della ragionevolezza di tale bilanciamento. Significa, cioè, giudicare del rispetto da parte del legislatore dei vari principi costituzionali di carattere sostanziale. Anche perché le “violazioni” del solo principio d’uguaglianza formale – le violazioni cioè indirette o “di secondo grado” – al di fuori delle ipotesi in cui derivino dall’aver il legislatore distinto (senza alcuna giustificazione di ordine costituzionale) sulla base dei profili espressamente vietati dallo stesso primo comma dell’art. 3 Cost., non dovrebbero essere considerate “violazioni”, ma esercizio legittimo, per quanto nel merito discutibile, di discrezionalità politica.

1. Sia consentito rinviare, anche per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte e dell’ampio dibattito dottrinale, ad A. Giorgis, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza l’art. 3, primo comma, della Costituzione*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del Regime repubblicano*, vol. II, Bari, Laterza, 2006, p. 757ss.; Id., *Art. 3, 2° co., Cost.*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, 88 e segg.

I contributi raccolti – coerentemente alla prospettiva adottata² – tendono inoltre a porre in relazione le caratteristiche e le specificità del diritto/principio sostanziale volta per volta “limitato” con la peculiare condizione giuridica in cui si possono trovare gli stranieri. In assenza di un generale e incondizionato diritto di tutti gli individui a entrare e a soggiornare senza limiti di tempo in Italia (e in Europa), è infatti necessario prendere in esame le norme sul diritto di asilo e di immigrazione e distinguere a seconda che lo straniero, ad esempio, abbia ottenuto il riconoscimento dello status di rifugiato, o dello status di protezione sussidiaria, o ancora sia titolare di un permesso di soggiorno UE rilasciato da altro Stato membro, o sia in attesa di risposta dalle autorità competenti oppure sia irregolare, e ancora se abbia legami familiari con altro straniero regolarmente soggiornante, se sia minorenne ecc.

Dall’insieme degli scritti, e dalle discriminazioni che in esse sono analizzate, emerge così un primo e seppur incompleto quadro delle difficoltà, oltre che materiali, politiche e culturali che le nostre istituzioni democratiche (a livello centrale e locale) incontrano nell’affrontare l’immigrazione per ciò che è diventata (al di là e indipendentemente dalle emergenze umanitarie), ovvero una nuova dimensione strutturale (e non congiunturale) della società italiana. Al tempo stesso, dalle sentenze prese in esame, parrebbe emergere come i principi fondamentali del diritto costituzionale contemporaneo, a partire da quello d’uguaglianza (specie quando viene riferito al godimento di diritti inviolabili), conservino immutata la loro attualità³ e la loro forza giuridica.

2. Il volume è diviso in due parti. Nella prima sono raccolti tre saggi di carattere generale che introducono il tema delle discriminazioni sotto tre diversi punti di vista: quello delle fonti del diritto (che hanno “prodotto” discriminazioni vietate); quello della giurisprudenza (che si è opposta a tali discriminazioni); quello della dottrina (che ha provato a valorizzare il significato propriamente antidiscriminatorio del principio costituzionale di uguaglianza).

2. Assumere la prospettiva dell’uguaglianza comporta affrontare tre principali questioni: due connaturate alla struttura stessa del principio d’uguaglianza e una connaturata al carattere giuridico delle prescrizioni costituzionali. Innanzitutto occorre stabilire tra chi debba essere realizzata una condizione di uguaglianza; quali siano cioè i soggetti titolari di una “pretesa” all’uguaglianza, considerando l’ambito entro il quale il problema dell’uguaglianza assume rilievo (quello della produzione o, meglio, del lavoro, o quello più generale della territorialità, ossia della sovranità dello Stato). La seconda questione che si pone è quella di stabilire in che cosa debbano essere uguali i soggetti di cui sopra; qual è cioè l’oggetto della pretesa all’uguaglianza? La terza questione, infine, concerne il problema della definizione dei soggetti istituzionali che dovrebbero ritenersi giuridicamente obbligati a realizzare le condizioni di uguaglianza: l’art.3 della Costituzione e le altre disposizioni che riconoscono i diversi diritti contengono cioè delle norme che sono applicabili anche dai giudici, e se sì in quale misura, oppure contengono delle norme che si rivolgono al solo legislatore?

3. Cfr. Z. Bauman, *Stranieri alle porte*, Editori Laterza, 2016, 7 e segg.

Il primo saggio – di *Giorgio Sobrino* – offre una ricostruzione delle diverse fonti (comunali, regionali e statali), che hanno introdotto discriminazioni vietate dalla nostra Costituzione. Il saggio mette in luce le materie in cui il fenomeno è apparso più intenso (si tratta, in particolare, di materie riconducibili a taluni diritti sociali: diritto alla salute e all’assistenza sociale, diritto all’abitazione, diritto all’istruzione e diritto al lavoro).

Il secondo contributo – di *Mia Caielli* – illustra come il diritto antidiscriminatorio di matrice sovranazionale favorisca nuove interpretazioni del principio costituzionale di uguaglianza (e delle formule attraverso cui sono sanciti gli specifici divieti di discriminazione), volte a declinare il principio medesimo in un vero e proprio “diritto soggettivo” a non essere discriminati, anche in ragione della propria “nazionalità”. Si tratta di un diritto il cui contenuto è definito, sempre più spesso, dalle giurisdizioni, sollecitate dalle iniziative giudiziarie “costruite” (come vere e proprie cause pilota) dalle varie associazioni impegnate nella lotta alle discriminazioni.

Il terzo contributo – di *Matteo Losana* – illustra, infine, come la valorizzazione del contenuto propriamente antidiscriminatorio del principio di uguaglianza formale (à la Esposito) rappresenti, ancora oggi, una valida strategia argomentativa per combattere le discriminazioni che, talvolta, si nascondono dietro lo schermo della cittadinanza.

I sei contributi raccolti nella seconda parte del volume indagano, invece, il fenomeno discriminatorio con riguardo a taluni particolari settori del nostro ordinamento giuridico.

Il primo contributo – di *Enrico Gargiulo* e *Alessandro Maiorca* – illustra le discriminazioni che colpiscono gli stranieri nel momento della richiesta di iscrizione nei registri anagrafici comunali. Si tratta di discriminazioni che possono, anche indirettamente, limitare l’accesso degli stranieri alle opportunità e ai servizi che sono legati allo *status* di residente (la partecipazione ai bandi per l’assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, il rilascio di certificazioni anagrafiche e della patente di guida ...). Talvolta la discriminazione è prodotta, direttamente, da un provvedimento adottato da un singolo comune (ad esempio, l’ordinanza sindacale che prevede, per l’iscrizione anagrafica degli stranieri, requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legislazione nazionale); altre volte, la discriminazione è – per così dire – il prodotto di “atteggiamenti ostili” tenuti da taluni uffici comunali, inclini a interpretare la disciplina normativa vigente in senso sfavorevole agli stranieri (ad esempio, negando l’iscrizione per ragioni riguardanti le dimensioni oppure le condizioni igienico-sanitarie dell’immobile; e cioè per ragioni che – pur valutabili ad altri fini – non dovrebbero, comunque, incidere sul diritto all’iscrizione anagrafica).

Il secondo contributo – di *Alessandra Algostino* – si concentra su una specifica ordinanza sindacale che aveva introdotto, per i partecipanti a tutte le “riunioni”, l’obbligo di utilizzare la lingua italiana (ordinanza poi censurata sia dal giudice amministrativo, sia da quello ordinario). Si tratta di un esempio molto interessante e problematico di come – attraverso il riferimento alla lingua (e

cioè a un profilo che non dovrebbe, per la nostra Costituzione, essere elevato a *ratio distinguendi*) – si possa limitare, in concreto, agli stranieri il godimento di un fondamentale diritto di libertà.

Il terzo contributo – di *Manuela Consito* – mette in luce la perdurante tensione – e la necessità di trovare, in concreto, ragionevoli punti di equilibrio – tra il diritto fondamentale alla salute degli stranieri e la pretesa degli stati ospitanti (peraltro oggi temperata dal diritto internazionale e sovranazionale) di limitare l’ingresso oppure il soggiorno degli stranieri sul proprio territorio per ragioni di sicurezza e sanità pubblica.

Il quarto contributo – di *Antonio Mastropaolo* – affronta la questione del riconoscimento, nell’ordinamento costituzionale, del diritto degli stranieri all’istruzione. Il contributo si articola in due parti: la prima illustra l’origine e lo sviluppo dell’idea che l’istruzione e l’educazione rappresentino – oltre che una pretesa individuale – un vero e proprio “dovere-interesse” dello Stato, rivolto alla costruzione di una “cittadinanza democratica” (che trascenda i confini segnati da quella meramente giuridico-formale); la seconda parte ricostruisce l’evoluzione della disciplina normativa (nazionale e regionale) che attua, nel nostro ordinamento, il diritto degli stranieri all’istruzione.

Il quinto contributo – di *Valeria Marcenò* e *Francesca Paruzzo* – affronta il tema delle discriminazioni tra cittadini e stranieri per quanto riguarda il diritto al lavoro. In particolare, il saggio si concentra sui limiti posti dalla vigente disciplina normativa all’accesso degli stranieri al “pubblico impiego” e sulle strategie argomentative utilizzate dalla giurisprudenza per superare il carattere “discriminatorio” dei menzionati limiti. Si tratta di strategie che, concependo la cittadinanza non più come un mero vincolo di appartenenza, bensì quale utile strumento di “partecipazione”, sono volte a includere anche gli stranieri tra i soggetti che – tramite il proprio lavoro (anche alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) – contribuiscono “al progresso materiale o spirituale della società” (art. 4 Cost.).

L’ultimo contributo della parte speciale – di *Francesco Pallante* – affronta, infine, alcune questioni riguardanti il diritto degli stranieri all’abitazione. Lo scritto si concentra, in particolare, sull’accesso all’edilizia pubblica residenziale degli stranieri, mettendo in luce alcune discriminazioni e alcuni (veri e propri) paradossi che si nascondono nella vigente disciplina normativa statale e regionale. Sul versante discriminatorio – ad esempio – l’accesso degli stranieri agli alloggi è subordinato a requisiti (l’esercizio di attività lavorativa) non previsti per i cittadini, oppure a “clausole di residenza prolungata” sul territorio (che nascondono forme indirette di discriminazione). Rappresenta, invece, un vero e proprio paradosso il fatto che la disciplina normativa vigente, per un verso, limita l’accesso agli alloggi ai titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo, oppure ai titolari di permesso almeno biennale, per altro verso, inserisce la disponibilità di un’abitazione “adeguata” tra i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno.

3. La ricerca svolta consente inoltre di mettere in evidenza uno stato di crescente tensione tra le “pretese” dei principi costituzionali ad essere riconosciuti e applicati come norme immediatamente precettive da parte degli organi giurisdizionali, e quelle della politica (ossia degli amministratori pubblici investiti da un mandato rappresentativo-elettorale) ad adottare – il più delle volte in nome della stessa “volontà popolare” – scelte consapevolmente e intenzionalmente discriminatorie nei confronti dei non-cittadini.

I contributi qui raccolti raccontano di singoli amministratori locali che hanno adottato ordinanze più o meno “creative” allo scopo di escludere gli stranieri dalla fruizione di taluni servizi pubblici essenziali (dall’accesso alla casa popolare all’assistenza sociale, al servizio scolastico), o di renderne più difficile, quando non addirittura fisicamente impossibile, la residenza sul territorio del proprio comune, o financo di impedire loro l’esercizio di alcuni diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (dalla libertà di riunione e di associazione a quella di circolazione, dal diritto all’istruzione gratuita e obbligatoria a quello all’abitazione). E danno atto di come talvolta la magistratura ordinaria e amministrativa si sia adoperata per far valere la Costituzione come norma giuridica direttamente precettiva, anche a dispetto della volontà delle maggioranze politiche che – di volta in volta – pretendono di interpretare – contro la lettera e lo spirito della Carta – una pretesa “volontà popolare” ostile alla prospettiva universalizzante presupposta dagli articoli 2 e 3.

Il problema di fondo è che spesso quelle decisioni politiche – contrarie al diritto e pertanto giustamente oggetto di sindacato giurisdizionale – sembrano rispecchiare una forma di “volontà popolare”, che è sempre più difficile riuscire ad arginare con il solo ricorso all’argomento dell’illegittimità costituzionale. Il giudice che – facendo applicazione dei poteri a lui riconosciuti e degli strumenti giuridici a lui affidati – brandisca la Costituzione per privare di effetti le decisioni pubbliche lesive dei diritti fondamentali riconosciuti agli stranieri, rischia di esercitare un faticoso ruolo di supplenza, che alla lunga non può reggere. Alla giurisdizione, in altre parole, non può essere permanentemente affidato un improprio incarico di resistenza culturale. Non è il suo compito, e comunque essa non potrebbe, alla lunga, contrastare il montare di un’ostilità popolare sorda e diffusa a riconoscere quei diritti come effettiva base e cemento del legame sociale.

La prospettiva qui segnalata ci consente pertanto, in primo luogo, di squarciare un velo di ipocrisia. Ci permette di osservare la pratica dei diritti fondamentali degli stranieri (come di ogni altra categoria debole: degli emarginati, dei discriminati ...), nonché la dialettica politica che sottende alla loro effettività, senza indulgere inutilmente e banalmente alla vuota retorica di chi, parlando dei diritti, tende a rifugiarsi nella prospettiva ottativa (e vagamente “buonista”) dell’astratta perorazione: «Oh, quanto è bello il mondo dei diritti!».

Il punto di partenza della ricerca, che in qualche modo accomuna i diversi contributi qui pubblicati, è la constatazione in base alla quale molti diritti fondamentali degli stranieri, proprio nella nostra civiltà che da più di due secoli si

specchia e si autocompiace tra Dichiarazioni sempre più Universali, continuano a subire sistematiche negazioni in concreto, in conseguenza dell'adozione di atti amministrativi approvati e talvolta richiesti e acclamati dagli stessi consociati. Negazioni che non appartengono al "mondo degli altri", quelli non ancora baciati dalla supposta fortuna di poter condividere i sacri Principi dell'89, ma emergenti nella quotidianità dei rapporti civili, economici e sociali che si realizzano qui, da noi, nel c.d. "Occidente civilizzato", laddove quelle stesse sacre proclamazioni sono messe continuamente in crisi da una realtà che pare irriducibile e incomprimibile. Una realtà – è questa la sconcertante constatazione che emerge dall'analisi dei singoli casi concreti oggetto di attenzione – che non solo non pare essere adeguatamente contrastata, ma sembra anzi perseguita proprio in nome della "sovranità popolare". Come se quei principi, che continuiamo a proclamare (e sottintendere) come condivisi, fossero ormai in realtà oggetto di contestazione e messa in discussione. Di fronte a ciò, quale argine, e fino a quando, potrà essere frapposto dai giudici?

La questione, al di là delle singole posizioni di merito, coinvolge un fondamentale snodo teorico del diritto costituzionale contemporaneo. I diritti fondamentali, per usare un argomento caro a Luigi Ferrajoli, servono essenzialmente a proteggere il più debole, colui che si trova in minoranza, colui che non è tutelato dal "numero" e cioè (oggi) dalla regola della rappresentanza politica, laddove il forte trova sempre il modo di tutelarsi da sé, anche in assenza di norme. Si aggiunga che il debole in questione va tutelato anche contro la sua volontà, o contro la volontà del gruppo sociale o culturale cui appartiene (si pensi alle regole costituzionali sulla protezione dell'individuo nel contesto familiare, della donna contro il marito o il padre, del minore contro i genitori, che valgono proprio contro la volontà spesso manifestata all'interno del gruppo).

Tutto ciò coinvolge evidentemente con prepotenza il rapporto tra politica e giurisdizione. È infatti la giurisdizione (a partire da quella costituzionale) lo strumento cui è stato storicamente e tradizionalmente affidato il compito di tutelare il debole, l'oppresso, il discriminato, dalle maggioranze (politiche, sociali, culturali ...) protagoniste di pratiche sopraffattrici, oppressive, discriminatorie. Ma la giurisdizione in tanto può esercitare tale ruolo in quanto sia mantenuta, e sopravviva nel tempo, la "consuetudine di riconoscimento" che le affida il compito di ripristinare l'ordine giuridico violato, quand'anche fosse violato mediante l'esercizio della sovranità popolare (che si manifesti, di volta in volta, attraverso la legge, o il regolamento del governo, o l'atto amministrativo promosso e adottato da un'autorità municipale, o qualunque altro atto espressivo di un processo di integrazione politica a qualsiasi livello).

Ma se le due linee di azione cominciano a divaricarsi inconciliabilmente, se in altre parole all'azione politica è richiesto proprio ciò che la giurisdizione è chiamata (dalla Costituzione) ad impedire, l'equilibrio tra i poteri rischia di saltare, e l'intero edificio su cui si regge la teoria dei diritti fondamentali è minacciato di implosione. A meno che non siano gli stessi attori politici, i rappresentanti della c.d. "volontà popolare", ad assumere su di sé, sistematicamente,

una precisa responsabilità sul piano culturale, educativo, financo pedagogico, in nome della Costituzione e della sua effettività.

L'alternativa, in sintesi, sembra chiara. È la politica il luogo privilegiato dal quale attendersi risposte di fronte alla constatazione di una crescente tendenza alla negazione dei diritti all'interno della società? Ovvero, al contrario, la loro tutela è essenzialmente – e può realisticamente restare – nelle mani dei giudici, i quali continueranno ad essere in grado di garantirne l'effettività anche e soprattutto *contro* la politica, dal momento che la giurisdizione (in primo luogo quella costituzionale) è nata proprio per intervenire, in nome della Costituzione, per arginare la naturale tendenza del potere a far prevalere la propria logica su quella dei diritti?

Ragionare a partire da questa possibile dicotomia ci aiuterebbe, tra l'altro, a collocare la nostra riflessione nella corretta prospettiva storica e storico-costituzionale. Oggi ci troviamo a constatare l'esistenza di molteplici situazioni di fatto, derivanti da specifiche condizioni sociali, che minano alla base la garanzia dell'effettività (per molti) di quei diritti così pomposamente proclamati dalle principali Carte nazionali e internazionali. E lamentiamo in proposito un crescente deficit di attenzione e di sensibilità – quando non addirittura un'aperta e strumentale ostilità – da parte di chi esercita il potere. Come se duecento anni di cultura dei diritti fossero passati invano, ci troviamo a chiedere alla politica di prendere coscienza di questa paurosa lacuna collettiva, che è prima di tutto – come si osservava – una lacuna di tipo culturale, e contemporaneamente alla giurisdizione di colmarla in termini di supplenza. La realtà è che il tema dell'effettività (e dunque della negazione) dei diritti continua ad affannare l'uomo dall'inizio della civiltà, e che solo in pochi e ben definiti momenti storici si è cercato con determinazione di assicurare una risposta politica a quella domanda. La storia della garanzia dei diritti fondamentali è una storia "breve", delimitata all'interno di una vicenda piuttosto recente, mentre la prospettiva nella quale ci troviamo a collocare la questione dei "diritti negati" è necessariamente assai più lunga.

Se dovessimo concludere che la giurisdizione costituisce, oggi, il solo possibile argine alle sistematiche violazioni del principio di uguaglianza, richieste ed attuate in nome di quella stessa sovranità popolare proclamata dalla Costituzione, assisteremmo alla sconfitta storica della politica nello Stato pluralista. Si tratterebbe, in poche parole, di una vera e propria disfatta dell'utopia democratica novecentesca. L'idea era che, coltivando la partecipazione di tutte le diverse articolazioni della società all'assunzione delle decisioni pubbliche fondamentali, si sarebbe creato "spontaneamente" – all'interno del quadro costituzionale di riferimento rappresentante il compromesso più avanzato tra le diverse rivendicazioni sociali sollecitate dai singoli gruppi – il contesto adatto ad una più alta protezione dei diritti individuali e collettivi. Con la sconfitta di tale prospettiva, la legge (e più in generale l'azione politica) ha forse definitivamente perduto quella funzione "promozionale" che si riteneva le fosse propria, e la rivendicazione dei diritti fondamentali ha conseguentemente smarrito la sua

prospettiva “emancipante”: quella portata avanti da soggetti collettivi che non si limitino a “far parte per se stessi”, combattendo eventualmente per ritagliarsi uno spazio di tutela e di sopravvivenza, ma pretendano di realizzare nella sfera pubblica e “per tutti” gli obiettivi di emancipazione che si prefiggono. L’età della rivendicazione dei diritti è stata, in larga misura, l’età della rivendicazione di una più avanzata partecipazione alla cosa pubblica di tutte le articolazioni della società (una volta si sarebbe detto: “delle masse”). Gli scritti qui raccolti sembrano invece raccontarci una storia parzialmente diversa, e disegnare uno schema nel quale proprio in nome di quella partecipazione si arriva talora a negare tali pretese di universalizzazione. È lo spirito del tempo.

Il paradosso è che proprio i diritti sociali previsti per legge (quelli che, oggi, alcuni settori del c.d. “popolo sovrano” chiedono di negare – per legge – ai non-cittadini) sono la conseguenza dell’allargamento della partecipazione. Sono la conseguenza di una trasformazione sociale che è stata (anche) il frutto di un’esplicita e aperta assunzione di responsabilità della politica. Sono stati rivendicati politicamente e politicamente si sono affermati (o comunque hanno preteso di realizzarsi) lungo il corso di un secolo intero. È curioso che oggi la prospettiva si sia completamente rovesciata e alla giurisdizione si chieda di reagire – in nome della Costituzione – a una pretesa opposta. È la giurisdizione ad aver in tal modo assunto (impropriamente) un ruolo trainante che forse avrebbe dovuto esserle risparmiato.

Il problema di fondo, allora, è quello di ricostruire una possibile saldatura tra questi due poli. I giudici continuano pure a risolvere singole controversie, a dare risposte a singoli casi concreti. Ma si torni a mettere al centro – in primo luogo sul piano culturale – la questione degli strumenti collettivi dell’emancipazione mediante i diritti, ossia degli strumenti attraverso i quali una società è in grado di trasformare politicamente se stessa. Il grande equivoco, oggi, non è costituito dal ruolo di supplenza esercitato dalla giurisdizione, ma dall’abdicazione – forse sarebbe meglio dire dalla diserzione sul campo – della politica, che sembra talvolta volersi autoescludere da questo suo compito fondamentale.

PARTE PRIMA

FONTI DEL DIRITTO E (IN)ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA

Giorgio Sobrino

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'emersione di un fenomeno significativo - 2. Precisazioni definitorie preliminari - 2.1. Le fonti del diritto - 2.2. (segue) ed il principio di uguaglianza (con particolare riferimento alla sua applicabilità agli stranieri) - 3. Le principali fonti lesive del principio di uguaglianza nel periodo recente e le relative pronunce dei giudici (comuni e Corte costituzionale) - 3.1. Fonti regionali - 3.2. Fonti comunali - 3.3. Fonti statali - 4. Osservazioni di sintesi sul fenomeno esaminato: tendenze e ricadute "di sistema" della discriminazione operata (principalmente) dagli enti territoriali (con particolare riferimento all'individuazione della portata del principio di uguaglianza)

1. Considerazioni introduttive: l'emersione di un fenomeno significativo

Nell'ambito di una ricerca dedicata all'uguaglianza ed alle sue ricadute sulla tutela dei diritti – e, in particolare, alla posizione giuridica degli stranieri – pare utile una riflessione, di carattere generale e "trasversale" ai singoli temi affrontati nel presente volume, sulle interrelazioni *tra le fonti del diritto e, appunto, il principio costituzionale di uguaglianza*.

Tali interrelazioni, infatti, risultano oggi particolarmente problematiche e controverse (ed in ciò risiede la ragione ispiratrice dell'intera ricerca condensata in questo volume¹) a seguito dell'emersione, in anni a noi vicini, di un fenomeno ben determinato: la violazione del principio di uguaglianza – per di più, nel suo «contenuto essenzialissimo»² rappresentato dal *divieto di discriminazioni soggettive* – da parte di fonti emanate *dagli enti territoriali*³ (princi-

1. Si rinvia, in proposito, all'*Introduzione* di Andrea Giorgis, Enrico Grosso e Matteo Losana.

2. Per questa espressione v. A. Cerri, *Eguaglianza (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 5, ed. Il Sole 24 Ore, 2007, 725.

3. Cioè – lo si esplicita subito solo per maggior chiarezza – le Regioni, le Province (e in particolare, come si vedrà, le Province autonome di Trento e di Bolzano) ed i Comuni (elencati dall'art. 114 Cost. quali "enti costitutivi" della Repubblica).