



GIOVANNI MOSCHELLA\*

### LA LEGISLAZIONE SULL'IMMIGRAZIONE E LE PROSPETTIVE DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: L'ORDINAMENTO EUROPEO E L'ESPERIENZA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legislazione italiana sull'immigrazione tra diritti di cittadinanza e principio di uguaglianza. – 3. L'estensione della tutela costituzionale dei diritti fondamentali ai cittadini stranieri e agli immigrati: limiti e controlimiti. – 4. Ordinamento dell'Unione europea e tutela effettiva dei diritti sociali. – 5. La protezione costituzionale dei diritti sociali: il diritto alla salute e il diritto all'istruzione. – 6. La difficile tutela dei minori non accompagnati. – 7. La legislazione italiana sulla immigrazione e le prospettive dei diritti fondamentali degli immigrati: il nuovo “decreto sicurezza” e le politiche di respingimento.

#### 1. Premessa

Analizzare un fenomeno di profonda complessità e rilevante impatto sociale quale quello della migrazione implicherebbe, sul piano metodologico, una riflessione di ampio respiro che tenga conto di tutti gli elementi che possono contribuire a comporre un efficace quadro descrittivo: dall'analisi dei flussi migratori alle politiche di regolamentazione, dall'impatto sul sistema economico e sul mercato del lavoro alle politiche di integrazione. Tuttavia, riteniamo che il fenomeno migratorio costituisca in primo luogo una questione di alta valenza politica, riconducibile soprattutto alla capacità delle istituzioni di garantire sostenibilità e integrazione, attraverso processi che tendano da un lato a valorizzare le risorse umane che il fenomeno migratorio conduce e, dall'altro, ad includere nel sistema sociale persone di cultura e lingua diverse. Il livello di integrazione dei cittadini immigrati è legato soprattutto alle politiche ed agli strumenti legislativi che l'ordinamento adotta per superare le differenze culturali, ideologiche, religiose. In tale quadro, va tenuto presente che la nozione di integrazione non coincide con quella di omologazione e che l'intervento dello Stato sarà tanto più efficace quanto più esso, attraverso le sue diverse articolazioni istituzionali, sarà in grado di assicurare, nell'ambito del principio costituzionale del pluralismo, ma anche di quello di uguaglianza, convivenza e compatibilità tra culture differenti, garantendo nel contempo un adeguato livello di diritti, soprattutto sociali, agli immigrati. La presente riflessione intende così affrontare il tema

---

\* Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi di Messina.

dell'immigrazione analizzando l'evoluzione nell'ordinamento italiano delle politiche sull'immigrazione attraverso una ricostruzione del quadro normativo e delle tendenze giurisprudenziali nazionali (ma in una prospettiva che tenga necessariamente conto della normativa europea) e della loro incidenza sul piano della tutela, in capo ai migranti, di alcuni diritti sociali fondamentali quali, ad esempio, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione<sup>1</sup>.

## 2. La legislazione italiana sull'immigrazione tra diritti di cittadinanza e principio di uguaglianza

Le trasformazioni registratesi negli ultimi anni nei processi di migrazione che coinvolgono i paesi del Nord-Africa e quelli del Medio-oriente si riflettono profondamente sul piano economico-sociale, ma anche su quello giuridico, all'interno degli Stati che vengono attraversati o costituiscono la meta definitiva di migliaia e migliaia di uomini e donne che fuggono dalle loro nazioni, devastate dalle guerre o dalle carestie.

L'entità del fenomeno, la gravità delle condizioni umanitarie dei migranti, gli effetti che tale processo sta determinando a livello mondiale hanno indotto soprattutto l'Unione europea a rafforzare un'azione comune di *governance* da parte degli Stati per regolamentare – per quanto sia possibile farlo – tale fenomeno, anche in ragione degli effetti prodotti sul tessuto sociale degli Stati membri dalla crisi economico-finanziaria<sup>2</sup>. Tuttavia, l'obiettivo che nell'ultimo periodo sembra prevalere, nell'ambito delle politiche di immigrazione, è quello di contrastare le reazioni, spesso scomposte, e le spinte xenofobe che si sviluppano all'interno di molti paesi, mentre minore attenzione viene riservata alle politiche finalizzate al perseguimento di un adeguato livello di integrazione, il cui presupposto è costituito dal riconoscimento in capo ai cittadini immigrati dei diritti fondamentali e della loro effettività attraverso una efficace tutela giuridica. I flussi migratori che in questo ultimo decennio hanno interessato l'Italia e gli altri paesi europei hanno determinato così una serie di interventi legislativi per regolamentare l'ingresso di larghe fasce di stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato. In una prima fase tale legislazione è stata finalizzata ad assicurare un progressivo processo di integrazione sociale e lavorativo, anche attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali. Nell'ultimo periodo, tuttavia, tale legislazione si è via via orientata prevalentemente a limitare l'ingresso degli stranieri, in particolare di quelli extracomunitari (godendo i cittadini comunitari di un particolare livello di garanzia) e di introdurre un apparato sanzionatorio che, nella scia di un crescente senso di insicurezza, anche economica,

---

<sup>1</sup> In tema, tra i tanti, v. P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova 2004, p. 82 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli 2007; L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2011; E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNNA, *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Milano 2013; A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine*, II/2017, p. 364 ss.; sia consentito, inoltre, rinviare al mio *Immigrazione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*, in G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016; cfr. anche V. BALDINI, *Tutela costituzionale dei diritti fondamentali e limiti dell'integrazione sociale nello stato multiculturale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2017; G. G. CARBONI, *I sistemi di welfare alla prova delle migrazioni: il caso della Svezia*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2018.

<sup>2</sup> D. SARDO, *Brevi note sugli sviluppi della legislazione europea in materia di immigrazione irregolare*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*, Napoli, 2014, vol. I, p. 585 ss.

avvertito dall'opinione pubblica, ha contribuito a trasformare il problema dell'immigrazione in un problema di ordine pubblico, determinando così un sensibile affievolimento nel riconoscimento e nella tutela dei diritti umani e dei diritti fondamentali degli immigrati.

Tale tendenza pone inevitabilmente, la necessità di una profonda riflessione sulla disciplina normativa sull'immigrazione, in relazione al principio cardine degli ordinamenti costituzionali contemporanei, vale a dire il principio di uguaglianza che nell'ordinamento costituzionale italiano si estende pienamente anche agli stranieri, incontrando, sotto tale profilo, un solo assoluto limite: il principio di sovranità popolare. Vi è da aggiungere a tale proposito, come avremo modo di approfondire, che la legislazione italiana configura una contrapposizione tra stranieri extracomunitari regolari e quelli c.d. "irregolari", prevedendo per quest'ultimi, e con eccezione dei minori, un regime nettamente diseguale e del tutto sfavorevole rispetto ai cittadini extracomunitari. Sotto tale profilo va segnalato quell'orientamento che ritiene «superato il concetto di cittadinanza quale *status* inteso come strumento di "esclusione" e di separazione all'interno dell'organizzazione sociale»<sup>3</sup>. Al contrario, la cittadinanza viene interpretata come «criterio di selezione dei diritti, per individuare quelli più rilevanti, per definire insieme posizioni individuali e qualità democratica, e di conseguenza come criterio che consente di misurare gli eventuali *deficit* di democrazia»<sup>4</sup>. Non può sottacersi, a tal proposito, come la teoria costituzionalistica tenda ormai ad affermare l'effettiva universalizzazione dei diritti della persona, escludendo che la cittadinanza costituisca uno "*status* privilegiato" ovvero un presupposto dei diritti di cittadinanza, intesi nella loro complessità costituita dai diritti civili, dai diritti politici e da quelli sociali. La Costituzione italiana all'art. 1, comma II, stabilisce che la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione. Tale disposizione, tuttavia, non provvede ad esplicitare la nozione di cittadino (sebbene il popolo costituisca l'insieme di coloro che sono legati allo Stato dal rapporto di cittadinanza), pur se «il possesso della cittadinanza costituisce il presupposto legittimante, costituzionalmente previsto, per l'esercizio di tutte le situazioni giuridiche di diritto pubblico»<sup>5</sup>, rappresentando lo *status* di cittadino condizione necessaria per l'esercizio di alcuni diritti e per la soggezione ad alcuni doveri «che valgono a porre in maniera esclusiva i cittadini in relazione con l'apparato autoritario»<sup>6</sup>. Per quanto riguarda il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili, la Costituzione italiana, all'art. 2, dispone che la Repubblica riconosce e garantisce tali diritti riferendoli non solo al cittadino, ma all'uomo in quanto tale, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale<sup>7</sup>. In tale chiave interpretativa la giurisprudenza costituzionale ha esteso la sfera dei diritti e dei doveri riconducibile agli stranieri, chiarendo che, sebbene alcune disposizioni costituzionali attribuiscono formalmente taluni diritti ai soli cittadini, non è ragionevole, stante il carattere aperto del testo costituzionale, l'esclusione dei non cittadini dal godimento di alcune delle libertà

---

<sup>3</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Cittadinanza: una postfazione*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994. In tal senso si consenta un rinvio a G. MOSCHELLA, *La parabola dei diritti umani nella legislazione italiana sull'immigrazione*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 481 ss. In argomento, v. anche L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano 2012.

<sup>4</sup> Cfr. R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, in AA.VV., *Stato e sovranità*, Torino, 2010, p. 143.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>6</sup> Cfr. P. FALZEA, *La riforma del sistema della cittadinanza e il problema del voto agli stranieri*, in AA.VV., *Evoluzione sociale ed evoluzione normativa nella società complessa*, Torino, 2004.

<sup>7</sup> Cfr. A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta OnLine*, III/2018, p. 533 ss.

fondamentali. In piena sintonia con lo spirito del principio di uguaglianza, che non deve essere interpretato in modo isolato, e nel rispetto della dignità umana, la Corte costituzionale ha sostenuto che «se è vero che l'art. 3 Cost. si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali» (sent. n. 120/1967, ma anche sent. n. 62/1994) sì da riconoscere e garantire la titolarità ed il godimento di tali libertà non solo ai cittadini, ma a tutti gli esseri umani.

I diritti fondamentali dell'uomo, in quanto universalmente riconosciuti, si affermano pertanto come superiori ed indipendenti rispetto ai diritti del cittadino, e per tale motivo devono essere assicurati e garantiti a tutti i soggetti che entrano in contatto con lo Stato<sup>8</sup>. Secondo tale interpretazione gli stranieri non entrano nel territorio dello Stato «provveduti di tutela, o quanto meno del rivestimento giuridico occorrente a che pure a loro sia data difesa dei diritti fondamentali»<sup>9</sup>.

Così, alcune libertà contemplate nella Costituzione, sebbene testualmente riferite ai soli cittadini, si estendono ai non cittadini proprio in ragione della situazione giuridica tutelata, riguardando diritti fondamentali inviolabili dell'individuo e, in quanto tali, patrimonio irretrattabile di ogni persona. La giurisprudenza costituzionale, partendo dal presupposto che la fonte di tutti i diritti fondamentali sia la natura umana e non la cittadinanza, ha sostenuto che quei diritti e taluni doveri pubblici spettano anche agli stranieri ed agli apolidi stabilmente residenti nel territorio italiano. Non si tratta di una posizione paritaria, perché diverso è nei due casi il legame che unisce l'individuo allo Stato, purtuttavia viene riconosciuta l'applicabilità anche agli stranieri delle garanzie costituzionali relative a tutti i diritti fondamentali, in ossequio al disposto dell'art. 2 Cost. che impone allo Stato un obbligo generale di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>10</sup>. Il principio di uguaglianza, che l'art. 3 Cost. riferisce ai soli cittadini, allorché si tratti di tutela di diritti inviolabili si estende a tutti gli individui; lo stesso principio può incontrare delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato ed il cittadino e lo Stato e lo straniero, perché nel caso dello straniero è assente «un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano» (Corte cost., sent. n. 62/1994).

### 3. *L'estensione della tutela costituzionale dei diritti fondamentali ai cittadini stranieri e agli immigrati: limiti e controlimiti*

In tale ottica d'interpretazione estensiva, i diritti fondamentali che la Costituzione italiana riconosce e garantisce ai cittadini devono così intendersi estesi anche ai soggetti non legati allo Stato dal rapporto di cittadinanza.

Viene garantita (art. 13 Cost.) l'invulnerabilità della libertà personale, quale pretesa di disporre della propria persona senza limiti e senza alcuna coercizione fisica se non con le garanzie costituzionali *ex* art. 13 e 111 Cost.

L'art. 16 Cost., a proposito della libertà di circolazione e soggiorno, fa salve le limitazioni stabilite dalla legge per motivi di sanità e di sicurezza pubblica e prevede che

<sup>8</sup> Cfr. R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, cit., p. 158.

<sup>9</sup> Cfr. G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, p. 16.

<sup>10</sup> Cfr. E. CODINI, *Diversi ed uguali*, Milano, 2002.

nessuna restrizione possa essere determinata da ragioni politiche. Tale libertà consiste nel diritto di stabilirsi nel luogo prescelto e di fermarsi per il periodo di tempo desiderato. L'articolo tutela la proiezione spaziale della persona al di là della mera sfera domiciliare, ed oltre a garantire al cittadino la libertà di circolazione e soggiorno garantisce la libertà di espatrio che incontra il limite del rispetto degli obblighi di legge. Sebbene la disposizione si riferisca ai soli cittadini, trattandosi di una libertà civile, si applica anche agli stranieri, salvo che il legislatore ordinario stabilisca diversamente, nel rispetto del diritto di asilo e dei trattati internazionali.

Per quel che concerne il diritto di riunione, l'art. 17 Cost. configura «un diritto legato alla intrinseca socialità degli esseri umani, la quale coinvolge ogni momento della vita quotidiana», garantendo «tutte le aggregazioni tra persone fisiche nello stesso luogo per un certo periodo di tempo, mediante le quali si realizzano forme di interazione tra le persone convenute»<sup>11</sup>. Formalmente riconosciuto ai soli cittadini, il diritto deve essere esteso agli stranieri, la cui condizione è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei Trattati internazionali (ai sensi dell'art. 10, II c., Cost.). Parimenti, la Costituzione (art. 18) garantisce la libertà di associazione, la quale comprende il diritto di costituire associazioni di qualunque genere, di accedere ad associazioni già esistenti ed operanti (salvo il rispetto del regime statutario delle stesse), ed anche il diritto di non associarsi. Si rammenta che l'art. 20 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo prevede che nessuno può essere costretto a far parte di un'associazione. Della libertà e delle garanzie previste dagli articoli 17 e 18 beneficiano anche i non cittadini: tali articoli, comunque, non sembrano prevedere alcuna disparità di trattamento (a danno dei non cittadini) nel godimento di tali diritti, fermo restando che una eventuale loro negazione agli stranieri equivarrebbe alla negazione delle stesse libertà al cittadino che con lo straniero voglia, in ipotesi, riunirsi ed associarsi<sup>12</sup>.

L'art. 19 Cost. prevede che tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume. L'evoluzione multiculturale della società contemporanea pretende che il credo professato da ciascuno, quale espressione di scelta individuale, sia libero ed induce a respingere ogni forma di privilegio per alcuno dei culti professati. La disposizione tutela ogni forma di sentimento religioso ed impone allo Stato laico di permettere ed agevolare l'esercizio della libertà di culto, in forma individuale e collettiva, e di impedire ogni discriminazione fondata sul sentimento religioso. La norma in discorso costituisce una specificazione del principio contenuto nell'art. 3 Cost., ove si vietano le distinzioni basate sulla religione.

L'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948) sancisce il diritto di ogni individuo «alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione». Tale diritto «include la libertà di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in

---

<sup>11</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Le libertà di riunione e di associazione*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2006, p. 686.

<sup>12</sup> Cfr. R. CARIDÀ, *La cittadinanza*, cit., p. 166. La legge n. 203/1994 (di parziale esecuzione della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, firmata a Strasburgo il 5 febbraio 1992) impegna il nostro Stato a riconoscere agli stranieri residenti la libertà di espressione, di riunione ed associazione alle stesse condizioni dei cittadini. Essa prevede altresì che il diritto alla libertà di associazione implica il diritto per i residenti stranieri di creare «le loro associazioni locali a fini di assistenza reciproca, di conservazione e di espressione della loro identità culturale o di difesa dei loro interessi riguardo a questioni di competenza della collettività locale», nonché il diritto di aderire ad ogni associazione.

pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto o nell'osservanza di riti». L'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ribadisce il diritto di ogni individuo «alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione», affermando che questo include «la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti».

L'art. 21 Cost. tutela la libertà di manifestazione del pensiero testualmente riconosciuta a tutti, conformemente al carattere universale delle libertà riconosciute all'uomo, in quanto persona. L'art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo tutela la libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto a cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo. L'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosce la libertà di opinione e le libertà di ricevere e comunicare informazioni e idee senza ingerenza da parte delle autorità pubbliche.

L'art. 24 Cost. stabilisce che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi e che la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento; mentre l'art. 25 Cost. prevede che nessuno possa essere distolto dal giudice naturale stabilito dalla legge.

#### 4. Ordinamento dell'Unione europea e tutela effettiva dei diritti sociali

Per quel che concerne i diritti sociali (quali pretese, dei singoli verso lo Stato od enti pubblici, di prestazioni in loro favore, e che si distinguono dai diritti di libertà perché tendono ad ottenere dal soggetto passivo l'adempimento di obblighi positivi di fare)<sup>13</sup>, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere dovuto il riconoscimento a ciascun individuo del diritto a godere di un *minimum* di tutela, la cui assenza possa configurare la lesione della dignità del soggetto.

Una particolare riflessione merita, a nostro avviso, l'evoluzione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo e del loro rapporto con il principio fondativo del libero mercato, soprattutto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e alla luce dell'attuale crisi economico-finanziaria. A livello europeo si assiste, infatti, ad una positivizzazione dei diritti fondamentali classici, mentre si registrano tuttora ritardi nel pieno riconoscimento dei cataloghi dei diritti sociali che soffrono di una sorta di "minorità comunitaria", rispetto ai modelli costituzionali nazionali<sup>14</sup>. Infatti, in ragione della natura prevalentemente

<sup>13</sup> Cfr. F. FACURY SCAFF, R. ROMBOLI, M. REVENGA (a cura di), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2009.

<sup>14</sup> Su tali profili, cfr. L. FERRAJOLI, *Stato sociale e Stato di diritto*, in *Pol. Dir.*, n. 1, 1992; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, 1997; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI, G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2008; M. DONY, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, 2008; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea*, Milano, 2009; ID., *Stato e diritti sociali*, Napoli, 2009; B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale AIC, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, p. 163 ss.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2011; C. CORSI, *Immigrazione e diritti*

economica (istituzione di un libero mercato) all'origine dell'organizzazione comunitaria, la tutela dei diritti sociali ha sofferto sempre una sorta di *deminutio* sia nei confronti dei diritti fondamentali sia soprattutto nei confronti dei diritti e delle libertà economiche.

Il Trattato UE, dopo la riforma di Lisbona, anche per il richiamo ai valori di cui all'art. 2, comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia e dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini, tende almeno formalmente a rafforzare la tutela dei diritti sociali. Nel nuovo art. 3 TUE, accanto alla previsione secondo cui l'Europa «instaura un mercato interno» si prevede anche che la stessa si adoperi «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su [...] un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, [...]. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra le donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli stati membri». Tuttavia, al contrario dei diritti fondamentali di prima generazione, la protezione dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea, appare anche dopo il Trattato di Lisbona, indiretta e puramente eventuale, in quanto i vincoli previsti non sono connessi direttamente alla loro tutela, ma risultano strumentali ad interessi collegati all'attuazione di determinate politiche dell'Unione ed al diritto della concorrenza e del mercato. Inoltre non sembra estendersi ai diritti sociali la natura di diritti inviolabili e pertanto di principi supremi costitutivi dell'ordinamento democratico e soprattutto sussiste un problema di effettività di tali diritti sia in relazione alla loro giustiziabilità, vale a dire in relazione all'efficacia degli strumenti giurisdizionali esperibili dai soggetti per garantirne la tutela, sia per quanto riguarda la copertura della spesa e l'esistenza in capo all'UE di una competenza in materia, pur non lesiva della competenza dei singoli Stati membri. La disciplina dei diritti sociali nel quadro dell'ordinamento dell'Unione non corrisponde ancora alla più avanzata concezione degli ordinamenti costituzionali contemporanei a base sociale (uguaglianza formale e sostanziale), in quanto ciò che rileva di tali diritti nell'azione e per la realizzazione delle finalità dell'ordinamento europeo è – come rilevato – la loro strumentalità (*melius* funzionalizzazione) alle esigenze dello sviluppo economico e di competitività proprie del mercato comune, che contribuisce a configurarli come diritti residuali<sup>15</sup>.

---

*sociali: il nodo irrisolto del riparto di competenze tra Stato e regioni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE e M. VRENNIA, *La governance dell'immigrazione*, cit., p. 229 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino 2013; ID., *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello Stato sociale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del Convegno di Trapani, 8-9 giugno 2012, Napoli 2013; A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 21 ottobre 2018.

<sup>15</sup> Secondo l'art. 151 TFUE, «l'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivo la promozione della occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro la emarginazione». Nella realizzazione di tale complesso obiettivo, inoltre, al comma 2 dello stesso articolo, si prevede che sia l'Unione che gli Stati membri attuino misure compatibili con la diversità delle prassi nazionali e idonee a farsi carico della «necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione». In tale ottica, fra le altre innovazioni dei trattati, ricordiamo l'integrazione di una nuova disposizione, all'art. 152 TFUE, volta ad assicurare, al contempo, il riconoscimento al suo livello delle prassi di sussidiarietà, con l'attivo coinvolgimento delle parti sociali nel

La nostra idea è che fino a quando i diritti sociali si porranno nel diritto dell'Unione europea come enunciazione astratta di obiettivi da perseguire e non godranno, alla stregua degli altri diritti fondamentali e dei diritti economici, di una loro effettività di tutela, in altri termini fino a quando essi non si configureranno come diritti fondamentali anche sul piano sostanziale, il processo di integrazione dell'Unione europea non potrà dirsi compiuto.

##### 5. *La protezione costituzionale dei diritti sociali: il diritto alla salute e il diritto all'istruzione*

Per quanto riguarda l'ordinamento costituzionale italiano, in questa sede ci limiteremo, e solo brevemente, ad esaminare la disciplina di alcuni dei diritti sociali nella loro estensione ai cittadini stranieri immigrati, soffermandoci in particolare sul diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. e sul diritto all'istruzione disciplinato e garantito all'art. 33 Cost.<sup>16</sup>

Per il diritto alla salute tutelato dall'art. 32, la giurisprudenza ritiene che tale diritto fondamentale ricomprenda il diritto alle prestazioni sanitarie e, quindi, il diritto ad essere curati (per il quale la Costituzione prevede la gratuità per gli indigenti), ed anche il diritto ad un ambiente salubre.

Tutti i soggetti pubblici (Stato, Regioni, Comuni), pertanto, hanno l'obbligo di garantire le condizioni minime di salute e di benessere psico-fisico del soggetto, indipendentemente dalle sue condizioni economiche e, d'altro canto, il nucleo irriducibile del diritto alla salute rientra nell'ambito inviolabile della dignità umana<sup>17</sup>. Va aggiunto, per completezza, che il costo dei diritti sociali, come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, deve trovare il necessario contemperamento con le esigenze della finanza pubblica. Secondo la Corte, nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve effettuare al fine di dare attuazione al diritto alla salute, deve ricomprendersi anche la

---

perseguimento del dialogo fra le parti e dello sviluppo del dialogo sociale. In tal senso, infatti, si prevede che «l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Essa facilita il dialogo fra tali parti, nel rispetto della loro autonomia».

<sup>16</sup> Su entrambi i profili, v. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., p. 153 ss.

<sup>17</sup> Cfr. E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2006; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine*, II/2018, p. 392 ss. In tema di diritto alla salute degli stranieri, cfr. P. BONETTI e M. PASTORE, *L'assistenza sanitaria*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., p. 974 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, luglio 2009; S. PENASA, *Diritto alla salute diritto di tutti? Riflessioni a prima lettura sulle possibili innovazioni legislative in materia di accesso alle cure degli stranieri irregolari*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 aprile 2009; A. ROCCELLA, *Il carattere universale del Servizio sanitario nazionale e gli stranieri*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2009; A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *Consulta OnLine*, 6 giugno 2012, e ID., *La salute degli stranieri tra Stato e Regioni (prime osservazioni)*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2014; A. GENTILINI, *La tutela alla salute dei migranti*, in L. RONCHETTI (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti*, cit., p. 195 ss.; S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, cit., p. 79 ss., e *ivi* A. DE PETRIS, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in ordinamenti decentrati: una prospettiva comparata*, p. 147 ss., e A. ZITO, *Diritti sociali degli immigrati e ruolo delle Pubbliche amministrazioni: spunti di riflessione sulla tutela del diritto alla salute e sulle modalità di erogazione delle prestazioni*, p. 671 ss.; V. FEDERICO, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. La Francia*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2018; F. E. GRISOSTOLO, *La tutela del diritto alla salute dello straniero*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2018, e U. HAIDER-QUERCIA, *La tutela della salute degli stranieri in Austria: il precario equilibrio tra garanzia assicurativa e finanziabilità*, in *www.rivistaaic.it*, (13/05/2018); R. TARCHI, *I sistemi sanitari europei alla prova dell'immigrazione. Riflessioni a margine di un convegno fiorentino*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2018, p. 121 ss.

considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Il diritto alla salute, che implica il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela, si configura così come diritto costituzionalmente condizionato alla attenzione che il legislatore dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui si dispone.

Tuttavia, nel ribadire tale concetto, con la sent. n. 309/1999, la Corte costituzionale ha precisato che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana».

La previsione normativa *ex art. 32 Cost.* deve essere attuata anche nei confronti degli stranieri, cui deve essere riconosciuto il diritto alla salute quale diritto strettamente inerente alla persona in quanto tale (Corte cost., sent. n. 509/2000); l'art. 35 d.lgs. n. 286/1998 garantisce anche agli stranieri clandestini la gratuità di talune prestazioni sanitarie essenziali, ove privi di risorse economiche sufficienti, «fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani». Con la sent. n. 252/2001, nel ribadire che la Costituzione riconosce il diritto alla salute come ambito inviolabile della persona umana, la Corte costituzionale ha riconosciuto, anche in favore degli stranieri soggiornanti irregolarmente sul nostro territorio, non solo il diritto agli interventi di assoluta urgenza, ma il diritto a tutte le cure giudicate essenziali e necessarie ad evitare un irreparabile pregiudizio alla salute, anche nei presidi pubblici ed accreditati.

#### 6. *La difficile tutela dei minori non accompagnati*

La progressiva crescita di immigrati, per la maggior parte giovani adolescenti, identificati giuridicamente come minorenni, costituisce un fenomeno che più di recente caratterizza l'attuale processo di immigrazione in Italia, come in altri paesi. Secondo i dati forniti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in Italia l'aumento del numero di minori stranieri non accompagnati accertato il 30 aprile 2015, confrontato con lo stesso periodo del 2014, è superiore di quasi 2000 unità<sup>18</sup>.

L'ordinamento italiano definisce i minori stranieri non accompagnati come «i minori che, non avendo cittadinanza italiana o di un altro Stato dell'UE, e che, non avendo presentato domanda di asilo, si trovano, per qualunque motivo, nel territorio dello Stato, senza l'assistenza e la rappresentanza dei genitori o di altri adulti legalmente responsabili secondo la legge vigente nell'ordinamento italiano». Ne discende che le condizioni necessarie per assumere la "qualità" di minore straniero non accompagnato in Italia sono: essere minori di 18 anni, trovarsi sul territorio italiano senza una figura genitoriale, non aver richiesto nessun tipo di protezione internazionale e non essere cittadini dell'Unione Europea. Al contrario, sono considerati "accompagnati" i minori che sono sotto la tutela dei parenti entro il terzo grado regolare, mentre negli altri casi i minori vengono definiti

---

<sup>18</sup> Con riferimento ai paesi d'origine dei minori stranieri non accompagnati che arrivano in Italia, l'Egitto con 1933 ammissioni (23,4% rispetto al totale) è il paese da cui provengono la maggior parte di questi minori, seguito da Albania e Gambia. La maggior parte si concentra nella fascia di età tra i 16 e i 17 anni, con una preponderanza assoluta di maschi. Per lo più vengono accolti in strutture temporanee che si trovano in Sicilia.

come non accompagnati. Nella categoria dei minori di età possono ricondursi diverse fattispecie: i minori che vengono in Italia per riunirsi con i genitori e che non hanno i requisiti per iniziare le procedure per la riunificazione familiare ordinaria; i bambini sfruttati da organizzazioni criminali per traffico e trasporto di droga, prostituzione e accattonaggio e i bambini stranieri che vengono definiti come “immigrati economici”. I minori che fanno parte di questa ultima categoria ricomprendono i minori che decidono di imbarcarsi per insediarsi in Italia, quelli in transito verso paesi terzi per un accesso più facile, e i c.d. “*anchor children*”. Quest’ultimi sono i minori che vengono mandati in Italia dai genitori con la speranza che possano servire da tramite per la famiglia rimasta nel paese d’origine, in modo tale che questa possa, in futuro, riunirsi con il minore in territorio italiano.

Nell’ordinamento vigente, dove i Comuni sono gli enti responsabili della protezione e dell’accoglienza dei minori non accompagnati, la disciplina legislativa fa riferimento sia alla specifica normativa riguardante la protezione del minore in quanto tale sia alle misure di controllo previste in materia di immigrazione. Da ciò deriva che il sistema normativo che disciplina questo fenomeno non risulti omogeneo.

La Costituzione italiana, all’art. 10, afferma che: «l’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Così l’Italia riconosce ai minori tutti i diritti garantiti dalla Convenzione sui Diritti del Fanciullo del 20 Novembre 1989, incluso il diritto alla protezione, alla salute, all’istruzione, all’unità familiare e il principio di non discriminazione.

I minori stranieri non accompagnati sono anche titolari del diritto di non essere espulsi dal territorio italiano. L’art. 19.1 del D.lgs. 286/98 afferma che «in nessun caso può disporsi l’espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione». Difatti si fa riferimento al principio di *non-refoulement*, sancito nell’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, che si traduce non solo nell’obbligo dello Stato di non rinviare un rifugiato o un richiedente asilo in un paese dove la sua vita o la sua libertà possano essere messe in pericolo (principio di *non-refoulement* diretto), ma anche, in caso di espulsione, nell’obbligo di garantire, previa un’approfondita valutazione, che nel suo paese d’origine il soggetto non possa essere sottoposto a trattamenti proibiti (principio di *non-refoulement* indiretto)<sup>19</sup>. La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, all’art. 33, sancisce il principio di *non-refoulement* prevedendo che: «Nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Il divieto di respingimento è applicabile a ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione,

---

<sup>19</sup> La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, all’art. 33, sancisce il principio di *non-refoulement* prevedendo che «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Il divieto di respingimento è applicabile a ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale e non ammissione alla frontiera. È possibile derogare a tale principio solo nel caso in cui, sulla base di seri motivi, un rifugiato venga considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede o una minaccia per la collettività. Tale principio costituisce parte integrante del diritto internazionale dei diritti umani ed è un principio di diritto internazionale consuetudinario.

espulsione, estradizione, trasferimento informale e non ammissione alla frontiera. È possibile derogare a tale principio solo nel caso in cui, sulla base di seri motivi, un rifugiato venga considerato un pericolo per la sicurezza del Paese in cui risiede o una minaccia per la collettività. Tale principio costituisce parte integrante del diritto internazionale dei diritti umani ed è un principio di diritto internazionale consuetudinario.

Il secondo comma dell'art. 19 del d.lgs. n. 286/98 fa espresso riferimento ai minori stranieri, affermando che «non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi». Dunque i minori in Italia non possono essere espulsi, salvo che per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato (ai quali fa riferimento il richiamato art. 13).

Quando i minori non sono accompagnati, può essere applicata altresì la misura del rimpatrio assistito, al fine di garantire il diritto al ricongiungimento familiare, che viene regolato dalla normativa italiana all'art. 33, comma 2 *bis* del d.lgs. n. 286/98 e dall'art. 7 del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 9 Dicembre 1999, n. 535.

Inoltre, per il solo fatto di essere minori, essi hanno il diritto di ottenere un permesso speciale di soggiorno.

Pur in presenza di tale disciplina, nel 2014 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia, nel caso *Hirsi Jamaa y others v. Italia*. I ricorrenti, 24 tra somali e eritrei, formavano parte di un gruppo di migranti respinti nel 2009 dopo essere stati intercettati in acque internazionali. I migranti furono trasferiti in imbarcazioni italiane e rimandati in Libia, Stato che non aveva ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951. L'Italia viene condannata dalla Corte europea per violazione dell'art. 3 CEDU, perché i ricorrenti avevano corso il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti in Libia (*non-refoulement* diretto) ed essere rimpatriati in Somalia ed Eritrea (*non-refoulement* indiretto), per violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU, in quanto i ricorrenti non erano stati sottoposti a un procedimento di identificazione da parte delle autorità italiane e assistiti da interpreti, e, infine, per violazione dell'art. 13 CEDU, perché gli stranieri, prima di essere sottoposti a delle misure con conseguenze irreversibili, avrebbero avuto diritto ad esperire un ricorso effettivo volto a consentire un controllo efficace di questi provvedimenti. A partire da tale sentenza viene sancito il non respingimento dei migranti intercettati e salvati in acque internazionali.

Un'altra rilevante decisione, in tema di minori stranieri non accompagnati, è costituita dal decreto del 27 febbraio 2013 emesso dal Tribunale dei Minori di Milano relativo a una richiesta di autorizzazione di permanenza sul territorio italiano, conformemente all'art. 31, comma 3, d.lgs. n. 286/98, da parte di un padre straniero, che viveva in Italia dal 2010 senza permesso di soggiorno. Il Tribunale per i minorenni, «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico». L'interpretazione dei «motivi gravi» è stata centrale per la risoluzione di questo caso. Il Tribunale di Milano ha ritenuto, infatti, che ricorressero «motivi gravi» in quanto il ricorrente doveva farsi carico del figlio perché la madre, per motivi di lavoro, viveva in casa solo due giorni alla settimana. Inoltre il bambino era nato e cresciuto in Italia, dove si trovava anche tutta la sua famiglia. Per questo ordine di motivi il padre, pur senza permesso di soggiorno, è stato autorizzato a rimanere in Italia per un periodo determinato, perché la sua espulsione avrebbe creato una violazione del diritto del minore alla bi-

genitorialità e all'unità familiare, infatti, secondo l'art. 28 dello stesso decreto del Tribunale, il principio dell'interesse superiore del minore deve essere una considerazione prioritaria in tutti i procedimenti amministrativi e giudiziali concernenti i minori e finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare.

Ancora con riferimento ai diritti riconosciuti ai minori nell'ordinamento giuridico italiano, l'art. 34 del d.lgs. n. 286/98 stabilisce che i minori titolari di un permesso di soggiorno devono essere iscritti obbligatoriamente al Servizio Sanitario Nazionale, potendo così usufruire del pieno diritto di accesso a tutti i servizi prestati.

Agli stranieri nel territorio nazionale che non abbiano il permesso di soggiorno non viene permesso iscriversi al SSN, sebbene vengano loro assicurate le cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o essenziali per malattie e lesioni, anche se continuative, e i programmi di medicina preventiva per salvaguardare la salute individuale e collettiva.

La distinzione creata da questa norma, in riferimento al possesso da parte dello straniero del permesso di soggiorno, si pone in netto contrasto con quanto stabilito dalla Convenzione sui Diritti del Fanciullo nell'art. 24, che riconosce il diritto alla salute di tutti i bambini, senza discriminazioni. Anche in questo caso, un diritto che dovrebbe essere garantito ai minori in quanto tali, al contrario, non viene reso effettivo in ragione della prevalenza della loro situazione di migranti irregolari. Diversa, invece, è la disciplina relativa al diritto all'istruzione; in tal caso, infatti, non è prevista la distinzione tra minori regolari e non. Come già detto tutti i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica. L'effettività del diritto allo studio è garantita dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali anche mediante l'attivazione di appositi corsi ed iniziative per l'apprendimento della lingua italiana.

La particolare delicatezza delle questioni giuridiche e sociali legate alla tutela dei minori non accompagnati ha indotto il Parlamento, nella scorsa legislatura, a definire una più adeguata specifica disciplina contenuta nella legge n. 47 del 2017 che modifica la normativa sui minori stranieri non accompagnati in Italia, con l'obiettivo di delineare una disciplina organica che rafforzi la protezione dei minori e garantisca un'applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale. Tra le modifiche più rilevanti, quella di estendere l'assistenza sanitaria e l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale anche ai minori stranieri che sono in attesa dell'emissione di un permesso di soggiorno, nonché l'adozione di procedure specifiche da parte delle scuole e delle istituzioni educative accreditate dalle Regioni, che facilitino il compimento della scolarizzazione obbligatoria e della formazione dei minori, anche attraverso accordi per promuovere i programmi di apprendimento specifico. Inoltre, la nuova normativa conferma la proibizione dell'espulsione del minore e introduce la possibilità di rimpatriare il minore nel paese d'origine, non solo per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza, ma anche quando è evidente che l'interesse del minore sia quello di essere riconsegnato alla famiglia.

#### *7. La legislazione italiana sull'immigrazione e le prospettive dei diritti fondamentali degli immigrati: il nuovo "decreto sicurezza" e le politiche di respingimento*

Se compariamo la disciplina costituzionale in materia di diritti fondamentali con la

più recente evoluzione della disciplina legislativa in tema di immigrazione, si registra, come rilevato all'inizio, una profonda discrasia che lascia fortemente dubitare sulla effettività del godimento dei diritti fondamentali degli immigrati nell'ordinamento italiano. Va detto che il primo tentativo di disciplinare organicamente la materia dell'immigrazione dall'estero è avvenuto con la l. n. 40 del 1998 (legge Turco-Napolitano). Rispetto alla vecchia frammentaria disciplina (l. n. 39/90) tale legge si poneva come legislazione di superamento della fase emergenziale, con l'intento di regolamentare l'immigrazione, favorendo quella regolare e disincentivando l'immigrazione clandestina. Tali norme vengono successivamente riportate nel succitato d.lgs. 286/1998 contenente il *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

In particolare l'immigrato regolare veniva avviato verso un percorso di acquisizione della cittadinanza volto al riconoscimento di alcuni diritti fondamentali, il diritto al trattamento sanitario ed alla salute, il diritto all'istruzione e al ricongiungimento familiare, mentre l'extracomunitario clandestino diventa destinatario di un provvedimento di espulsione da parte delle autorità amministrative. Inoltre veniva istituita la figura del Centro di permanenza temporanea (art. 12) in cui restringere «gli stranieri sottoposti a provvedimenti di espulsione e o di respingimento con accompagnamento coattivo alla frontiera non immediatamente eseguibile». In ogni caso il T.U. sull'immigrazione riconnette alla semplice presenza dello straniero sul territorio la tutela dei «diritti fondamentali della persona umana» e «la parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi», mentre riconosce, sulla base del regolare soggiorno, i diritti in materia civile, la partecipazione alla vita pubblica locale, il pari trattamento e l'eguaglianza dei diritti tra cittadini e stranieri per quanto attiene al lavoro ed alle situazioni giuridiche ad esso connesse. Come è noto il T.U. del 1998 viene, però, modificato dalla l. n. 189 del 2002 (legge Bossi-Fini) che introduce l'espulsione per lo straniero clandestino, provvedimento emesso in via amministrativa dal Prefetto della Provincia dove questi viene rintracciato, immediatamente eseguita con l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica. Gli immigrati clandestini, privi di valido documento di identità, vengono portati nei Centri di permanenza temporanea al fine di essere identificati. La legge Bossi-Fini prevede il rilascio del permesso di soggiorno, della residenza e cittadinanza italiana alle persone che dimostrino di avere un lavoro o un reddito sufficienti per il loro mantenimento economico. A questa regola generale si aggiungono i permessi di soggiorno speciali e quelli in applicazione del diritto di asilo. La norma ammette i respingimenti al Paese di origine in acque extraterritoriali, in base ad accordi bilaterali fra Italia e Paesi limitrofi, che impegnano le polizie dei rispettivi Paesi a cooperare per la prevenzione dell'immigrazione clandestina. Le navi di clandestini non attraccano sul suolo italiano, l'identificazione degli aventi diritto all'asilo politico e a prestazioni di cure mediche e assistenza avvengono nei mezzi delle forze di polizia in mare. Più di recente si giunge all'approvazione della l. n. 94 del 2009, il c.d. «pacchetto sicurezza», contenente una serie di misure che nell'intento del legislatore avrebbe dovuto costituire uno strumento fondamentale nella lotta alla criminalità ed all'immigrazione clandestina e garantire, nel contempo, la sicurezza dei cittadini. Rispetto al modello UE delle politiche migratorie, che si muove lungo le direttrici del rafforzamento del controllo dei flussi migratori, di una maggiore integrazione degli immigrati nei paesi di accoglienza e di un incremento dell'attività di cooperazione per lo sviluppo dei paesi di origine dell'immigrazione, la legislazione italiana, invece, tende a svincolarsi dall'obiettivo dell'integrazione per fondarsi

su una presunta connessione tra immigrazione, criminalità e sicurezza pubblica. Il provvedimento legislativo in parola, molto articolato, prevede un restringimento delle condizioni per l'ingresso dello straniero in Italia<sup>20</sup>.

Ma la misura sicuramente più discussa e controversa della legge n. 94/2009 è quella prevista dall'art. 1, comma XVI, che introduce nell'ordinamento italiano, *quid unicum* tra gli Stati europei<sup>21</sup>, il c.d. "reato di clandestinità". Infatti, esso aggiunge al d.lgs. n. 286 del 1998 l'art. 10/*bis* (dal titolo *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*), che prevede che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che "fa ingresso" ovvero "si trattiene" nel territorio dello Stato, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. La figura del "reato di clandestinità" si basa sull'ingresso illecito o sulla permanenza illegale sul nostro territorio da parte di soggetti stranieri clandestini. La finalità primaria del legislatore è stata quella di introdurre uno strumento giuridico atto a rendere più efficaci e incisivi i provvedimenti di espulsione ed allontanamento. In secondo luogo, si è voluto creare un fortissimo deterrente psicologico nei confronti di soggetti che intendono entrare o rimanere clandestinamente in Italia, nella presunzione che l'ingresso sia finalizzato a porre in essere attività criminose sul territorio italiano. Il Governo italiano, peraltro, già da qualche anno aveva dato un primo segnale in tale direzione introducendo con il d.l. n. 92/2008 l'aggravante della clandestinità per i reati penali e stabilendo che l'illecito si dovesse considerare aggravato se fosse commesso da un soggetto presente illegalmente sul territorio nazionale. Il reato di clandestinità si applica al soggetto che, nonostante la mancanza del permesso di soggiorno o comunque titolo equivalente, abbia fatto ingresso o si trovi sul territorio dello Stato. Rientrano in tale ipotesi non solo gli extracomunitari clandestini entrati illegalmente o quelli già espulsi, ma anche il cittadino dell'Unione europea allontanato dal territorio dello Stato o l'immigrato in genere che, a qualunque titolo, abbia fatto scadere il permesso di soggiorno a tempo determinato. Dal punto di vista soggettivo, la condotta del reo immigrato è contraddistinta dal dolo semplice, ovvero dalla consapevolezza e volontà di introdursi o permanere nel nostro Stato senza alcun valido titolo di soggiorno. Infine, l'illecito in esame si consuma nel momento in cui o il clandestino entri illegittimamente in Italia o nel momento in cui scada il precedente e valido titolo di soggiorno e lo stesso, nonostante ciò, si trattienga sul nostro territorio. Tale reato, inoltre, non può essere contestato allo straniero già respinto alle frontiere e che pertanto non abbia fatto ingresso illegale nel nostro Stato. Al di là dell'ammenda, somma peraltro difficilmente nella disponibilità della stragrande maggioranza dei soggetti clandestini presenti nel nostro territorio, il primo e più rilevante effetto del reato

---

<sup>20</sup> Si pensi ad esempio all'introduzione di un contributo variabile tra gli 80 ed i 200 euro, per il permesso di soggiorno, che si configura come onere ulteriore a carico dello straniero, a cui si aggiunge anche l'obbligo di stipulare un accordo di integrazione; l'obbligo di esibizione della carta o del permesso di soggiorno per il conseguimento di rilasci di licenze, autorizzazioni, e altri provvedimenti di interesse dello straniero, ad eccezione dei provvedimenti inerenti l'accesso alle prestazioni sanitarie e per quelle relative alle prestazioni scolastiche obbligatorie. Viene inoltre introdotto la pena dell'arresto (fino ad un anno) e una ammenda fino a 1000 euro per lo straniero che su richiesta dell'ufficiale o agente di pubblica sicurezza, non ottemperi, all'ordine di esibizione del passaporto o del permesso di soggiorno.

<sup>21</sup> Tale considerazione è stata smentita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 250/2010 che ha rilevato, come la scelta operata dal legislatore italiano con la novella del 2009 sia tutt'altro che isolata nel panorama internazionale. La Corte, senza tuttavia dare indicazioni specifiche della disciplina a cui fa riferimento, afferma che «l'analisi comparatistica rivela, difatti, come norme incriminatrici dell'immigrazione irregolare di ispirazione simile, talora accompagnate dalla comminatoria di pene anche significativamente più severe di quella prevista dalla norma scrutinata, siano presenti nelle legislazioni di diversi Paesi dell'Unione europea: e ciò tanto nell'ambito dei Paesi più vicini al nostro per tradizioni giuridiche (quali la Francia e la Germania), che fra quelli di diversa tradizione (quale il Regno Unito)».

in esame è quello di sottoporre i clandestini stessi ad un giudizio immediato innanzi al giudice di pace. Tale giudizio, avrebbe dovuto, nelle intenzioni del legislatore, favorire e rendere più concreta ed efficace l'espulsione del clandestino. Premesso che la pena prevista rimane di tipo pecuniario, va da sé che l'istituto impone talune riflessioni. Entrare irregolarmente in uno Stato è espressione di una condizione individuale, soggettiva, quella di essere migranti e non rappresenta un atto lesivo di beni meritevoli di tutela penale. Inoltre, l'introduzione del reato, disposizioni già succintamente richiamate, risulta per certi versi incompatibile combinato con la tutela dei diritti fondamentali. Come ha sostenuto l'ex Presidente Napolitano<sup>22</sup>, l'attribuzione della contravvenzione di immigrazione clandestina alla cognizione del giudice di pace non appare in linea con la sua natura conciliativa, disegnando, peraltro, per il reato in questione, un sottosistema sanzionatorio non coerente con i principi generali dell'ordinamento e meno garantista di quello previsto per delitti di trattenimento abusivo sottoposti alla cognizione del tribunale. Infatti, per il nuovo reato la pena inflitta non può essere condizionalmente sospesa o patteggiata, mentre l'eventuale condanna non può essere appellata.

Altra disposizione controversa della l. n. 94 del 2009 è quella contenuta nel comma 22, lett. 1, dell'art. 1, che consente di fatto il prolungamento, per un periodo massimo di 180 giorni, del trattenimento dello straniero presso il Centro di identificazione ed espulsione (prima denominato Centro di permanenza ed assistenza temporanea e ora così ribattezzato proprio per rimarcare la funzione antimigratoria della struttura rispetto a quella assistenziale). Infatti, rispetto alla disciplina di esecuzione dell'espulsione dello straniero contenuta nel d.lgs. n. 286/98, che consentiva di trasferire lo straniero in un Centro per un periodo complessivo di trenta giorni, prorogabile per ulteriori trenta giorni, laddove l'accertamento dell'identità o della nazionalità presentava gravi difficoltà, la nuova disposizione aggiunge che in caso di mancata cooperazione al rimpatrio del cittadino da parte del Paese interessato o di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione può essere concessa una proroga di sessanta giorni. Trascorso questo ulteriore periodo, qualora non sia possibile procedere all'espulsione, nonostante lo Stato abbia compiuto ogni ragionevole sforzo, il termine di permanenza può essere prorogato di ulteriori sessanta giorni. Ne consegue che il cittadino straniero può essere trattenuto autoritariamente per un periodo complessivo fino a centottanta giorni. Va detto che anche tale previsione appare in tensione con il sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali, in particolare con il diritto alla libertà personale, in quanto sembra configurare una detenzione di natura amministrativa fondata sulla sola difficoltà nell'accertamento dell'identità del soggetto o nella acquisizione della documentazione per il rimpatrio<sup>23</sup>. È vero che la Corte costituzionale (sent. 105/2001), pur

---

<sup>22</sup> Si veda la lettera inviata dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio, in data 15 luglio 2009, in occasione della promulgazione della l. n. 94/2009, recante "Disposizioni in materia di pubblica sicurezza".

<sup>23</sup> In argomento, v. A. COSSIRI, *Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 12 marzo 2015; A. BONOMI, *Lo straniero nei centri e la Costituzione: qualche osservazione alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 46/2017 di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 13/2017*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16 marzo 2018; D. LOPRIENO, *I campi per gli stranieri: luoghi di conditio inhumana o strumenti indefettibili per la conservazione della sovranità dello Stato?*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano 2010, p. 505 ss.; ID., "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli 2018; ID., *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, p. 264 ss.; C. CORSI, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2018; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2018; E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa degli stranieri e diritti fondamentali*, Torino, 2018.

confermando che il trattenimento dello straniero presso i Centri di permanenza temporanea è misura incidente sulla libertà personale che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost., ha ritenuto non irragionevole la scelta del legislatore di prevedere un certo periodo di trattenimento, superato il quale il trattenimento spesso perde efficacia. Tuttavia il termine prorogato fino a 180 giorni dalla nuova disciplina legislativa non sembra possa ritenersi conforme ai principi costituzionali che regolano la privazione della libertà personale.

Con la legge 67/2014, *Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, il Parlamento ha provveduto all'abrogazione, con trasformazione in illecito amministrativo, per il reato di "ingresso e di soggiorno illegale nel territorio dello Stato" previsto dall'art. 10-bis del testo unico delle *Disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*. In base all'art. 2, co. 3, lett. b, il governo avrebbe dovuto abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'art. 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina in oggetto, di cui al d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia. A tutt'oggi, tuttavia, su tale punto il Governo non ha dato seguito alla delega. A fronte dell'abolizione del reato, occorre evidenziare il mantenimento dell'arresto per l'espulsione, che lascia inalterata la legge Bossi-Fini e la *ratio* ad essa sottesa in relazione al permesso di soggiorno ed al contratto di lavoro. L'arresto, inoltre, continua ad essere applicato a tutti gli immigrati che rientrano nel nostro Paese dopo un provvedimento di espulsione.

Il 4 ottobre 2018 è stato emanato il D.L. n.113, c.d. "Decreto sicurezza" (recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*)<sup>24</sup>. La stessa denominazione del provvedimento sembra tradire un approccio di tipo repressivo della questione migratoria, ponendo in stretto collegamento materie non naturalmente sovrapponibili quali protezione internazionale, immigrazione e sicurezza pubblica.

Il provvedimento interviene innanzitutto per ridurre la discrezionalità nella concessione della tutela umanitaria ed introduce una tipizzazione dei casi di tutela, con indicazione di specifici requisiti per i soggetti richiedenti.

L'obiettivo è quello di attenuare la sproporzione tra il numero di riconoscimenti delle forme di protezione internazionale già disciplinate a livello europeo, come lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, ed il numero di permessi di soggiorno rilasciati per motivi umanitari. Viene inoltre eliminato il permesso di soggiorno per motivi umanitari che viene sostituito da permessi speciali temporanei che possono essere concessi anche per meriti speciali e sono rinnovabili ogni due anni. Il periodo di tempo si allunga se ci sono gravi motivi sanitari.

---

<sup>24</sup> Sul c.d. "decreto sicurezza", tra i tanti, v. A. GUAZZAROTTI, *Insicurezza economica e gestione muscolare dell'immigrazione*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 25 settembre 2018; D. LOPRIENO, *Il decreto-legge su immigrazione e sicurezza: un passo in avanti sì, ma verso dove?*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 26 settembre 2018; C. DI MAIO, *La Repubblica inquieta. Se la sicurezza prevale sulla cittadinanza*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 8 ottobre 2018; A. BUZZI, F. CONTE, *Ma cosa prevede davvero il "decreto Salvini" sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 6 gennaio 2019; M. CARDUCCI, *La "disobbedienza" dei Sindaci come "intreccio" di doveri "diffusi" di difesa dei diritti?*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 7 gennaio 2019. Cfr. anche A. MORELLI, *La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 1/2019.

Si prevede una specifica procedura per le domande presentate alla frontiera dopo che il cittadino straniero sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli, con la previsione del trattenimento dei richiedenti asilo al fine di accertare l'identità o la cittadinanza del richiedente.

Viene inoltre ampliata la platea di reati che, in caso di condanna definitiva o nell'ipotesi di imputato ritenuto pericoloso socialmente, comportano la revoca o il diniego della protezione internazionale. In caso di condanna in primo grado, per tali tipologie di reati (omicidio, violenza sessuale).

Si prevede la sospensione del procedimento per la concessione della protezione e l'espulsione del cittadino straniero.

Al fine di assicurare l'effettività dei provvedimenti di rimpatrio per i cittadini stranieri che non possiedono titolo per soggiornare nel nostro Paese, viene prolungata da 90 a 180 giorni la durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio. I progetti di integrazione ed inclusione sociale previsti dallo Sprar (Sistema protezione e richiedenti asilo e rifugiati) sono riservati soltanto «ai titolari di protezione internazionale e ai minori non accompagnati». I richiedenti asilo dovranno invece essere ospitati nei Cara.

Nella versione originaria il decreto all'art. 10 prevedeva che, in caso di procedimento penale per gravi reati contro la sicurezza e l'ordine pubblico (terrorismo, strage ecc.), la commissione territoriale sospendesse l'esame della domanda di protezione, con l'obbligo immediato per il richiedente di lasciare il territorio nazionale. In seguito a rilievi sollevati dal Presidente della Repubblica, che ha richiamato il Governo al rispetto degli «obblighi costituzionali e internazionali dello Stato», e a quanto discende direttamente dall'art. 10 Cost., il testo definitivo prevede adesso una procedura più garantista. Infatti, in caso di pericolo per la sicurezza o l'ordine pubblico o in caso di condanna, anche in primo grado, per uno dei reati in questione, il questore deve dare «tempestiva comunicazione» alla Commissione territoriale, la quale provvede nell'immediatezza all'audizione dell'interessato e adotta contestuale decisione. Solo se la domanda è rigettata, il richiedente ha l'obbligo di lasciare il territorio nazionale, anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione. Qualche considerazione, infine, sulla più recente posizione assunta dal Governo e dallo Stato italiano che, sulla base di una dubbia interpretazione della normativa vigente e delle Convenzioni internazionali, ha adottato un nuovo, del tutto peculiare, approccio a tale delicata questione, fondato su quello che viene definito «il principio del respingimento» e sul divieto di attracco nei porti italiani delle navi con immigrati soccorsi in alto mare. Tale linea rigorosa seguita nei confronti dei migranti clandestini, tra i quali è dato presumere esservi numerosi individui bisognosi di protezione politico-umanitaria, evidenzia un profondo contrasto tra interessi nazionali e valori della comunità internazionale. L'immigrazione clandestina è certo un problema molto serio e complesso che necessita di risposte efficaci ed adeguate all'intensificarsi dei flussi immigratori. Spesso i clandestini non hanno documenti, e quindi è difficile identificarne la nazionalità ed è senz'altro vero che tra essi si nascondono soggetti dediti ad attività criminose. Tuttavia, a vietare tassativamente il respingimento di rifugiati o richiedenti asilo sono gli obblighi internazionali che nascono dalla Convenzione sui Rifugiati del 1951, che impone ad ogni Stato contraente di non espellere o respingere un rifugiato verso territori in cui «la sua vita e la sua libertà possono essere minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Dopo il 1951 questo principio è stato esteso a tutti gli immigrati, anche a coloro che non hanno ancora lo *status* di rifugiato,

ma intendono acquisirlo o chiedere asilo politico. A ciò si aggiunga che l'art. 10, co. 3, Cost. italiana, sancisce che lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge. La recente rigida posizione assunta dallo Stato italiano, facendo prevalere interessi di sicurezza ed economico-politici nazionali sull'obbligo internazionale di rispettare i diritti umani, si pone – a nostro avviso - palesemente in conflitto non solo con l'ordinamento internazionale ma anche con quello costituzionale, confermando peraltro la deprecabile tendenza nell'ordinamento italiano sull'immigrazione ad un affievolimento della tutela dei diritti fondamentali.