

INTRODUZIONE

Il fenomeno dell'immigrazione, principalmente quella definita “irregolare”, sta negli ultimi anni assumendo sempre maggiore rilievo. Il “clandestino” diviene oggetto di specifiche attenzioni da parte della politica, con alcuni partiti che fondano la propria campagna elettorale sull'atteggiamento nei suoi confronti. Esso viene inoltre stigmatizzato dai toni allarmistici dei media, vittima della volontà di renderlo il capro espiatorio dei “mali” che affliggono la società occidentale contemporanea. Intorno all'immigrazione “irregolare” aleggiano svariate mistificazioni e luoghi comuni che hanno l'effetto di omogeneizzare un fenomeno in realtà sfaccettato. Rileva fin dal principio evidenziare l'artificiosità con cui gli stranieri vengono generalmente catalogati, ossia in due gruppi ben distinti, da un lato i “regolari” e dall'altro gli “irregolari” (i “buoni” ed i “cattivi”). Questa suddivisione dei non cittadini, ovvero persone umane come troppo spesso si dimentica di considerarli, rappresenta un fattore che determinerà la loro sorte a partire dal momento in cui mettono piede in un Paese europeo, fino al termine (volontario o meno) della loro permanenza. Nel presente lavoro ci si è concentrati appunto sul periodo in cui i migranti “irregolari” soggiornano sul territorio nazionale, italiano e spagnolo, per esaminare i diritti fondamentali di cui possono godere a prescindere dalla loro condizione. Per converso si noteranno le restrizioni operate ai diritti inderogabili della persona umana in funzione del perseguimento degli interessi specifici dello Stato.

La condizione dello straniero è stata nel corso della storia caratterizzata dall'elemento dell'alterità, della diversità, dell'estraneità rispetto al contesto di riferimento, producendo nefaste conseguenze tra le quali campeggia la presunzione dell'uomo bianco di gerarchizzare le “razze” e porsi sul gradino più elevato¹.

Appare d'obbligo innanzitutto delineare chiaramente le distinzioni imposte alla figura del non cittadino, ovvero di colui che non possiede la cittadinanza di un determinato Paese, unico fattore che trasversalmente accomuna le tipologie che andremo ad

¹ Vari studi antropologici hanno messo in evidenza come il concetto stesso di “razza” sia un'artificiosità creata per affermare la superiorità della razza bianca sulle altre. L'antropologia interviene a confermare una logica, ma non scontata, posizione che vede l'assurdità nella presunzione dell'uomo bianco di essere al di sopra degli altri; irragionevolmente fondata sulla diversità delle caratteristiche fisiche. Una differenziazione biologica che non trova alcun fondamento. Il genere umano è uno e le diversità sono infinite, perciò non si può pretendere di affermare scientificamente la prevaricazione di una sull'altra. La xenofobia e gli interessi politici sono alla base del razzismo, non la scienza. “Se oggi non è più possibile, se non per ignoranza o in malafede, mantenere una posizione razzista sul piano biologico, rimane però diffuso un razzismo di tipo culturale. Si invoca la superiorità della propria cultura per spiegare le ragioni della ricchezza o del successo della società di cui si è parte”. (L. e F. Cavalli Sforza, “Europei razza padrona”, La Repubblica, 1 luglio 1997, www.repubblica.it).

elencare. Generalmente vengono riconosciute quattro “categorie” di non cittadino: i cittadini comunitari, i cittadini extracomunitari (distinti sulla base del possesso del permesso di soggiorno tra “regolari” ed “irregolari”²), gli apolidi e coloro che beneficiano di specifiche tutele (ovvero il diritto d' asilo e lo *status* di rifugiato)³. Ad ogni distinta tipologia di straniero vengono riconosciuti diritti e doveri ben diversi.

Ciò che in questo contesto rileva è individuare quale livello di garanzia dei diritti fondamentali viene apprestato anche agli stranieri privi del permesso di soggiorno. Il grado di tutela, come si avrà modo di notare, non sarà determinato da diritti espressamente riconosciuti al migrante “irregolare”, ma si dovrà fare riferimento a quelli spettanti alla persona in quanto tale.

Risulta fondamentale altresì chiarire la distinzione tra clandestinità ed irregolarità: la prima inerisce al tentativo del migrante di entrare in un Paese diverso dal proprio eludendo i controlli di polizia alle frontiere o con l' ausilio di documenti falsi, la seconda riguarda invece il soggiorno, ovvero il mancato possesso da parte del soggetto dell' autorizzazione a risiedere sul territorio nazionale⁴. Nonostante tale differenza di fatto, nel linguaggio comune, nei testi accademici ed anche in questo lavoro, i termini “clandestino” e “irregolare” vengono utilizzati indistintamente.

Le “categorie” rispettivamente di migrante “regolare” ed “irregolare” sono, oltre che artificiali, evanescenti in quanto sono plasmate dalla regolazione dei flussi migratori che lo Stato attua in un dato momento. Così uno straniero che si trova sul territorio nazionale può da un giorno all' altro passare da una condizione di regolarità, con tutti i diritti connaturati a tale posizione, ad una di irregolarità, la quale comporta problemi non solo dal punto di vista giuridico ma altresì di marginalizzazione sociale. Il passaggio da una situazione all' altra è solitamente effetto della perdita dell' impiego, in quanto la legislazione vincola la permanenza legale al possesso di un contratto di lavoro. Questo elemento, introdotto in Italia dalla legge 189/2002 (c.d. Bossi-Fini), rincarà la posizione di dominio del datore di lavoro sul lavoratore straniero. Tale subordinazione sottomette il non cittadino alla volontà e soprattutto ai possibili ricatti di

2 Nel testo il migrante privo di regolare permesso di soggiorno viene indicato appunto come un migrante “irregolare”, con l' ausilio delle virgolette in quanto si crede che nessun essere umano possa essere definito “regolare”, “irregolare”, “clandestino”. Sono etichette rifilate allo straniero dallo stesso potere statale che le crea, una sorta di fabbricazione istituzionale dell' illegalità. Questa catalogazione, imposta a persone come se fossero merce, ha tuttavia gravose conseguenze per il soggetto sul piano giuridico, sociale, economico, politico e culturale.

3 E. Grosso, *Straniero (status dello)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5787 ss.

4 M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 22.

colui che può decidere se destinarlo alla clandestinità.

Risulta di notevole importanza inoltre chiarire fin da subito che, contrariamente a quanto comunemente si pensa, anche per effetto delle immagini che vengono trasmesse dai *mass media*, la maggior parte dei migranti “irregolari” non sbarca sulle coste marittime a bordo di imbarcazioni di fortuna o stipati nei camion che attraversano le frontiere terrestri. Il grosso dell'immigrazione “irregolare” è bensì rappresentato da coloro che permangono nel territorio nazionale anche dopo la scadenza del regolare permesso di soggiorno, ottenuto solitamente per motivi di lavoro o di turismo, i quali vengono definiti *overstayer*.

Una volta precisati gli aspetti generali del tema, si passa ora all'esplicazione degli argomenti che verranno trattati più approfonditamente nel testo.

Nel primo capitolo viene fornito un quadro generale della posizione giuridica del migrante “irregolare” a livello sovranazionale, ovvero come questa figura viene tutelata nelle dichiarazioni sui diritti dell'uomo nonché le politiche che vengono implementate al fine di garantirgli effettivamente tali diritti. Nel primo paragrafo verranno passati in rassegna quei principi essenziali proclamati dal diritto internazionale consuetudinario e pattizio che in quanto strettamente legati alla dignità della persona umana vengono riconosciuti a tutti gli individui e quindi altresì agli stranieri privi del permesso di soggiorno. Nel secondo paragrafo si tratterà invece del contesto europeo, ovvero di come l'Unione europea si è rivolta al fenomeno migratorio sia nelle varie tappe del suo processo di consolidamento istituzionale che negli interventi specifici sul tema. Verranno inoltre analizzate le carte che nel quadro europeo enunciano i diritti fondamentali e le sentenze degli organi ad esse correlati. In questo ambito si possano distinguere due sistemi diversi: uno prettamente comunitario (in cui rientra la Corte di Giustizia) e l'altro a cui fa capo il Consiglio d'Europa, in seno al quale è stata istituita la Corte europea per i diritti dell'uomo volta a tutelare i principi sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950).

Nel secondo capitolo il punto cardine è rappresentato dalle costituzioni italiana e spagnola dalle quali si possono estrapolare gli elementi che consentono di estendere anche ai migranti “irregolari” il godimento dei principi fondamentali ivi sanciti. Gli articoli delle due Costituzioni che racchiudono l'intento dei costituenti di tutelare ampiamente quelle libertà considerate inderogabili, a prescindere dalla cittadinanza dei soggetti, verranno interpretati alla luce dei commenti espressi dalla dottrina. Si analizzerà inoltre, coerentemente all'evoluzione temporale, la giurisprudenza

costituzionale italiana e spagnola, ovvero le pronunce della Corte Costituzionale e del *Tribunal Constitucional* sui diritti essenziali garantiti anche agli stranieri “irregolari”. Sentenze che intervengono a volte avallando ed altre dissentendo rispetto ad una legislazione in materia, soprattutto recente, caratterizzata dalla volontà di restringere quei diritti che a livello costituzionale sono riconosciuti ad ogni persona in quanto tale. Nella seconda parte del lavoro viene approfondita la tutela che in Italia ed in Spagna viene apprestata a due diritti sociali fondamentali come il diritto alla salute e quello all'istruzione. Nel terzo capitolo verrà delineato il contenuto del diritto alla salute che entrambi i Paesi hanno voluto garantire anche a quei soggetti che oltre a non essere cittadini, non possiedono nemmeno l'autorizzazione per risiedere sul territorio nazionale. Avendo sempre come punto di riferimento il dettato costituzionale, viene fornito un quadro dell'evoluzione storica della legislazione in materia di immigrazione e si analizza il modo in cui essa disciplina il godimento del diritto all'assistenza sanitaria. Si presta inoltre particolare attenzione alle sentenze delle corti costituzionali, italiana e spagnola, che, da un lato, intervengono riconoscendo tale diritto come fondamentale e, dall'altro, salvaguardano il rispetto del nucleo essenziale. Infine si menziona il ruolo svolto dagli enti locali nell'implementare sul territorio le linee guida elaborate a livello statale in tema di sanità.

Il quarto capitolo si focalizza sul diritto per i minori stranieri, i cui genitori sono privi del permesso di soggiorno, di accedere al sistema scolastico. L'analisi prende le mosse ancora una volta dalla Costituzione spagnola ed italiana individuando ed interpretando i principi ivi proclamati. Verranno analizzate le varie sfaccettature del diritto all'educazione che consentono un suo effettivo godimento da parte di quella “categoria” di soggetti considerata vulnerabile e dunque da proteggere. Si passeranno in rassegna gli atti normativi in materia interpretando e commentando quelli maggiormente rilevanti ai fini della nostra disamina. Nel contesto italiano si prenderà in esame un caso specifico, quello di una circolare emessa dal Comune di Milano nel 2007 e la relativa sentenza del Tribunale della stessa città, la quale rappresenta un esempio della deriva discriminatoria delle azioni dei poteri pubblici a tutti i livelli. Relativamente alla Spagna si noterà, invece, come l'intervento statale presti maggiore attenzione al positivo inserimento scolastico dell'alunno straniero, visto come veicolo per l'integrazione dei non cittadini nella società.

Da ultimo è necessario precisare che l'analisi verrà svolta in chiave comparatistica, ovvero confrontando i contesti dei due Paesi, interpretando ed esponendo le numerose

similitudini ma altresì le complesse differenze.

CAPITOLO 1. LO SCENARIO SOVRANAZIONALE

1.1 Il contesto internazionale

1.1.1 Quadro generale

Una definizione giuridica ampiamente riconosciuta di “migrante” non esiste, tuttavia con tale termine si fa riferimento ad una persona che si trasferisce in un Paese diverso da quello in cui è nato, o in cui ha risieduto nel periodo antecedente, ed intende stabilirvisi per un lungo periodo. In questo modo si escludono i migranti interni, i soggetti che godono di qualche forma di protezione internazionale ed i soggiornanti di breve periodo, come ad esempio i lavoratori stagionali, studenti e turisti⁵. Nel corso della storia si è sovente distinto tra chi faceva parte di una determinata comunità etnica o politica e chi no, venendosi così ad identificare lo straniero come il non appartenente a quel gruppo. Una definizione negativa che porta con sé la dicotomia cittadino-non cittadino, inducendo talvolta comportamenti xenofobi.

Relativamente allo *status* dello straniero, lo Stato nazionale ha avuto tradizionalmente l'obbligo di proteggerlo adottando misure volte a prevenire e a reprimere atteggiamenti dannosi nei confronti del soggetto o dei suoi beni. La protezione dello straniero rilevava nel momento in cui la materia del suo trattamento rientrava nella *domestic jurisdiction* dello Stato, oggi invece tale competenza è confluita nella tutela sovranazionale della persona umana in quanto tale. La protezione dei diritti umani mira a garantire un nucleo di diritti ad ogni individuo senza vincoli di cittadinanza per il godimento degli stessi, in ottemperanza del principio di non discriminazione⁶ e delle istanze umanitarie. I diritti dell' uomo “devono essere riconosciuti a ciascuno, indipendentemente dallo Stato di appartenenza ed anche a prescindere dalla regolarità del soggiorno, salve quelle distinzioni funzionali al raggiungimento di obiettivi legittimi ed a ciò proporzionali”⁷ (come ad esempio i diritti politici).

In un contesto favorevole all' universalizzazione dei diritti umani si sono affermate norme di diritto internazionale generale, convenzioni e dichiarazioni internazionali che

5 C. Favilli, *Straniero (tutela internazionale)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5797.

6 Principio fondante delle Nazioni Unite e sancito in tutte le dichiarazioni riguardanti i diritti dell' uomo. Lo Statuto ONU dichiara che tra le finalità dell' organizzazione vi è quello di sostenere il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzioni di razza, sesso, lingua o religione; inoltre è compito dell' Assemblea generale promuovere studi ed adottare raccomandazioni a tal fine (artt. 1, par. 3; 13, par. 1 b).

7 B. Nascimbene, *Straniero (tutela internazionale)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5799.

mutano la visione prettamente Stato-centrica del passato. L' iniziativa di organi internazionali (principalmente le Nazioni Unite), regionali e nazionali, ha permesso di porre i diritti dell' uomo ad un livello sovrastatale, non condizionandoli al criterio di reciprocità nel godimento e nella concessione, erodendo di fatto la *domestic jurisdiction* (competenza interna) dello Stato⁸. In capo a quest' ultimo sorgono, di conseguenza, degli obblighi che non si configurano più come individuali, cioè nei confronti dello Stato, ma come *erga omnes*⁹, ovvero nei confronti della comunità internazionale nel suo complesso. Tali diritti inoltre si qualificano sia negativamente, ovvero come astensioni da un dato comportamento, sia positivamente, ossia come obblighi di fare.

L' incorporazione della disciplina dei diritti dello straniero nella materia della protezione dei diritti dell' uomo ha rappresentato un passo in avanti particolarmente significativo verso la tutela dei diritti del migrante¹⁰. A livello sovranazionale il non cittadino viene infatti salvaguardato in quanto soggetto potenzialmente esposto a trattamenti arbitrari e iniqui a causa della sua diversa posizione rispetto al cittadino. Vincoli consistenti posti alla libertà d' azione dello Stato sul proprio territorio sono stabiliti da norme di diritto internazionale, principalmente di carattere convenzionale, che filtrano attraverso le frontiere e vengono applicate senza alcuna distinzione. Nonostante siano ammesse delle disparità di trattamento tra cittadini e stranieri, legate al diverso grado di attaccamento del soggetto rispetto allo Stato, il principio basilare che tutti i Paesi devono seguire è l' uguaglianza nel godimento dei diritti e delle libertà internazionalmente sanciti per tutte le persone in quanto tali¹¹. Ne consegue che essi debbano essere riconosciuti a tutti gli individui indipendentemente dalla cittadinanza e dal possesso del permesso di soggiorno, salvo le distinzioni funzionali a scopi legittimi e proporzionali ad essi¹².

La sovranità dello Stato nell' epoca contemporanea riguarda l' adozione di criteri che disciplinano l' ammissione e l' allontanamento dello straniero dal territorio nazionale. La regolazione dei flussi migratori è una disciplina in cui i Paesi hanno mantenuto un potere decisionale esteso. A ciò si aggiunge la mancanza nell' ordinamento

8 Cfr. B. Nascimbene, *L' individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. Carbone, R. Luzzato, A. Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

9 Il processo di internazionalizzazione dei diritti umani ha portato al superamento del criterio di reciprocità e l' inapplicabilità ai trattati sui diritti umani della regola inadempienti *non est adimplendum*, ovvero all' inadempiente non è dovuto l' adempimento, prevista dall' art. 60 par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

10 Cfr. B. Nascimbene, intervento al Convegno “*Diritti umani e cittadinanza, le sfide dell' immigrazione*”, 2006, www.ispionline.it/it/documents/ronzittiintervento.doc.

11 B. Nascimbene, *Straniero (tutela internazionale)*, cit., p. 5799.

12 C. Favilli, *I diritti dell' immigrato non regolarmente soggiornante*, in P. Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L' Aquila, 2008, p. 293.

internazionale di un diritto spettante al migrante “irregolare” di entrare e soggiornare nel Paese di destinazione, a cui consegue la facoltà del potere statale di espellere chi è privo di un' autorizzazione a risiedere sul territorio¹³. D' altra parte, a livello sovranazionale, viene più volte affermato il diritto del migrante e dei suoi familiari di abbandonare il Paese di appartenenza, come sancito nel Patto sui diritti civili e politici del 1966 (art. 12) e nella Convenzione ONU sulla protezione dei lavoratori migranti del 1990 (art. 8). Il diritto internazionale prevede quindi il diritto di emigrare ma non quello di immigrare. Questa contraddizione è chiarita dai principi che informano il sistema giuridico internazionale, ovvero la sovranità e l' integrità dello Stato nazione, in base ai quali risulta evidente l' impossibilità di affermare un diritto del migrante di entrare liberamente in uno Stato. La limitazione alla libertà di circolazione è dunque la conseguenza dell' organizzazione del mondo in entità statali. La suddetta libertà, contrapponendosi alla sovranità statale, è un diritto incompleto, a senso unico, si compie infatti solamente per effetto dell' uscita del migrante da un determinato territorio¹⁴.

Il potere statale in materia di regolazione dei flussi migratori non è tuttavia completamente discrezionale in quanto incontra rilevanti limiti nei principi sanciti nel diritto internazionale pattizio sui diritti umani, i quali vengono assurti a norme di diritto internazionale generale. Gli Stati, infatti, non possono respingere selettivamente ed arbitrariamente degli stranieri perché appartenenti ad una certa nazionalità o per altri motivi basati sul sesso, religione, opinione politica, ecc. In tal modo incorrerebbero nella violazione del principio di non discriminazione proclamato internazionalmente. Altri importanti vincoli posti all' azione statale sono: il divieto di espulsioni collettive¹⁵, di tortura e trattamenti disumani o degradanti ed il principio di *non refoulement*¹⁶.

1.1.2 Le dichiarazioni internazionali sui diritti fondamentali

Nell' intento di esplicitare i principali contenuti delle fonti internazionali che

13 R. Baratta, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in P. Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L' Aquila, 2008, pp. 8-9.

14 S. Pierré-Caps, *L' immigrazione nel cuore delle contraddizioni del diritto internazionale e del diritto costituzionale nazionale*, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 15.

15 Tale divieto sarebbe da assurgere a principio di diritto internazionale generale secondo Maurice Kamto, relatore speciale sul tema delle espulsioni presso la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite.

16 Nessuno Stato che ha ratificato la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951 può espellere o respingere un rifugiato verso le frontiere di Paesi in cui la vita dello stesso o la sua libertà sarebbero in pericolo per motivi legati alla razza, religione, nazionalità, appartenenza ad una determinata categoria sociale o opinione politica (art. 33, par. 1).

salvaguardano i diritti dell' uomo, perciò anche quelli dei non cittadini, si può innanzitutto considerare la Carta delle Nazioni Unite (1945) in cui all' art. 1 vengono indicati tra i fini dell' organizzazione il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, nonché il conseguimento di una cooperazione tra Stati volta alla risoluzione di problemi economici, sociali, culturali o umanitari; il tutto nel rispetto del principio della parità dei diritti e dell' autodeterminazione dei popoli. La tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali è indicata come fine, ma l' ONU si impegna altresì a promuoverne il rispetto e l' osservanza per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione (art. 55, lett. c). All' art. 56 viene sancito l' impegno degli Stati ad adottare gli strumenti per realizzare suddetti fini, considerando così una loro inosservanza come violazione della Carta. L' articolo 62 (par. 2), invece, conferisce al Consiglio economico e sociale il potere di emettere raccomandazioni rivolte ai Paesi aderenti al fine di garantire il rispetto dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali spettanti ad ogni individuo.

La Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo (1948) nel Preambolo stabilisce che il riconoscimento della dignità e dei diritti (uguali ed inalienabili) a tutti gli esseri umani è il fondamento per la pace, la giustizia e la libertà nel mondo, ogni Stato si deve perciò adoperare al fine di raggiungere questo scopo. Tutti gli individui nascono eguali e liberi in dignità e diritti, senza distinzioni oltre che per ragioni di sesso, razza, lingua o religione, anche di colore, opinione politica o di altro genere, di origine sociale o nazionale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione (artt. 1; 2 par.1). La discriminazione fondata sulla cittadinanza è considerata contraria sia ai principi della Carta ONU che della Dichiarazione universale. Tale differenziazione non è tuttavia equiparabile a quella basata sull' origine nazionale, in quanto la nazionalità fa riferimento all' appartenenza intrinseca del soggetto ad una determinata comunità etnica laddove invece la cittadinanza viene attribuita dall' ordinamento giuridico di uno Stato¹⁷. Per quanto concerne i diritti riservati esclusivamente ai cittadini, il documento in esame lo indica espressamente come ad esempio il diritto dell' individuo a tornare nel proprio Paese (art. 13, par. 2), ovvero quello in cui gli è riconosciuta la cittadinanza. La Dichiarazione, base giuridica e politica per ogni atto successivo, statuisce inoltre: il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona (art. 3), il divieto ad essere sottoposto a tortura, trattamenti inumani o degradanti (art. 4), l' uguaglianza di

¹⁷ B. Nascimbene, *Il trattamento dello straniero nell' ordinamento internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 151 ss.

fronte alla legge (art. 7), il divieto di detenzione arbitraria (art. 9), l' impossibilità di subire interferenze illegittime nella propria vita privata (art. 12), la libertà di movimento entro i confini dello Stato e il diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio (art. 13), il diritto d' asilo (art.14), il diritto ad una cittadinanza (art. 15), la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 18), la libertà di espressione e di opinione (art. 19), la libertà di riunione ed associazione pacifica (art. 20), la facoltà di realizzare i diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla dignità e allo sviluppo della propria personalità (art. 22), il diritto al lavoro (art. 23), il diritto alla salute (art. 25) e all' istruzione (art. 26). L' articolo 29, diversamente, prevede dei limiti alle suddette libertà generati da esigenze di morale, ordine pubblico e generale benessere. Nonostante ciò, il diritto alla vita, il divieto di tortura e schiavitù nonché il principio di irretroattività delle norme penali, sono considerate norme convenzionali inderogabili, la cui efficacia non può essere sospesa nemmeno in condizioni di emergenza¹⁸.

I Patti internazionali del 1966 rappresentano una naturale evoluzione degli atti fin qui citati, riaffermando ed ampliando i loro contenuti. Nel Patto sui diritti civili e politici viene ribadito il divieto di discriminazione con riferimento ai diritti e alle libertà riconosciute nel testo, le quali spettano a tutti gli individui che si trovano sul territorio nazionale e sono sottoposti alla giurisdizione dello Stato che ha ratificato l' atto (art. 2). Viene inoltre previsto il principio di uguaglianza di fronte alla legge (art. 26) anche per le situazioni giuridiche non contemplate nel documento. L' articolo 4, par. 1, disciplina le deroghe agli obblighi in situazioni di eccezionalità, ma solo nel caso in cui tali misure non confliggano con altri oneri derivanti dal diritto internazionale e non implicino discriminazioni basate sulla razza, sesso, colore, lingua, origine sociale o religione. Spettanti ai soli cittadini sono i diritti politici (art. 25) e i diritti di circolazione (art. 12), mentre una distinzione sulla base della regolarità del soggiorno viene effettuata nell' articolo 13 relativo alle garanzie da riconoscere allo straniero in caso di espulsione. Istituito all' articolo 28 del Patto, il Comitato dei diritti dell' uomo è l' organo che controlla il rispetto degli obblighi convenzionali.

Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali sancisce il principio di non discriminazione autorizzando tuttavia i Paesi in via di sviluppo a ponderare il riconoscimento dei diritti economici agli stranieri per quanto riguarda l' utilizzo delle risorse naturali e delle ricchezze proprie dello Stato, dovendo infatti tener conto dei

¹⁸ Derivanti dal diritto internazionale generale, ma altrettanto imprescindibili sono: il divieto di *gross violations* (come ad esempio genocidio, violazioni continue dei diritti umani) ed il divieto di discriminazioni razziali.

diritti umani e delle esigenze economiche nazionali. Questo Patto non contempla alcun organo di controllo, il quale è stato però istituito nel 1985 dal Consiglio economico e sociale con la denominazione di Comitato dei diritti economici, sociali e culturali. Gli atti appena ricordati sono entrati in vigore nel 1976, ben 10 anni dopo la loro stipula, mettendo in evidenza la riluttanza degli Stati a riconoscere garanzie più ampie ai singoli individui e generando problemi di adattamento dei diritti ivi contenuti ad un contesto internazionale in mutamento.

Un altro importante documento è la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (1975), nella quale all'articolo 1 (par. 1) si precisa che per discriminazione razziale si intende “ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza, l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica”. Lo stesso articolo annovera altresì la possibilità per lo Stato di operare delle distinzioni tra cittadini e non cittadini (art. 1, par. 2), tuttavia questi ultimi non possono essere distinti sulla base della regolarità del soggiorno. La Convenzione, inoltre, non interviene modificando la legislazione dello Stato contraente in materia di nazionalità, naturalizzazione e cittadinanza; in tal senso non si intende tuttavia avallare disparità di trattamento nei confronti di una specifica nazionalità. All'articolo 8 si costituisce un Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, il quale nella sua raccomandazione generale n. 11 del 1993 afferma che l'art. 1, par. 2, sopra citato, va letto nell'ottica dei principi internazionali sui diritti umani. Esso sottolinea inoltre il fatto che gli Stati: sono invitati a condannare pubblicamente gli atti di intolleranza e odio nei confronti di persone appartenenti ad altri gruppi etnici, razziali, nazionali o politici; devono garantire ai non cittadini uguale tutela di fronte alla legge nonché favorire il godimento del diritto all'abitazione e all'accesso ai servizi sociali che assicurino uno standard minimo di vita ed infine eliminare le discriminazioni nei confronti dei non cittadini in relazione alle condizioni di lavoro. Nella raccomandazione generale n. 30 del 2004 il comitato sostiene che gli Stati sono tenuti a garantire l'uguaglianza tra cittadini e non nel godimento dei diritti civili, sociali, politici, culturali ed economici. Disparità di trattamento basate sulla cittadinanza o sulla condizione giuridica del migrante sono da considerare discriminazioni, se non perseguono un preciso scopo e non sono proporzionali al raggiungimento dello stesso. Ciò significa che

la legislazione nazionale in materia di immigrazione non può sottrarsi al sindacato della ragionevolezza, in tal senso il legislatore non potrebbe dunque operare ogni tipo di differenziazione tra cittadino e straniero legittimata da esigenze di regolazione dei flussi migratori, di ordine e sicurezza pubblica¹⁹.

Le politiche sull'immigrazione adottate dai singoli Stati non devono avere l'effetto di differenziare le persone sulla base della razza, del colore della pelle, dell'origine nazionale o etnica; anche se tali misure sono il frutto della lotta al terrorismo. Viene stabilito inoltre che i provvedimenti di allontanamento non possono essere discrezionali, ovvero differenziati sulla base del gruppo etnico di appartenenza. In ogni caso lo Stato che attua tale misura deve bilanciarla al rispetto del diritto alla famiglia. I diversi Paesi hanno infine l'obbligo di proteggere i non cittadini da comportamenti xenofobi che si manifestano all'interno della società. La raccomandazione generale n. 30 del 2004 rappresenta un'importante interpretazione della Convenzione internazionale sulla eliminazione della discriminazione razziale ed anche degli altri atti adottati a livello sovranazionale in materia²⁰.

Nel 1989 è stata siglata la Convenzione sui diritti del fanciullo, nella quale si fissa l'impegno degli Stati contraenti di rispettare e garantire i diritti presenti nel testo ad ogni minore sotto la loro giurisdizione, senza distinzione di alcun tipo. I Paesi si devono inoltre adoperare al fine di porre in atto delle misure volte a prevenire e contrastare ogni discriminazione (art. 2). Il Comitato sui diritti del fanciullo ribadisce il fatto che il principio di non discriminazione deve essere integrato in ogni attività statale proteggendo di fatto tutti i bambini, inclusi i non cittadini e gli appartenenti a minoranze. Lo Stato, inoltre, deve agire attraverso campagne di informazione, inchieste ed ogni misura volta alla tutela e all'integrazione dei minori stranieri, soprattutto nel sistema scolastico. Nell'articolo 7 la Convenzione sancisce il diritto ad essere registrato al momento della nascita e, da allora, di godere di un nome e di una cittadinanza. In un'ottica analoga vanno letti gli articoli seguenti che fanno riferimento alla salvaguardia del nome, della nazionalità e delle relazioni familiari (art. 8), alla non separazione dai genitori (art. 9), al ricongiungimento familiare (art. 10) e ad aiuti statali speciali per i minori lontani dal loro ambiente familiare (art. 20). L'insegnamento primario, per di più, deve essere obbligatorio e gratuito per tutti, anche per figli di immigrati "irregolari".

19 C. Favilli, *I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante*, p. 299.

20 C. Favilli, *I diritti dell'immigrato non regolarmente soggiornante*, cit., p. 298.

Un' attenzione particolare meritano le norme che salvaguardano i diritti dei lavoratori migranti promosse dall' Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) e finalizzate a garantire una soglia minima di diritti e libertà imprescindibili anche ai non cittadini. Con l' intento di rimuovere non ogni disparità, ma almeno quelle presenti in un settore delicato come quello lavorativo è stata redatta la Convenzione n. 111 (1958) che sprona gli Stati a favorire l' uguaglianza sul versante delle opportunità e del trattamento in materia di impiego e di professione, eliminando ogni discriminazione, esclusione o preferenza basata sul sesso, razza, colore, religione, origine sociale o nazionale, opinione politica. Altri atti degni di nota sono la Convenzione n. 97 (1949) sull' immigrazione per motivi di lavoro, la n. 118 (1962) riguardante l' uguaglianza di trattamento tra cittadini e non nel godimento della sicurezza sociale e la n. 143 del 1975 sulla protezione dei lavoratori migranti. In molti casi l' ILO riconosce certi diritti, come ad esempio l' equità remunerativa e il salario minimo (nel rispetto degli impieghi precedenti e del mantenimento dei benefici sociali), ai non cittadini indipendentemente dalla loro presenza legale sul territorio. Altri diritti, invece, spettano solo alle persone che soggiornano regolarmente, come il diritto all' uguaglianza di opportunità e alla formazione professionale²¹. La Convenzione n. 143 (1975) intende garantire un livello minimo di protezione ai lavoratori migranti anche se “irregolari” o assunti illegalmente, facendo riferimento ai diritti dell' uomo universalmente riconosciuti che, in quanto svincolati dalla cittadinanza e dalla regolarità della condizione giuridica, spettano a chiunque. Si intende inoltre prevenire e reprimere le migrazioni in condizioni abusive, incitando gli Stati alla cooperazione in tal senso e prevedendo sanzioni per chi le organizza o le favorisce. Piena libertà decisionale viene lasciata allo Stato per quanto riguarda l' ammissione di lavoratori stranieri sul proprio territorio e la loro eventuale regolarizzazione. La disposizione 8.1 della Convenzione n. 143 è particolarmente rilevante in quanto riconosce la possibilità al lavoratore straniero legalmente soggiornante di rimanere sul territorio nazionale anche in caso di perdita del posto di lavoro, il quale non potrebbe essere espulso. Il fine della suddetta norma sembra essere quello di consentire al soggetto un periodo di tempo limitato ma sufficiente a trovare una nuova occupazione. Nel complesso tale documento è finalizzato al riconoscimento, anche ai lavoratori stranieri “irregolari” o illegalmente occupati, di un livello minimo di tutela dei diritti fondamentali della persona umana²².

21 Office of the United Nations High Commissioner for human rights, *The rights of non-citizens*, United Nations, New York and Geneva, 2006, p. 30.

22 F. Morrone, *La condizione giuridica del lavoratore migrante irregolare alla luce della normativa*

In ambito ONU è stata più recentemente stipulata la Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie (1990), fondata sulle convenzioni n. 97 e n. 143 dell' ILO. Essa si applica a tutti i lavoratori migranti a prescindere dal loro *status*, ad eccezione dei rifugiati, richiedenti asilo e coloro che godono di qualche forma di protezione internazionale. Nel Preambolo si sostiene la necessità di far convergere le legislazioni dei Paesi contraenti al fine di riconoscere i principi basilari dei diritti ivi contenuti ai migranti (e ai loro familiari), contrastare il traffico abusivo di lavoratori, scoraggiando chi lo gestisce e coloro che assumono illegalmente manodopera. Il punto 4 del Preambolo asserisce che “i lavoratori sprovvisti di documenti o in situazione irregolare sono frequentemente impiegati in condizioni meno favorevoli di altri lavoratori e che certi datori di lavoro sono portati a ricercare una tale manodopera in vista di trarre beneficio da una concorrenza sleale”. L' articolo 1 dichiara che l' applicazione della Convenzione è garantita a tutti i lavoratori migranti e durante tutte le fasi del percorso migratorio senza distinzione alcuna. Nel testo vengono ulteriormente enunciati: il principio di non discriminazione in materia di godimento dei diritti ivi contenuti (art. 7), la libertà di lasciare il Paese di origine e rientrarvi (art. 8), il diritto a non essere torturati o a non subire trattamenti inumani o degradanti (art. 10), il diritto dei migranti privati della propria libertà ad essere trattati dignitosamente (art. 17), il diritto ad un processo equo e pubblico di fronte ad un tribunale competente ed imparziale (art. 18), il divieto di espulsioni collettive o inique (art. 22), il diritto all' assistenza consolare o diplomatica (art. 23), il diritto ad un equo trattamento tra cittadini e non in materia di impiego e remunerazione (art. 25), la facoltà di partecipare a sindacati (art. 26), il diritto ai servizi medici d' urgenza, da non negare a chi si trova in condizioni di irregolarità (art. 28) ed infine il rispetto dell' identità culturale (art. 31). I lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie devono, inoltre, essere informati dei diritti loro conferiti dalla presente Convenzione (art. 33). Spettano infine a tutti, indipendentemente dalla cittadinanza o dallo *status*, favorevoli condizioni di lavoro ed uno standard minimo di protezione per quanto riguarda le ore lavorative, la sicurezza e la salute. Come strumento per la salvaguardia e l' accertamento del rispetto delle presenti tutele è stato istituito un Comitato che ha il compito di esaminare i rapporti degli Stati e accogliere le istanze individuali nel caso in cui i contraenti accettino tale competenza, tuttavia l' attività di tale organo non produce effetti particolarmente

internazionale, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 306-307.

rigorosi. La Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie è entrata in vigore il 1° luglio 2003 e allo stato attuale è ratificata solamente da 43 Stati, nonostante sia da considerare lo strumento più completo a livello internazionale finalizzato alla protezione delle persone migranti ispirato dagli accordi in materia di diritti umani²³. I Paesi che hanno ratificato la Convenzione sono principalmente quelli di provenienza o di transito dei flussi migratori. Il documento ha incontrato invece forte riluttanza da parte degli Stati di destinazione, nei quali si registrano più frequentemente violazioni dei diritti dei lavoratori stranieri. Ciò è dovuto probabilmente dalle caratteristiche della Convenzione, la quale una volta ratificata si ripercuote sull'ordinamento interno dello Stato. Essa deve essere applicata anche ai lavoratori di Stati non contraenti e prevede che i rimedi in caso di violazione della stessa siano effettivi (art. 83). L'atto, oltretutto, fa sorgere in capo agli Stati degli obblighi di cooperazione al fine di promuovere le condizioni dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie affinché diventino sane, eque e dignitose (art. 64). La ratifica della Convenzione non vincola lo Stato all'obbligo di concedere l'ingresso ai lavoratori immigrati o di regolarizzare la posizione di coloro che sono già presenti sul territorio nazionale. Si può dunque desumere che la mancata adozione da parte della maggioranza degli Stati destinatari dei flussi migratori non sia dovuta a limiti di natura giuridica ma bensì politica. È probabile che gli Stati vedano questa Convenzione come uno strumento in grado di ostacolare la loro linea politica²⁴. Questa reticenza va a scapito del migrante come persona, non solo in quanto lavoratore, dato che la suddetta Convenzione adotta la prospettiva della salvaguardia dei diritti dell'uomo e non esclusivamente della categoria dei lavoratori. La necessità di tutelare i migranti “irregolari”, come recita nel preambolo il documento, muove dalla constatazione che questi individui sono particolarmente esposti a fenomeni di sfruttamento economico, caratterizzati da un livello di subordinazione tale da potersi assimilare ad una vera e propria schiavitù²⁵.

23 F. Morrone, *La condizione giuridica del lavoratore migrante irregolare alla luce della normativa internazionale*, cit., p. 307.

24 R. Baratta, *La convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3/2006, p. 769.

25 F. Morrone, *La condizione giuridica del lavoratore migrante irregolare alla luce della normativa internazionale*, cit., pp. 308-309. In tema di diritti dei migranti “irregolari” lavoratori rileva la pronuncia della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 17 settembre 2003, in seguito alle preoccupazioni sollevate dal Messico circa le condizioni dei lavoratori messicani immigrati illegalmente negli Stati Uniti. La Corte prende le mosse da una visione del principio di non discriminazione connotato alla persona umana in quanto sancito da tutte le convenzioni internazionali in materia di diritti umani. Tale principio viene ricompreso tra quelli di natura cogente nell'ordinamento internazionale, per cui gli individui, che ne sono i titolari, hanno il diritto a goderne appieno attraverso delle azioni concrete volte all'eliminazione di ogni discriminazione; pena una

La Dichiarazione sui diritti umani degli individui che non hanno la cittadinanza del Paese in cui vivono, adottata dall' Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 1985, mostra come la materia del trattamento dello straniero è oggetto di sempre maggior attenzione da parte della stessa organizzazione e viene definitivamente inserita nel contesto della tutela dei diritti umani attraverso numerosi atti quali raccomandazioni, studi e rapporti²⁶. Rilevanti in tal senso sono i lavori della Commissione (ora Consiglio) dei diritti umani la quale, oltre a dichiararsi preoccupata dall' aumento delle manifestazioni di violenza nei confronti dei migranti, focalizza la propria attenzione sull' immigrazione e la condizione dello straniero. Al fine di perseguire tale scopo il Consiglio ha creato un gruppo di lavoro che ha redatto nel 1998 e nel 1999 due rapporti i quali prevedevano tra le altre cose la nomina di un relatore speciale sui diritti umani degli immigrati. A quest' ultimo sono stati attribuiti dei compiti quali l' accertamento dell' osservanza dei diritti dei migranti da parte degli Stati, l' elaborazione di studi in materia, nonché lo svolgimento di visite nei singoli Paesi e il dialogo con i Governi. Altro organo degno di essere menzionato è la Sottocommissione sulla prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze, legata al Consiglio, la quale attraverso il suo relatore speciale Weissbrodt ha presentato nel 2003 un interessante rapporto riguardante la prevenzione delle discriminazioni e i diritti dei non cittadini. Oltre a ciò, ogni anno il Segretario generale delle Nazioni Unite, assistito dall' Alto commissario per i diritti umani, fa pervenire all' Assemblea Generale un rapporto sulla protezione dei diritti dei migranti in un' ottica di tutela dei diritti umani. Al fine di monitorare l' effettività delle Convenzioni sui diritti umani sono stati creati dei comitati, quali: il comitato contro la tortura, contro le discriminazioni delle donne, sull' eliminazione della discriminazione razziale ed il comitato sui diritti umani. Il complesso di Convenzioni sopra delineato rischia tuttavia di non essere efficace nel momento in cui la disparità di trattamento non si basa sulla nazionalità, razza, sesso, ecc. ma bensì sulla condizione amministrativa dello straniero, in quanto a livello nazionale “le norme sull' immigrazione e sul trattamento dello straniero precludono l'

grave responsabilità da parte dello Stato in quanto l' obbligo in questione si configura come *erga omnes*. Il principio di uguaglianza, come dichiara la Corte, spetta a tutti i lavoratori a prescindere dalla regolarità del soggiorno. Lo Stato non è tenuto a fornire un lavoro al migrante, ma dal momento in cui ha inizio il rapporto lavorativo, il soggetto deve godere dei diritti umani connessi alla sua condizione di lavoratore che si desumono dal diritto internazionale, in quanto intimamente correlati alla dignità umana. La pronuncia della Corte rappresenta un innovativo punto di vista, tuttavia benché essa non rispecchi lo stato del diritto internazionale attuale, può rappresentare comunque un impulso ad un' evoluzione positiva in tal senso. (R. Baratta, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, cit., pp. 17-19).

26 C. Favilli, *Straniero (tutela internazionale)*, cit., pp. 5800-5801.

accesso al godimento paritario dei diritti, anche dei diritti fondamentali”²⁷.

1.1.3 La tutela giurisdizionale

Nonostante tutti i documenti stilati a livello internazionale, i diritti che vi sono contenuti rimangono spesso e volentieri solamente sulla carta, come mostra l' ampio consenso che hanno ottenuto i Patti delle Nazioni Unite, ratificati anche da Stati che notoriamente non sono inclini alla protezione dei diritti dell' uomo. Si può dunque supporre che varie adesioni siano più il frutto della propaganda che di una tangibile intenzione di garantire tali diritti da parte del potere statale²⁸.

Si tratta di atti privi di tutela giurisdizionale in quanto manca a livello internazionale un organo che assicuri la loro protezione. Questa consistente lacuna mostra l' assenza dell' effettiva volontà degli Stati di garantire concretamente i diritti all' individuo. Nella realtà dei fatti, appunto, emerge un enorme divario tra i principi sanciti internazionalmente e ciò che sperimentano quotidianamente i non cittadini. Carenze in termini di rappresentanza politica, diritti sociali, civili ed economici, atti di razzismo, sessismo, ostilità, detenzioni arbitrarie e indefinite, barriere linguistiche e culturali, sono solo un esempio di ciò che deve affrontare un immigrato in uno Stato straniero²⁹. Tali atteggiamenti sono tanto più accentuati in periodi di proclamata “emergenza” come durante crisi economiche, guerre di ogni tipo e fasi caratterizzate da un' elevata disoccupazione. La rivendicazione di diritti più estesi probabilmente porterebbe ad esiti fallimentari, perché è difficile negare che in ultima istanza prevalgano sempre gli interessi dello Stato. Questo è dimostrato anche dalla debole incisività degli organi di controllo istituiti al fine di monitorare l' effettivo adempimento dei principi contenuti negli atti internazionali fin qui citati. La protezione giurisdizionale dei diritti umani è la prova della loro reale osservanza. Tra i vari meccanismi di controllo si possono individuare tre modelli³⁰, con particolare attenzione per la posizione riservata all' individuo. Il primo è caratterizzato dall' impossibilità per il soggetto di comunicare con il comitato preposto alla vigilanza del trattato, come accade nell' ambito del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, in cui il comitato ha solamente il compito di esaminare i rapporti periodici degli Stati e redigere “osservazioni conclusive” non

27 C. Favilli, *I diritti dell' immigrato non regolarmente soggiornante*, cit., p. 295.

28 B. Conforti, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2002, p. 208.

29 Office of the United Nations High Commissioner for human rights, *The rights of non-citizens*, cit., p. 5.

30 P. De Sena, *Diritti dell' uomo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1875-1876.

vincolanti. Il secondo modello fa riferimento al Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite, il quale teoricamente può esaminare comunicazioni individuali che riguardano violazioni palesi e sistematiche dei diritti dell' uomo, ma nella pratica non è tenuto a farlo; non può adottare risoluzioni riguardanti l' individuo e non può svolgere inchieste sul luogo se non col consenso degli Stati coinvolti. Il terzo modello è invece caratterizzato da un diritto di petizione del soggetto il quale, in quanto vittima di violazioni, può inviare raccomandazioni agli organi di controllo. Essi, però, possono prenderli in considerazione solo nei confronti dei Paesi che hanno accettato tale competenza; esaminano le ragioni delle parti in causa ed emettono constatazioni o raccomandazioni che peraltro non sono vincolanti. In materia di diritti umani è prevista inoltre, come condizione per la ricevibilità dei ricorsi individuali da parte delle strutture internazionali preposte al monitoraggio, ovvero la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. Le violazioni sia di norme consuetudinarie che pattizie, di conseguenza, non possono farsi valere sul piano sovranazionale “finché esistono nell' ordinamento dello Stato offensore rimedi adeguati ed effettivi per eliminare l' azione illecita o per fornire all' individuo offeso una congrua riparazione”³¹.

L' individuo gode di una maggiore protezione giurisdizionale nei sistemi regionali (come mostra l' attività della Corte europea dei diritti dell' uomo), ciononostante se per quanto riguarda i diritti civili e politici sono stati fatti passi in avanti, altrettanto non si può dire per quelli sociali, i quali implicano un “fare” e conseguentemente degli esborsi monetari che sono spesso osteggiati da parte degli Stati. I meccanismi interstatali di controllo dei diritti umani si sono rivelati inadeguati sia sul piano internazionale che su quello regionale, malgrado il carattere *erga omnes* degli obblighi che scaturiscono dagli atti³².

1.2 Contesto europeo

1.2.1 Il quadro normativo in materia di immigrazione illegale

a) L' evoluzione istituzionale

L' analisi dell' evoluzione della politica comunitaria d' immigrazione, in un' ottica storica, non può prescindere dalla constatazione dell' assenza di disposizioni in materia

³¹ B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 209.

³² P. De Sena, *Diritti dell' uomo*, cit., pp. 1876-1877.

nel testo originario del Trattato di Roma (1957) che istituiva la Comunità economica europea. La libera circolazione era riservata agli individui che possedevano la cittadinanza di uno Stato membro, mentre i cittadini dei Paesi terzi, ancora poco numerosi, erano soggetti alla disciplina nazionale dato che la loro condizione non era rilevante per le mire e gli obiettivi del mercato comune. Le istituzioni europee non incorporarono nella propria attività la questione dell'immigrazione extracomunitaria fino alla metà degli anni '70, quando lo scenario internazionale cambiò. Agli europei in cerca di lavoro si aggiunse la manodopera proveniente dai Paesi terzi e la direzione dei flussi migratori che prima si svolgeva principalmente verso il nord Europa, ora interessava anche il sud.

Un panorama che mutava proprio nel periodo in cui le crisi petrolifere si ripercuotevano negativamente sull'economia e sul mercato del lavoro, inducendo gli Stati tradizionalmente di immigrazione a limitare notevolmente gli ingressi. Il fenomeno migratorio stava coinvolgendo gran parte dell'Europa e con esso cresceva la convergenza degli interessi delle nazioni europee al fine di regolarlo. Tuttavia le iniziative della Commissione volte a disciplinare i flussi a livello comunitario non ebbero seguito³³, prevalse invece la volontà degli Stati di non delegare le competenze in materia di immigrazione agli organi sovranazionali, sviluppando così una politica fondata sulla cooperazione intergovernativa. Con l'adozione dell'Atto Unico europeo (1986) si delineò il progetto di un mercato interno per realizzare il quale era necessario abolire le frontiere interne al fine di favorire la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Diretta conseguenza dell'abbattimento delle frontiere interne allo spazio europeo era il rafforzamento di quelle esterne. Gli Stati anche in questa occasione rimasero la volontà di mantenere salde le proprie competenze in materia di immigrazione, ma le comuni esigenze di contrasto all'immigrazione clandestina li spinsero a dar vita ad una cooperazione intergovernativa. L'immigrazione fu connotata fin da subito negativamente, come una minaccia assimilabile alla criminalità e al terrorismo, creando e fomentando quel clima di insicurezza che legittima tuttora l'adozione di misure repressive e securitarie da parte di un potere che finisce per trasformarsi in "gestione dell'inquietudine"³⁴. L'immigrato "irregolare" diviene immediatamente oggetto di particolari attenzioni che giustificano l'impiego di misure

33 Una proposta di direttiva fu presentata dalla Commissione nel 1979 sull'armonizzazione delle politiche migratorie nazionali al fine di contrastare l'immigrazione illegale, ma non ebbe successo.

34 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 135.

preventive³⁵.

La necessità di contenere l'immigrazione illegale e le impellenze economiche portarono, negli anni Ottanta, alla cooperazione (intergovernativa) un ristretto gruppo di Stati: Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi. Questi conclusero l'Accordo di Schengen siglato il 14 giugno 1985, il quale conteneva regole comuni per l'abolizione dei controlli alle frontiere interne funzionali alla realizzazione della libera circolazione tra gli Stati firmatari e il conseguente rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne. L'Accordo e la correlata Convenzione di applicazione del 1990, alle quali seguirono le adesioni degli altri Stati membri fatta eccezione per Regno Unito e Irlanda, hanno rappresentato il nucleo di sperimentazione³⁶ per la successiva evoluzione della libertà di circolazione, ponendosi tuttavia al di fuori del contesto comunitario e sottraendosi dunque alla vigilanza del Parlamento europeo e della Corte di Giustizia. La Convenzione di applicazione prevedeva tra l'altro le condizioni per l'accesso all'area (art. 5), il possesso di un visto uniforme per soggiornanti di breve periodo (art. 10) e l'obbligo di abbandonare la zona nel momento in cui non erano più soddisfatte le norme di soggiorno (art. 23)³⁷, lasciando ampia discrezionalità agli Stati circa la determinazione delle cause dell'allontanamento. L'articolo 26 impegnava gli Stati contraenti ad adottare misure volte a responsabilizzare e sanzionare i vettori, i quali dovevano farsi carico degli individui a cui era negato l'ingresso e su richiesta ricondurlo nel Paese di provenienza, o in quello che aveva rilasciato il documento di viaggio o in altro Paese che ammettesse il soggetto in questione³⁸. Il Titolo IV creava il

35 Meccanismi di controllo ed esclusione vengono introdotti in risposta a ipotetiche situazioni di "emergenza" per poi normalizzarli abituando quotidianamente le persone a godere di diritti "striminziti". Una tematizzazione securitaria di certi fenomeni funzionale ai poteri pubblici al fine di gestire attraverso la paura la vita dei propri cittadini, fino al punto in cui sono loro stessi a vedere il "diverso" come nemico e ad innescare una lotta per la sopravvivenza che gerarchizza le esistenze. La vita di uno prevede la morte dell'altro, del soggetto ritenuto pericoloso dalla società; una morte non necessariamente fisica, ma anche "più semplicemente la morte politica, l'espulsione, il rigetto". (M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 222). Si veda anche G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 130 ss.

36 G. Licastro, *L'immigrazione nell'Unione Europea: un cammino difficile*, in <http://www.diritto.it>, settembre 2004, p. 1 ss. Per un'analisi della normativa comunitaria in materia di immigrazione si faccia rif. anche a M. F. Massó Garrote, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell'Unione Europea*, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010.

37 Le basi del provvedimento di espulsione vengono predisposte dall'art. 23 che al par. 1 afferma "lo straniero che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di una delle Parti contraenti deve lasciare senza indugio il territorio delle Parti contraenti". Al par. 3 dispone "qualora lo straniero non lasci volontariamente il territorio o se può presumersi che non lo farà, ovvero se motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico impongono l'immediata partenza dello straniero, quest'ultimo deve essere allontanato dal territorio della Parte contraente nel quale è stato fermato".

38 Per vettori si intendono persone fisiche o giuridiche che trasportano altri soggetti via aerea, marittima o terrestre. Tale disposizione dà avvio a quella privatizzazione della sicurezza già sperimentata in

Sistema di informazione Schengen (SIS, ora SIS II), una banca dati finalizzata al controllo delle frontiere e alla cooperazione di polizia, contenente informazioni riguardanti individui ai quali poteva essere negata la concessione del visto o del permesso di soggiorno in quanto considerati una minaccia per la sicurezza pubblica e nazionale³⁹.

Una svolta è segnata dal Trattato di Maastricht (1992), il quale oltre a modificare il Trattato di Roma e ad istituire l'Unione europea, al Titolo VI qualifica di “interesse comune” le questioni in materia di immigrazione esortando gli Stati a cooperare in tal senso⁴⁰. Le competenze comunitarie in questo settore erano ancora limitate, mostrando una persistente prevalenza degli interessi nazionali che rendeva evanescente il controllo della Corte di Giustizia sull'attività del Consiglio e riconosceva al Parlamento europeo un diritto minimo ad esserne informato⁴¹, in un ambito delicato in cui è fondamentale il controllo democratico. Il Trattato di Maastricht fu il risultato delle spinte provenienti dalla volontà di creare un mercato unico europeo, il qual poteva essere ottenuto solamente attraverso una progressiva comunitarizzazione di quegli ambiti delle politiche migratorie funzionali alla sua realizzazione, come il controllo delle frontiere e l'ammissione di lavoratori extracomunitari⁴².

Il 2 ottobre 1997 venne firmato il Trattato di Amsterdam (entrato in vigore nel 1999) grazie al quale, con il nuovo Titolo IV, TCE, art. 63, divenne di competenza comunitaria, concorrente con quella degli Stati membri, la facoltà di adottare atti

Gran Bretagna e USA, che ha in seguito portato enti privati alla lucrosa attività di gestione dei Centri di identificazione ed espulsione, confondendosi talvolta con le funzioni di pubblica sicurezza non consone alle loro competenze originarie. (G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 138-139).

39 Negli anni successivi sono state create altre banche dati come EURODAC e VIS che raccolgono informazioni e dati biometrici (tra cui le impronte digitali) di richiedenti asilo, di persone che attraversano illegalmente le frontiere e di coloro che soggiornano irregolarmente, permettendo la loro identificazione. Il tutto è funzionale allo scopo di sorvegliare le frontiere esterne, il territorio interno degli Stati membri e lo scambio di informazioni tra di essi.

40 Una cooperazione intergovernativa che si innesta nel terzo pilastro con l'obiettivo di realizzare la libera circolazione delle persone. A tal fine essa coinvolge “la politica di immigrazione e la politica da seguire nei confronti dei cittadini di Paesi terzi, le condizioni di entrata e circolazione dei cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri, le condizioni di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri, la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno e il lavoro irregolari di cittadini dei Paesi terzi nel territorio degli Stati membri” (art. K par. 1, 3). La cooperazione doveva avvenire, inoltre, in armonia con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950) e la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (1951).

41 Data la scarsità dei controlli, il Consiglio decise di elaborare dei questionari circa il seguito che avevano i propri atti presso gli Stati membri, così la decisione del 16 dicembre 1996 riguardante l'immigrazione clandestina, lavoro illegale, riammissione ed espulsione di cittadini di Paesi terzi, nonché le Conclusioni del Consiglio del 30 novembre 1994 che istituiva il CIRSEFI, un centro di informazione che raccoglieva dati statistici riguardanti soprattutto l'immigrazione e il soggiorno illegale al fine di elaborare delle relazioni.

42 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 143.

concernenti: controllo delle frontiere, rilascio dei visti, ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, asilo, immigrazione e soggiorno irregolare⁴³, compreso il rimpatrio. Unitamente all' articolo 100, par. 2, TCE, suddetto articolo fornisce inoltre la base giuridica per la stipulazione di accordi di riammissione⁴⁴ tra la Comunità e Stati terzi, nonché l' inserimento di clausole analoghe in accordi di associazione o cooperazione. In quest' ultima tipologia di patti si vincola nella pratica lo Stato terzo a consentire il reingresso del migrante “irregolare” espulso dal territorio europeo, il corrispettivo riconosciuto ai Paesi che collaborano è rappresentato dalla concessione di aiuti e benefici perlopiù di carattere economico. Nello specchio dell' articolo 63 TCE rientra anche la responsabilità dei vettori per quanto riguarda il trasporto di persone che non sono in possesso dei permessi necessari per entrare e soggiornare nei Paesi membri, oltre alle disposizioni inerenti l' invio di funzionari ed ispettori alle frontiere esterne, con il compito di vigilare e prevenire l' immigrazione illegale. Il Trattato di Amsterdam in tal modo ha trasferito una parte consistente delle disposizioni in materia di immigrazione ed asilo dal terzo pilastro (intergovernativo) al primo (comunitario).

Il testo del Trattato prevedeva inoltre che il Consiglio doveva occuparsi dell' ambito dell' immigrazione clandestina nell' arco di 5 anni dall' entrata in vigore dell' atto. L' articolo 67 TCE stabiliva tuttavia che il Consiglio doveva deliberare all' unanimità, su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, previa consultazione del Parlamento europeo. Tale procedura era atipica rispetto al metodo comunitario in quanto agli elementi dell' unanimità, della compartecipazione al ruolo d' iniziativa legislativa di Commissione e Stati membri nonché relativamente al compito meramente consultivo del Parlamento. La Commissione riacquistava il monopolio dell' iniziativa al termine dei 5 anni⁴⁵, ma dato che la materia dell' immigrazione clandestina doveva essere già tracciata entro tale periodo, la sua azione rimaneva circoscritta alla modifica ed alla completazione della stessa⁴⁶.

43 L' articolo 63, punto 3, lett. b), TCE, include in questa fattispecie i “cittadini di Paesi terzi che si trattengono sul territorio di uno Stato membro oltre il periodo di soggiorno autorizzato, cittadini di Paesi terzi che esercitano un' attività lavorativa non autorizzata dall' esenzione da visto o da quello di breve durata di cui essi siano in possesso, soggiorno non autorizzato di un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, nonché stranieri fermati alle frontiere”.

44 Ogni Stato terzo che sigla questo tipo di accordo “si impegna a riammettere i propri cittadini, o talvolta persone che abbiano soggiornato nel, o siano transitate dal, proprio territorio che non soddisfino o non soddisfino più le condizioni di ingresso o soggiorno” dello Stato membro. (G. Cellamare, *La disciplina dell' immigrazione nell' Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 193).

45 La Commissione doveva anche dopo il termine dei 5 anni tenere in considerazione le richieste degli Stati membri. Dal 2004 la disciplina del Titolo IV TCE è sottoposta alla procedura di codecisione che rende il Parlamento europeo un colegislatore. Tale materia richiede inoltre la maggioranza qualificata al Consiglio per l' adozione degli atti.

46 M. Condinanzi, B. Nascimbene, A. Lang (a cura di), *Cittadinanza dell' Unione e libera circolazione*

Relativamente al Trattato di Amsterdam rilevante è il Protocollo ad esso allegato il quale incorpora l' *acquis*⁴⁷ di Schengen nel quadro dell' Unione, specificatamente al Titolo VI TUE, recante cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, il c.d. terzo pilastro, al cui interno si prevede una disciplina speciale per Gran Bretagna, Irlanda, Danimarca, Norvegia e Islanda. Una parte dell' *acquis* di Schengen viene incluso anche nel primo pilastro, mostrando una comunitarizzazione della disciplina graduale e selettiva, la quale ha tuttavia dato vita ad un innovativo accostamento tra metodo intergovernativo e comunitario nonché ad un' integrazione differenziata per gli Stati in base alle proprie esigenze.

Il Consiglio europeo di Tampere (1999) oltre a ribadire l' obiettivo di rendere l' Unione “uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, dichiara la necessità di sviluppare politiche di controllo dell' immigrazione irregolare e parallelamente politiche di integrazione per gli stranieri regolarmente soggiornanti. Preannunciando così quella logica binaria di controllo e repressione dell' immigrazione illegale, da un lato, e parziale inserimento nella società dei migranti “regolari”, dall' altro, che contraddistingue le politiche europee in materia⁴⁸. Un' altra costante del pensiero comunitario, che si evince da questo quadro, è la visione del fenomeno migratorio come funzionale rispetto alle esigenze sociali ed economiche degli Stati membri. In base a quest' ottica vengono selezionate le persone considerate più “utili” e si allontanano gli “indesiderati”.

I propositi di comunitarizzazione della disciplina enunciati precedentemente vennero tuttavia smentiti nei vertici successivi che misero in luce la persistente volontà degli Stati di avocare a sé tali competenze, in particolare dopo gli eventi dell' 11 settembre 2001, i quali ebbero altresì l' effetto di rin vigorire il binomio immigrazione-sicurezza ed il conseguente inasprimento delle misure di polizia degli stranieri. Il Trattato di Nizza del 2000 fu siglato con l' intento di proseguire sulla via della realizzazione di una politica comunitaria in materia d' immigrazione, ma di fatto non modificò sostanzialmente il Trattato di Amsterdam.

Nel dicembre del 2001 al Consiglio europeo di Laeken si trattò principalmente del rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne e della lotta all' immigrazione clandestina, pur ribadendo gli obiettivi stabiliti a Tampere. Nel 2002 a Siviglia si misero da parte le intenzioni riguardanti le politiche di integrazione per incentivare l'

delle persone, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 263 ss.

47 Corpus di norme che comprende: l' accordo firmato a Schengen (14 giugno 1985), la Convenzione di applicazione del 1990, gli accordi e i protocolli di adesione degli altri Stati membri, gli atti del Comitato esecutivo e altri atti derivanti dall' applicazione della Convenzione.

48 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 130.

azione di contrasto agli ingressi illegali, la limitazione delle concessioni di asilo e dei ricongiungimenti familiari, nonché l' aumento dei controlli nelle zone d' origine e di transito dei flussi attraverso accordi di riammissione e cooperazione da stipulare principalmente con i Paesi dell' est Europa e della zona nord del Mediterraneo⁴⁹. Tali patti prevedevano l' invio di funzionari europei ai valichi di frontiera⁵⁰, nonché la determinazione di quote privilegiate di ingressi per gli Stati terzi che collaboravano al rimpatrio dei propri cittadini o di persone che erano transitate dallo stesso; il tutto faceva trapelare i forti interessi in questo campo dei Paesi di destinazione. Durante il Consiglio europeo di Salonicco (2003) è stato esortato uno “studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale” dal quale è scaturita una comunicazione della Commissione. Nel documento si afferma che gli Stati devono adoperarsi al fine di integrare i migranti “regolari” nella società, nonché compiere ogni sforzo volto a rafforzare la cooperazione con i Paesi di origine e di transito. La Commissione in questa occasione ha avuto inoltre il modo di constatare che l' immigrazione illegale, nonostante i mezzi adottati dagli Stati europei per contrastarla, perdura ormai da molti anni.

A Bruxelles (2004) è stato dato rilievo soprattutto al tema dell' integrazione dei migranti regolarmente soggiornanti e si è sancito il doveroso rispetto da parte degli Stati della Carta di Nizza per quanto riguarda le decisioni adottate in materia d' immigrazione ed asilo. Affermazioni che avrebbero dovuto portare ad un' analisi critica delle politiche comunitarie e nazionali ispirate ad un controllo repressivo della clandestinità e miranti ad un' “immigrazione zero”⁵¹. Alle linee tracciate a Bruxelles non sono seguite tuttavia misure concrete, come dimostra il Programma dell' Aia (2005-2010) che stabilisce le priorità per rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In esso è emersa l' avversione degli Stati membri ad europeizzare le politiche migratorie, oltre ad una sempre crescente tendenza ad accostare l' immigrazione clandestina alla criminalità e al terrorismo.

Nell' ottobre del 2004 è stato firmato a Roma il Trattato che istituisce una Costituzione per l' Europa, il quale eliminava la classica suddivisione in pilastri ed esortava la

49 Nelle conclusioni si legge “il Consiglio europeo insiste affinché in qualsiasi futuro accordo di cooperazione, accordo di associazione o accordo equivalente che l' Unione europea o la Comunità europea concluderà con qualsiasi Paese sia inserita una clausola sulla gestione comune dei flussi migratori, nonché sulla riammissione obbligatoria in caso di immigrazione clandestina”.

50 Ancora oggi si assiste al sempre più incisivo potenziamento dell' assistenza riguardante la gestione delle frontiere dei Paesi terzi da cui partono o transitano i flussi migratori verso l' Europa. Tale azione viene implementata attraverso l' addestramento delle guardie e dei funzionari di tali Paesi, oltre alla costante fornitura di tecnologie biometriche e di sorveglianza.

51 Il Consiglio, attraverso una serie di Risoluzioni risalenti al 1994, mostra la propria volontà di impedire gli ingressi per fini occupazionali e di esercizio di un' attività autonoma.

comunitarizzazione della disciplina dell'immigrazione inserendola in un unico capo. Tale ambito veniva considerato come un tassello dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”⁵², per cui l'Unione assumeva una competenza a legiferare in materia concorrente con gli Stati membri, lasciando tuttavia a questi ultimi la piena facoltà nel decidere il numero di cittadini di Paesi terzi che potevano entrare nel loro territorio. Rispetto alla normativa vigente il nuovo accordo era caratterizzato per la migliore definizione delle misure riguardanti la gestione dei flussi migratori e per la chiara esplicitazione dei diritti spettanti ai cittadini extracomunitari legalmente soggiornanti, nonché di quelli riconosciuti alle persone vittime di tratta⁵³. Oltre a ciò, erano previste norme che inasprivano ulteriormente le misure volte alla prevenzione ed al contrasto dell'immigrazione clandestina. Nel trattato vi erano inoltre delle formulazioni poco chiare come quelle che si riferivano alla Carta di Nizza. Nelle disposizioni riconducibili ai migranti si riconoscevano, infatti, a questi ultimi deboli tutele che potevano essere ulteriormente comprese a causa delle complesse procedure di regolarizzazione e della difficoltà di mantenere tale posizione. Contraddittoria appariva anche la decantata volontà di unificare la disciplina dell'immigrazione da un lato, e dall'altro, la pratica degli Stati e della stessa Unione, la quale tende sempre più a parcellizzare l'individuo e quindi i connessi diritti, distinguendo tra cittadini comunitari, neo-comunitari (cittadini di nuovi Stati membri) e stranieri a loro volta suddivisi in “regolari” e “irregolari” (gli ultimi di questa scala gerarchica, a cui spettano i diritti fondamentali più sottili). Nel documento si rinforzava altresì la cooperazione in materia di controlli e polizia. Com'è noto, tuttavia, il Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa non è mai entrato in vigore a causa del blocco apposto da Francia e Olanda, conseguentemente all'esito negativo dei due referendum popolari indetti.

A questa sconfitta l'Unione europea rispose attraverso l'elaborazione del Trattato di Lisbona il quale riprende quasi totalmente i contenuti del documento precedente, ma allo stesso tempo modifica quegli elementi che avevano impedito la sua approvazione, tra i quali spicca la denominazione stessa di Costituzione⁵⁴. Entrato in vigore il primo

52 Uno spazio garantito solamente ai cittadini europei, nella cui definizione viene posto l'accento principalmente sulla sicurezza, delineandolo così come luogo di restrizioni per i non cittadini, soprattutto se “irregolari”.

53 Soggetti che migrano subendo diverse forme di coercizione e senza il loro consenso vengono sfruttate economicamente o sessualmente. In seguito alla loro peculiarità, godono di un trattamento giuridico speciale.

54 Relativamente alle previsioni del Trattato di Lisbona si faccia riferimento a C. Favilli, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 2/2010, pp. 13 ss. Il momento di stallo causato dalla mancata ratifica del Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa fu superato grazie ad una conferenza

dicembre 2009 il trattato non abroga quelli antecedenti, introducendo tuttavia importanti cambiamenti come la definizione del Trattato sulla Comunità europea quale Trattato sul funzionamento dell' Unione europea (TFUE) e la modifica sostanziale del Trattato sull' Unione europea (TUE). Altra rilevante trasformazione consiste nell' eliminazione della struttura a tre pilastri istituita a Maastricht. Il Trattato di Lisbona nel Titolo V del TFUE, all' art. 67, par.2, sancisce la competenza dell' Unione ad implementare una politica comune in tema di immigrazione, visti, frontiere e asilo (con la connessa facoltà di adottare decisioni, direttive e regolamenti). Uno sconvolgimento se si considera che il Trattato sulla Comunità europea permetteva alla stessa di attuare solamente norme minime in materia, lasciando ampio margine di manovra agli Stati membri. Una certa libertà viene tuttavia riconosciuta a questi ultimi dall' art. 70 TFUE, il quale afferma che il Titolo V TFUE non rappresenta un freno all' azione statale finalizzata alla tutela dell' ordine pubblico e della sicurezza interna. Per quanto riguarda il potere d' iniziativa legislativa, esso spetta alla Commissione europea tranne per il settore della cooperazione di polizia giudiziaria e penale in cui tale potere è condiviso con un quarto degli Stati membri; la procedura legislativa ordinaria è inoltre basata sul metodo della codecisione⁵⁵. La competenza comunitaria in materia di visti, immigrazione ed asilo è concorrente con quella degli Stati, i quali possono quindi legiferare laddove l' Unione non abbia esercitato il proprio potere o ha deciso di cessarlo. Si deve inoltre operare in ossequio al principio di sussidiarietà, ovvero nel momento in cui lo Stato non riesce a raggiungere l' obiettivo prefissato, l' Unione interviene. Le istituzioni comunitarie

intergovernativa volta all' accordo tra gli Stati membri circa un nuovo trattato che ne salvasse la sostanza. Il prodotto dell' intesa è il Trattato di Lisbona, il quale opera alcune modifiche volte a “riparare” quegli elementi che avevano impedito l' adozione della Costituzione europea. Vengono innanzitutto eliminate le espressioni cariche di significati evocativi, tra cui la parola stessa “Costituzione” ed il termine “legge” per indicare le direttive, il quale richiamava eccessivamente la legislazione nazionale, paventando un' eccessivo spostamento di competenze dallo Stato all' Unione europea. Inoltre il nuovo trattato si pone in continuità con quelli precedenti, emendandoli semplicemente ed evitando così una loro incorporazione in un unico testo, come era previsto invece dal trattato non ratificato. Le novità introdotte con il Trattato di Lisbona in realtà non sono così inedite in quanto erano già contenute nella Costituzione europea, infatti le differenze tra i due riguardano principalmente delle concessioni, più politiche che giuridiche, riconosciute dall' UE agli Stati membri. Esempi di questi “favori” sono la clausola di esclusione (*opt-out*) che ha ottenuto il Regno Unito relativamente alla Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea, in seguito alla quale potrà non applicare la suddetta Carta sul proprio territorio; inoltre conseguentemente alle pressioni della Francia venne eliminato come obiettivo dell' UE l' istituzione di un mercato comune dominato dalla libera concorrenza, tuttavia l' elemento della concorrenza appare in un Protocollo aggiuntivo. Il fallimento del tentativo di adottare una Costituzione per l' Europa fu, come riconosciuto dalle stesse istituzioni, il risultato della crescente sfiducia nei confronti dell' ampliamento ad Est e dei possibili futuri allargamenti (Turchia), la scarsa comprensione dei cittadini per il nuovo ambizioso progetto nonché il profilarsi di una congiuntura economica sfavorevole. (Cfr. B. Nascombene, A. Lang, *Il Trattato di Lisbona: l' Unione europea a una svolta?*, in *Il corriere giuridico*, 2007, www.forumcostituzionale.it).

⁵⁵ La quale prevede l' intervento del Parlamento europeo quale codecisore e la maggioranza qualificata per le delibere del Consiglio.

devono agire altresì in conformità con il principio di proporzionalità in base al quale la loro azione non deve eccedere rispetto a quanto richiesto per realizzare un determinato fine.

Il paragrafo 1 dell' art. 77 TFUE enuncia che “l' Unione sviluppa una politica volta a eliminare i controlli alle frontiere interne e a garantire i controlli e la sorveglianza efficace alle frontiere esterne; questi ultimi controlli saranno effettuati sviluppando il concetto di sistema integrato di gestione delle frontiere esterne elaborato dalla Commissione europea e condiviso dal Consiglio che vede nella Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne l' organismo chiave per la sua attuazione”. L' agenzia incaricata di organizzare l' intervento congiunto degli Stati membri finalizzato al controllo dei confini europei è denominata Frontex⁵⁶. L'amministrazione delle frontiere nonché delle guardie preposte alla loro vigilanza rimane tuttavia essenzialmente di competenza nazionale, nonostante debba essere in armonia con il sistema normativo comunitario. L' Unione, in base a quanto previsto dall'art. 79 TFUE, ha la facoltà di implementare una politica comune⁵⁷ d' immigrazione finalizzata a gestire i flussi migratori in entrata, il trattamento degli stranieri regolarmente soggiornanti, l' opposizione alla tratta di esseri umani, nonché la prevenzione e il contrasto dell' immigrazione clandestina. In riferimento a quest' ultimo

56 Istituita con regolamento 2004/2007/CE e in funzione dall' ottobre 2005, Frontex si occupa di coordinare la cooperazione tra gli Stati membri circa le operazioni di controllo delle frontiere esterne all' Unione europea, di assistere i Paesi terzi nella formazione delle guardie frontaliere, nonché di supportarli nelle operazioni di rimpatrio e in situazioni di emergenza. L' agenzia coopera con Stati terzi al fine di contrastare l' immigrazione illegale via mare, terra ed aerea soprattutto nelle zone più a rischio, ovvero il confine europeo meridionale ed orientale. La collaborazione prevede anche operazioni di pattugliamento congiunto, tra Stati europei e non, alle frontiere marittime in acque internazionali, nell' intento di esternalizzare i controlli e conseguentemente responsabilizzare i Paesi di transito nel trattenimento e deportazione dei migranti. Allo scopo di imprimere maggiore incisività a tali operazioni, nel 2007 sono state create delle squadre di intervento rapido alle frontiere (RABIT), le quali forniscono assistenza tecnica e operativa alle guardie nazionali di confine in periodi di grande afflusso di migranti. L' effetto di questa militarizzazione e chiusura dei confini è la crescita dell' irregolarità nella sua versione più disperata, della pericolosità degli itinerari seguiti per sfuggire a radar e blocchi, nonché della mancata tutela dei diritti riconosciuti internazionalmente come il divieto di respingimenti collettivi e la tutela di richiedenti asilo e minori, rispediti, come pacchi, al mittente. Oltre a ciò è da considerare il fatto che è nettamente minore il numero di persone che attraversano il Mediterraneo rispetto a coloro che entrano clandestinamente attraverso le frontiere terrestri, gli aeroporti internazionali e ancor più sono coloro che si trattengono nel territorio dello Stato oltre la durata prevista dal permesso di soggiorno breve (3 mesi), mettendo così in seria discussione l' efficacia e la necessità di tali misure. (Cfr. F. Vassallo Paleologo, *Esternalizzazione dei controlli di frontiera e diritti fondamentali dei migranti*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2008). (Cfr. F. Vassallo Paleologo, *Obblighi di protezione e controlli alla frontiera. La nuova dimensione esterna delle politiche comunitarie in materia di immigrazione e asilo*, in www.meltingpot.org, 30 marzo 2010).

57 Il Trattato di Lisbona convalida la disciplina speciale di Regno Unito, Irlanda (esclusi dal Titolo V TFUE ma con l' opzione di poterne accogliere singole misure) e Danimarca (del tutto esclusa dal Titolo V TFUE ad eccezione delle misure relative all' elenco di Stati terzi i cui cittadini devono possedere il visto d' ingresso per l' attraversamento delle frontiere esterne e delle disposizioni legate all' acquis di Schengen, in quanto essa è parte dell' Accordo).

ambito essa può prendere misure inerenti l' ingresso e soggiorno irregolari, compresi rimpatrio e allontanamento. Un buon livello di autonomia è conservato dagli Stati per quanto riguarda la fissazione del limite massimo di ingressi di lavoratori di Paesi terzi nel proprio territorio e per le politiche d' integrazione. La norma che prevede la libertà di stabilire le quote d' entrata è formulata in modo estremamente vago, paventando la possibilità per gli Stati di ridurre al minimo l' ingresso di stranieri sul proprio territorio, con il conseguente aumento dell' irregolarità generata da misure eccessivamente restrittive⁵⁸. Il paragrafo 3 del già citato art. 79 TFUE sancisce la competenza dell'Unione europea a siglare accordi di riammissione, la quale è concorrente con quella degli Stati parte dell' Unione che sono quindi liberi di stipulare accordi bilaterali di questo genere. Per quanto riguarda il ruolo della Corte di giustizia, il Trattato di Lisbona elimina le limitazioni precedenti riguardanti il settore dell' immigrazione, visti ed asilo, prevedendo la possibilità per la Corte di ricevere i ricorsi in via pregiudiziale⁵⁹ presentati dai giudici nazionali, i quali possono ora sollevare questioni inerenti il diritto comunitario. La Corte sentenza sulla validità della norma o sulla sua interpretazione fornendo al giudice nazionale lo strumento per dirimere nel modo corretto la controversia pendente dinanzi a lui.

Nel 2009, allo scadere del programma dell' Aia, è stato adottato il c.d. Programma di Stoccolma⁶⁰ relativo al quinquennio 2010-2014 in materia di libertà, sicurezza e giustizia. La Commissione in tale contesto ha esortato gli Stati membri alla gestione comune dei flussi migratori finalizzata al controllo e al monitoraggio delle frontiere (rafforzando e rifinanziando Frontex), nonché all' esigenza di modellare il fenomeno in base alle caratteristiche del mercato del lavoro. Nel testo si afferma che gli Stati devono cooperare affinché i migranti godano di pari diritti all' interno dell' Unione europea, ma allo stesso tempo proseguire la politica di detenzione ed espulsione. Viene ribadita inoltre l' importanza di rafforzare la collaborazione con i Paesi di origine e di transito al fine di realizzare un approccio comune in tema di riammissione, privilegiando i rimpatri volontari ed adoperandosi affinché questi avvengano nel pieno rispetto del principio di *non refoulement*, nonché dei diritti e dignità dei migranti. Si incoraggia l' effettiva

58 C. Favilli, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell' Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, cit., p. 27.

59 Nel caso in cui il rinvio pregiudiziale sia riferito ad un procedimento che coinvolge una limitazione della libertà personale, il giudice nazionale può richiedere un iter d' urgenza per limitare i normali tempi d' attesa che sono di circa 18 mesi.

60 Il quale concretizza gli obiettivi fissati nel Patto europeo sull' immigrazione e l' asilo del 2008 che tra le altre cose sancisce la "cooperazione pratica" tra le forze di polizia dei Paesi membri ma altresì con i Paesi d' origine e di transito dei flussi.

osservanza degli accordi di riammissione e delle norme che prevedono sanzioni per i datori di lavoro che impiegano manodopera illegale. Ciò nonostante, una lettura più critica di tale documento permette di notare i frequenti richiami al termine “cittadino europeo”, discriminando così i migranti nel godimento di libertà e diritti. Vengono altresì ampliati i poteri delle agenzie preposte alla sorveglianza delle frontiere procedendo di fatto alla loro militarizzazione, la quale talvolta comporta l' inosservanza del principio di *non refoulement* e del divieto di respingimenti collettivi. Si incentivano gli accordi con quei Paesi di transito che si dovrebbero occupare di contenere e rimpatriare i migranti che si spingono verso i confini europei, senza considerare che molti di questi Stati sono regimi autoritari in cui non vengono garantiti i diritti fondamentali minimi, come in Libia, Egitto e Tunisia. Vittime di queste politiche sono le persone intercettate in mare, tra cui donne, minori e potenziali richiedenti protezione umanitaria, che nella noncuranza delle forze di polizia e nell' indifferenza dell' opinione pubblica, vengono respinte nei centri di detenzione nordafricani e nei deserti libici, ad eccezione di chi non riesce nemmeno a portare a termine la traversata⁶¹.

b) L' attività normativa dell' Unione europea

In questo contesto non è possibile dare completa menzione degli atti prodotti dagli organi dell' Unione europea in materia di immigrazione clandestina, tuttavia si deve tener conto dell' attività della Commissione che annualmente adotta delle comunicazioni relative alla lotta contro l' immigrazione irregolare che ruotano intorno alle già citate priorità comunitarie: il coordinamento del controllo delle frontiere esterne con l' ausilio di tecnologie avanzate, il contrasto alla tratta degli esseri umani, le sanzioni per i datori di lavoro che impiegano manodopera illegale, la cooperazione con i Paesi terzi in generale ed in particolare la stipula degli accordi di riammissione.

Per quanto riguarda l' attività più propriamente normativa dell' Unione europea, degna di nota è la decisione 2002/90 relativa all' inasprimento delle pene per coloro che favoriscono l' ingresso, il transito ed il soggiorno illegali di cittadini extracomunitari. Tale disposizione è volta a far ricadere sul vettore, che trasporta i migranti nel territorio degli Stati europei, notevoli incombenze. Ad essi spetta il controllo dei documenti e dei permessi, oltre all' onere di riprendere con sé e riportare nel Paese di provenienza i

61 Cfr. F. Sossi (intervista a F. Vassallo Paleologo), *UE: Programma di Stoccolma*, in www.storiemigranti.org, gennaio 2010 e F. Vassallo Paleologo, *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti*, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 23 ss.

soggetti a cui non viene accordato l'ingresso nel territorio europeo.

In tema di allontanamento rilevante è la direttiva 2001/40/CE del Consiglio inerente il mutuo riconoscimento tra gli Stati membri delle misure di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi. I Paesi europei, in ossequio alla normativa, si devono adoperare al fine di rendere effettivi i provvedimenti di espulsione dei migranti che entrano o soggiornano irregolarmente attraverso la cooperazione con gli altri Stati membri. A tale direttiva è seguita la decisione 2004/191 riguardante l'allontanamento dal territorio europeo dello straniero "irregolare" che ha violato le norme nazionali in materia di ingresso e soggiorno, o che viene accusato di rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale. Nella suddetta decisione vengono stabiliti i criteri per la compensazione degli squilibri finanziari, ovvero una ripartizione degli oneri tra tutti gli Stati membri affinché non gravino solamente su quelli maggiormente coinvolti dal fenomeno dell'immigrazione illegale⁶². Significativa in materia è inoltre la direttiva del 29 aprile 2004 (2004/38/CE) in cui all'art. 28 si afferma la necessità di prendere in considerazione la condizione familiare dell'individuo su cui pende il provvedimento di espulsione, ovvero i legami parentali, prima di dare attuazione alla misura.

Il regolamento n. 562 del 2006 è stato elaborato dalle istituzioni comunitarie al fine di realizzare un codice comunitario relativo all'attraversamento delle frontiere (Codice frontiere di Schengen), all'interno del quale si disciplina il respingimento dei soggetti che oltrepassano i confini in modo irregolare o senza documenti validi, nonché la sorveglianza dei valichi.

Nella convinzione che lo sfruttamento dei migranti "irregolari" sia nocivo per l'economia dell'Unione europea, è stata emanata la direttiva 2009/52/CE (18 giugno 2009) relativa a norme minime per il sanzionamento di datori di lavoro che impiegano illegalmente cittadini di Paesi terzi⁶³.

Un'approfondimento maggiore merita la c.d. direttiva rimpatri (2008/115/CE) approvata il 16 dicembre 2008, la quale conferisce agli Stati membri la competenza ad

62 L'Unione europea ha elaborato altresì: la direttiva 2003/110/CE sull'assistenza nell'ambito dei provvedimenti di espulsione per via aerea, la decisione 2004/573/CE relativa ai voli congiunti al fine di eseguire l'allontanamento e la decisione 2007/575/CE che istituisce il Fondo europeo per il rimpatrio.

63 La direttiva prevede inoltre che il cittadino del Paese terzo in condizione illegale non possa rivendicare un diritto di ingresso, soggiorno e accesso al mercato del lavoro in virtù del lavoro svolto. Tuttavia il datore di lavoro dovrebbe pagare tutte le retribuzioni dovute al soggetto, i contributi previdenziali e le relative imposte. Gli Stati membri, inoltre, hanno la facoltà di rilasciare dei permessi di soggiorno di breve durata a coloro che sono stati sfruttati in modo significativo sul posto di lavoro, ai minori assunti irregolarmente ed a chi collabora con le autorità in relazione a processi penali contro i propri datori.

allontanare i cittadini dei Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto del diritto d' asilo, del principio di *non refoulement*, dei diritti fondamentali e della dignità umana. Le deroghe ai provvedimenti di espulsione riguardano: i migranti privi del permesso di soggiorno dello Stato in cui sono presenti ma in possesso dell' autorizzazione a risiedere in un altro Stato membro (e intendono recarvisi nell' immediato o questo è possibile in virtù di accordi bilaterali), i cittadini extracomunitari la cui posizione irregolare è stata sanata tramite provvedimenti statali e coloro che hanno già avviato la pratica per il rinnovo del permesso di soggiorno. Le garanzie procedurali previste nella suddetta direttiva stabiliscono che ogni misura di rimpatrio, diniego d' ingresso ed allontanamento venga motivata in fatto ed in diritto dallo Stato attraverso un atto il quale deve essere necessariamente tradotto in una lingua comprensibile al soggetto in questione. Il documento deve inoltre contenere tutte le informazioni necessarie affinché sia possibile per lo straniero azionare un ricorso avverso tale provvedimento circa la legalità e la fondatezza dello stesso⁶⁴. La direttiva disciplina inoltre il trattenimento ai fini dell' espulsione del migrante “irregolare”, garantendo allo straniero sottoposto alla privazione della libertà personale il riconoscimento di diritti sostanziali come il divieto di subire trattamenti inumani e degradanti, nonché una durata minima della detenzione dei minori e delle famiglie con minori. Il termine massimo della trattenimento previsto dalla direttiva è stato stabilito di 6 mesi, prorogabile a 12 in caso di mancata collaborazione ai fini dell' identificazione da parte dello stesso migrante o del Paese terzo di cui è cittadino. Si può notare come la politica comune europea di contrasto all' immigrazione clandestina sia minima, ovvero permetta agli Stati di predisporre misure più favorevoli ma allo stesso tempo maggiormente limitative, come spesso accade, i cui effetti possono essere eccessivamente nefasti. Ne è un esempio il prolungamento fino a 6 mesi previsto dalla legge italiana 94/2009 del trattenimento presso i Centri di Identificazione ed Espulsione dei migranti in attesa di rimpatrio.

La direttiva rimpatri, dopo aver disciplinato l' adozione delle misure di allontanamento, passa alla loro implementazione. All' art. 6 bis, infatti, prevede un periodo di partenza “volontaria” (da 7 a 30 giorni) entro il quale il cittadino extracomunitario può decidere di allontanarsi dallo Stato europeo, con possibili proroghe, ma anche restrizioni. La stessa locuzione “volontaria” appare mistificante dato che in realtà si vuole intendere un

⁶⁴ Il ricorso consente al soggetto di sottoporre la decisione di rimpatrio, diniego d' ingresso o di allontanamento alla revisione da parte di un' autorità competente ed imparziale. Lo Stato deve inoltre garantire l' assistenza legale gratuita allo straniero, nonché per tutto il periodo necessario all' esame del ricorso deve essere riconosciuto all' individuo il diritto all' unità familiare, alle prestazioni sanitarie d' urgenza e l' accesso alla formazione di base.

ritorno obbligato. Scaduto tale termine lo Stato deve adottare tutte le misure (coercitive) necessarie al rimpatrio, le quali devono essere “proporzionate e ragionevoli”. Tuttavia non si può omettere di rilevare come possa essere giudicata proporzionale e ragionevole la detenzione di coloro che violano norme di natura amministrativa legate all' ingresso e al soggiorno in uno Stato europeo⁶⁵.

Un ulteriore punto critico del documento è: la previsione di una detenzione amministrativa eccessivamente prolungata che incide fortemente sulla libertà personale dell' individuo, la possibilità di trattenere negli appositi centri (ma anche in istituti penitenziari, seppur separati da quelli ordinari) oltre che migranti senza documenti, anche richiedenti asilo in attesa della sempre meno scontata approvazione della richiesta, soggetti vulnerabili e minori non accompagnati. Simbolo, conseguenza o causa della sempre più pervasiva logica che equipara lo straniero ad un criminale. L' articolo 5 della direttiva in questione asserisce che “l' interesse superiore del bambino, la vita familiare, le condizioni di salute del cittadino di un Paese terzo” devono essere “tenute nella debita considerazione”, quindi, senza un vincolante impegno al rispetto di questi elementi, si apre la strada alla loro violazione. Questo è difatti quello che accade nella detenzione dei minori stranieri presso i centri per migranti, relativamente alla quale non si può certo parlare di “interesse del minore”, la cui condizione dovrebbe invece essere presa in debita considerazione ed analizzata attentamente caso per caso. Analogamente, l' allontanamento dei minori non accompagnati risulta carente di effettive tutele. Per i minori, così come per gli stranieri “inutili” dal punto di vista economico e considerati un onere sociale per lo Stato, si profila la logica di eliminare il prima possibile il problema e ove sussistono garanzie, esse hanno più la forma che il reale contenuto di principi volti a salvaguardare l' interesse dell' individuo⁶⁶.

L' allontanamento del migrante “irregolare”, come previsto dalla direttiva, può avvenire in direzione dei Paesi di provenienza, ma altresì di quelli transito, con i quali si stipulano accordi nell' indifferenza, ma nella consapevolezza di consegnare degli individui nelle mani di regimi dittatoriali i quali non rispettano i più minimi diritti, come la Libia che non ha nemmeno ratificato la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati. La logica sottostante è l' erogazione di aiuti, benefici commerciali e quote privilegiate di ingresso regolare per i cittadini di quel Paese terzo che si impegna a bloccare ed espellere coloro che intendono migrare verso una sempre più fortificata

65 A. Algostino, *La direttiva “rimpatri”: la fortezza Europa alza le mura*, in www.forumcostituzionale.it, 16 luglio 2008, p. 2.

66 A. Algostino, *La direttiva “rimpatri”: la fortezza Europa alza le mura*, cit, pp. 5-7.

Europa⁶⁷.

La direttiva prevede inoltre regole processuali distinte per i migranti “irregolari”, paventando la possibilità di eliminare l' effetto sospensivo del ricorso e di limitare le informazioni riguardanti le motivazioni in fatto per ragioni di ordine pubblico e sicurezza. Per quanto inerisce la traduzione dei documenti, l' articolo 12, par. 2, subordina la stessa all' invio della relativa richiesta, nonché il par. 3 dell' articolo 12 contempla la possibilità di negarla a chi è entrato irregolarmente nel territorio nazionale senza ottenere in seguito un' autorizzazione o diritto di soggiorno, per i quali le decisioni connesse al rimpatrio sono adottate per mezzo di modelli uniformi. In tal modo si rischia di omologare una pratica che invece richiede una decisione individuale conseguente ad un' analisi attenta di ogni singolo caso⁶⁸.

Infine viene stabilito che ogni migrante colpito da un provvedimento di espulsione non possa far nuovamente ingresso nel territorio europeo per 5 anni, costringendolo così alla clandestinità, almeno fino al termine di tale divieto. Dei diritti fondamentali spettanti alla persona umana non ne rimane che un timido e inefficace richiamo, all' articolo 1, “in quanto principi generali del diritto comunitario e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell' uomo”. Diritti umani a cui va un generico rimando, profilandosi assai più consistenti le deroghe rispetto alle tutele. Quanto detto finora fa emergere la discrepanza tra le dichiarazioni di principio dell' Unione europea e le politiche che effettivamente realizza, ed è sulla base di queste ultime che dovrebbe essere valutata la sua attività.

A livello europeo si assiste alla proliferazione di strumenti volti al contrasto dell' immigrazione clandestina, collaborazioni tra le forze di polizia, gruppi di lavoro volti ad analizzare i mezzi più adatti per arginare il fenomeno, scavalcando ogni diritto fondamentale visto come non funzionale al perseguimento dello scopo, “con un crescente pregiudizio per la vita umana dei migranti definiti come clandestini, in parte richiedenti asilo ed in parte costretti all' ingresso irregolare per l' assenza di canali legali di ingresso per lavoro o per ricongiungimento familiare⁶⁹.

67 Cfr. F. Vassallo Paleologo, *Approvata la direttiva rimpatri. Il filo spinato che accerchia l'Europa*, in www.meltingpot.org, 18 giugno 2008.

68 C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 7 febbraio 2009, p. 10.

69 Cfr. F. Vassallo Paleologo, *Approvata la direttiva rimpatri. Il filo spinato che accerchia l'Europa*, cit.

1.2.2 Le Carte dei diritti fondamentali

Le misure adottate dall' Unione europea, sopra menzionate, sono mosse dalla volontà di contrastare l' immigrazione clandestina con scarsa attenzione per i diritti fondamentali dei migranti “irregolari”, i quali vengono ristretti proprio da tali disposizioni, nonché resi ancor meno definibili dall' intrecciarsi di norme internazionali, comunitarie e nazionali. L' azione comunitaria è carente soprattutto in relazione ai diritti sociali in quanto, volgendosi principalmente al contenimento dell' immigrazione illegale, non ha implementato interventi significativi in tal senso. La protezione sociale dello straniero viene lasciata essenzialmente alla regolazione statale. Le politiche europee e statali hanno l' effetto di comprimere le posizioni giuridiche dei migranti, troppo spesso ostacolando l' accesso alla procedura per il riconoscimento del diritto d' asilo, lo *status* di rifugiato, il ricongiungimento familiare e la protezione riservata ai minori. Questo atteggiamento è tipico di quegli Stati che a causa della loro posizione geografica sono maggiormente interessati dalle migrazioni clandestine, a cui hanno reagito attraverso i respingimenti alle frontiere marittime ed aeree. In tal modo si è violata l' effettività delle norme relative allo *status* di rifugiato nelle quali si prevede il potere-dovere dello Stato di valutare singolarmente la condizione di ogni soggetto. Logica conseguenza delle politiche nazionali volte in senso particolarmente restrittivo è dunque l' impossibilità per i migranti di accedere: alle procedure per il riconoscimento di forme di protezione internazionale, al diritto di ricongiungersi con i propri familiari residenti in uno Stato europeo nonché alla tutela universalmente riconosciuta al minore. I respingimenti di massa attuati da alcuni Stati (tra cui Italia, Malta, Spagna, Francia, Grecia, Turchia) per contrastare gli sbarchi di migranti clandestini si sono posti fortemente in contrasto rispetto: ai diritti fondamentali, al divieto di respingere un soggetto senza aver valutato prima la sua condizione, nonché all' obbligo di consentire a coloro che fanno domanda d' asilo di soggiornare temporaneamente sul territorio nazionale⁷⁰.

Nel corso degli anni sono stati elaborati dei documenti il cui scopo è quello di salvaguardare i diritti spettanti agli individui in quanto tali, dai quali si possono evincere le tutele che spettano ai migranti “irregolari”, fatte salve le disposizioni riservate ai soli cittadini. I diritti fondamentali non venivano citati nei primi trattati della Comunità europea, se non scarsi riferimenti a quelli funzionali al perseguimento dei predominanti obiettivi economici. Successivamente crebbe la presa di coscienza della rilevanza dei

⁷⁰ P. De Pasquale, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell' UE*, in *Il diritto dell' Unione Europea*, fasc. 1/2010, pp. 49-51.

diritti della persona umana e ad oggi vengono menzionati al fine di legittimare l'azione stessa degli Stati.

Tuttavia è principalmente in ambito non comunitario, ma comunque europeo, che si affermano più incisivamente i diritti spettanti alla persona umana in quanto tale. L'elaborazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950), in seno al Consiglio d'Europa⁷¹, rappresenta infatti una basilare e solenne dichiarazione dei diritti umani. Il documento attribuisce varie competenze a due organi preposti alla salvaguardia dei principi ivi contenuti: la Corte europea dei diritti dell'uomo (con sede a Strasburgo) e il Comitato dei ministri. Il primo è l'organo giudiziario al quale si possono rivolgere gli Stati e gli individui⁷² in caso di violazione dei diritti e delle libertà sanciti nella CEDU e nei Protocolli ad essa allegati che nel corso degli anni ne hanno ampliato la portata. Il secondo organo, invece, ha funzioni esecutive, ossia di vigilanza sull'effettiva osservanza delle sentenze della Corte. Altro strumento degno di nota è la Carta sociale emanata nel 1961 e poi modificata nel 1996 con la denominazione di Carta sociale riveduta, nella quale si sanciscono diritti economici e sociali a completamento di quelli civili e politici contenuti nella CEDU, ma essenzialmente riconosciuti ai cittadini dei Paesi membri del Consiglio d'Europa. Il riconoscimento dei diritti sociali nell'ambito del Consiglio d'Europa stanno assumendo gradualmente rilievo soprattutto per effetto delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In seno all'Unione europea è stata proclamata la Carta dei diritti fondamentali (in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 2000), la quale ha assunto efficacia vincolante solo nel 2009 con la modifica dell'art. 6 TUE da parte del Trattato di Lisbona che ha elevato la Carta al rango dei trattati; incidendo così direttamente sull'attività degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie. Il documento include essenzialmente i principi mutuati dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dai quali trae ispirazione anche la Corte di Giustizia, e dai diritti sanciti nella CEDU benché essa sia stata elaborata dal Consiglio d'Europa. Nella Carta di Nizza gli articoli che si riferiscono esplicitamente agli stranieri sono esigui. Il punto 3 art. 15 sancisce la parità

71 Istituzione indipendente rispetto all'Unione europea, è stata istituita nel 1949 e oggi comprende 47 Stati, la quasi totalità del continente europeo. I fini che persegue sono: la promozione della democrazia, i diritti umani, le diverse identità culturali e la stabilità economica.

72 L'articolo 34 della CEDU garantisce all'individuo, una volta esauriti i ricorsi interni, la possibilità di adire alla Corte per far valere direttamente il proprio diritto. Il ricorso individuale, inoltre, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 (1998) non è più subordinato all'accettazione da parte degli Stati delle competenze della Corte, configurando così la sua giurisdizione come "piena".

di trattamento tra i cittadini di Paesi terzi autorizzati a svolgere un'attività lavorativa negli Stati membri e i cittadini comunitari, l' art. 18 proclama il diritto d' asilo, l' art. 19 stabilisce le garanzie in caso di allontanamento, espulsione, estradizione e l' art. 22 afferma il rispetto per la “diversità culturale, religiosa e linguistica”. Per quanto riguarda i diritti spettanti alle persone presenti sul territorio comunitario, sia regolarmente che irregolarmente, vengono tutelati: la dignità umana, il diritto alla vita, il divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti, il rispetto della vita privata e familiare. La Carta prescinde da ogni riferimento alla cittadinanza per quanto riguarda l' esplicitazione del principio di eguaglianza e proclama all' art. 21 il divieto di discriminazione, specificando al comma 2 che “nell' ambito d' applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull' Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi”. Nonostante tali asserzioni, nella Carta di Nizza viene dedicato un intero capo ai diritti legati alla cittadinanza, prefigurando in linea di principio un' enorme disparità nel godimento dei diritti essenziali tra cittadini comunitari ed extracomunitari. Nel Preambolo si può leggere infatti che l' Unione “pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza” europea, aprendo così la strada alle distinzioni basate su tale presupposto con tutte le implicazioni che esse comportano.

Nell' ambito europeo i diritti sociali sono sempre stati considerati come parte delle competenze statali, tuttavia da qualche anno stanno assumendo rilievo, come mostra il riconoscimento dei “diritti sociali in quanto fondamentali” nel contesto del Trattato di Amsterdam. La consapevolezza dell' importanza di un modello sociale europeo al fine di concretizzare l' integrazione tra gli Stati membri ha accompagnato l' elaborazione della Carta di Nizza. Un piccolo passo avanti in questa direzione è stato fatto, ma si è ancora lontano dal venir meno dello stato di inferiorità dei diritti sociali nel contesto comunitario. La Carta relativamente ai migranti ha confermato una tendenza già in atto, ovvero la crescente connessione del godimento dei diritti sociali rispetto alla regolarità del soggiorno a scapito della cittadinanza⁷³.

1.2.3 La giurisprudenza della Corte di Giustizia

La Carta di Nizza e la CEDU vincolano gli Stati parte dell' Unione europea e del Consiglio d' Europa nella loro libertà d' azione nei confronti degli stranieri. Allo stesso

⁷³ G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 266-272.

tempo, i principi ivi contenuti, hanno rappresentato l' *input* per lo sviluppo di una vivace e fiorente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell' uomo. In ambito europeo la posizione dell' individuo riceve un grado di tutela maggiore rispetto al contesto internazionale grazie all' effettiva protezione giurisdizionale apprestata ai diritti umani, i quali si innestano in un “sistema multilivello” di garanzia caratterizzato dalla molteplicità di fonti, settori e gradi di operatività, di giudici.

La Corte di Giustizia (con sede a Lussemburgo) è un organo dell' Unione europea con il compito di fare da garante ai diritti fondamentali. Le principali competenze riguardano l' acquisizione delle informazioni circa: gli atti delle istituzioni europee, quelli adottati dagli Stati membri in attuazione del diritto comunitario e le giustificazioni presentate dagli Stati in relazione a deroghe ai diritti fondamentali che altrimenti risulterebbero contrarie alle norme comunitarie. L' attività della Corte di giustizia è tuttavia mossa dallo scopo prioritario dell' Unione europea, ovvero l' integrazione economica, per cui adotta una visione dell' immigrazione di tipo economicistico, considerando il migrante principalmente nella sua veste di “lavoratore” i cui interessi divengono subalterni rispetto a quelli statali e comunitari.

I canali di ingresso regolare per i cittadini extracomunitari, in territorio europeo, sono essenzialmente due: come lavoratore o per effetto del ricongiungimento familiare. L' UE ha infatti il potere di stipulare accordi di associazione o cooperazione con Paesi terzi permettendo in tal modo ai loro cittadini di entrare nella zona comunitaria per svolgere un' attività lavorativa, la quale è vincolata al possesso del permesso di soggiorno. D' altra parte, in ottemperanza delle normative che garantiscono il diritto al ricongiungimento familiare, i cittadini extracomunitari coniugati con un cittadino comunitario possono essere ammessi in Europa. Questa posizione è tuttavia precaria dato che la cessazione del rapporto di parentela priverebbe lo straniero extracomunitario del suo diritto a soggiornare nello Stato membro.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha stabilito la contrarietà rispetto al diritto comunitario dei respingimenti alla frontiera di coniugi extracomunitari di cittadini comunitari che tentano di entrare nel territorio dello Stato membro privi di visto o documento di riconoscimento, ma di cui il cittadino comunitario può provare l' identità ed il legame familiare. L' ingresso è accordato inoltre a condizione che il soggetto in questione non rappresenti una minaccia per l' ordine, la sicurezza e la salute pubblica⁷⁴.

⁷⁴ La Corte di Giustizia nella pronuncia del 25 luglio 2002 (causa C-459/99) *Mouvement contre le racisme, l' antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contro Belgio* ha dichiarato che “uno Stato membro non può respingere alla frontiera il cittadino di un paese terzo, coniugato con un cittadino di

Un diritto, questo, che non sembra essere riconosciuto in capo al cittadino del Paese terzo ma al cittadino comunitario, il quale gode della libertà di circolare e risiedere all'interno dell'Unione, nonché del rispetto della propria vita privata e familiare. Tuttavia la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha più volte tentato di estendere il godimento dei diritti derivanti dalla libera circolazione anche ai coniugi extracomunitari di un cittadino comunitario⁷⁵.

Rileva altresì la pronuncia della Corte di Giustizia, in riferimento a due cause riunite (n. C-261/08 e C-348/08 del 22 ottobre 2009) riferite a cittadini boliviani (Zurita Garcia e Choque Cabrera) presenti irregolarmente sul territorio spagnolo, colpiti da un provvedimento di espulsione in seguito al quale sussiste un divieto di reingresso nell'area Schengen per 5 anni. I due ricorrenti sostengono che lo Stato spagnolo nell'adottare tale misure, anziché una semplice ammenda, abbia violato il principio di proporzionalità, in quanto la normativa nazionale prevede che nel momento in cui il cittadino di un Paese terzo non ha il diritto di entrare o soggiornare sul territorio, in assenza di circostanze aggravanti, gli debba essere comminata un'ammenda. In tale sentenza viene disposta un'interpretazione della Convenzione di applicazione di Schengen e del Codice frontiere Schengen nel senso della non obbligatorietà per lo Stato membro di adottare un atto di espulsione nei confronti di un cittadino extracomunitario che non soddisfa o non soddisfa più le condizioni di soggiorno previste dalla normativa nazionale. La Corte afferma che la Convenzione di applicazione Schengen debba essere letta alla luce della legislazione in materia dello

uno Stato membro, che tenti di entrare nel suo territorio senza essere in possesso di una carta d'identità o di un passaporto validi o, se del caso, di un visto, quando il detto coniuge può provare la sua identità nonché il legame coniugale e se non esistono elementi in grado di stabilire che egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica”.

75 Nella sentenza *Carpenter* contro *Regno Unito* (11 luglio 2002) la Corte riconosce il diritto al ricongiungimento familiare a tutti coloro che sono beneficiari del diritto alla libera circolazione, a prescindere dalla esplicita previsione in una norma di diritto derivato da quello europeo. La Corte in tale occasione ha affermato che “si deve ricordare anzitutto che dai regolamenti e direttive del Consiglio relativi alla libera circolazione dei lavoratori subordinati e autonomi all'interno della Comunità deriva, in particolare, che il legislatore comunitario ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali enunciate dal Trattato”. Nella pronuncia, già menzionata, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contro Belgio*, la Corte, riproponendo quanto sostenuto in merito alla sentenza *Carpenter*, sostiene che dalle norme comunitarie si può estendere “in termini identici, l'applicazione del diritto comunitario in materia d'ingresso e di soggiorno nel territorio degli Stati membri al coniuge di un cittadino di uno Stato membro soggetto a tali disposizioni”. Nella causa C-413/99, del 17 settembre 2002, *Baumbast e R* contro *Secretary of State for the Home Department* si opera un tentativo di qualificare i diritti familiari come diritti autonomi, ovvero come spettanti al coniuge extracomunitario indipendentemente dagli spostamenti del cittadino comunitario. (Cfr. G. Scaccia, *Lo straniero nella giurisprudenza della corte di giustizia CE*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25 - 26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it).

Stato membro. Nelle conclusioni di tale sentenza viene sostenuto inoltre che l' articolo 4 della direttiva rimpatri permette al Paese di adottare disposizioni più vantaggiose nei confronti del cittadino del Paese terzo in condizione irregolare.

La Corte di Giustizia, in alcune pronunce, ha richiamato il principio secondo il quale ogni atto che incide su un diritto comunitario, anche in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione di un cittadino extracomunitario, debba essere sottoposto al sindacato giurisdizionale⁷⁶. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dovrebbe dunque essere riconosciuto altresì al cittadino di un Paese terzo colpito da un provvedimento di allontanamento, nonostante la Corte si sia finora pronunciata esclusivamente in riferimento a cittadini comunitari. Dalla pronuncia relativa al caso *Parlamento contro Consiglio* del 27 giugno 2006 sulla direttiva in materia di ricongiungimento familiare di cittadini extracomunitari, il giudice ha riconosciuto il diritto all' unità familiare come fondamentale facendo presagire l' impossibilità di attuare differenziazioni nel godimento dello stesso. Dalle affermazioni addotte dalla Corte, in riferimento alla possibilità di impugnare le decisioni relative al ricongiungimento davanti ad un giudice, si può desumere che anche nei casi inerenti i cittadini extracomunitari si possa garantire agli stessi la tutela giurisdizionale relativamente a quelle posizioni soggettive che vengono esplicitamente salvaguardate dall' ordinamento comunitario⁷⁷.

In tema di trattenimento in attesa di rimpatrio rileva il caso *Kadzoev* in merito al quale la Corte di Giustizia si è pronunciata il 30 novembre 2009 (causa C-357/09) interpretando la c.d. direttiva rimpatri. Il fatto riguardava il sig. Kadzoev arrestato alla frontiera bulgara ai confini con la Turchia privo dei documenti di identità, nei confronti del quale viene emanato un provvedimento di espulsione. In attesa dell' esecuzione di tale misura il soggetto è stato trasferito in un centro per migranti e data l' impossibilità di stabilirne l' identità viene considerato apolide, ma continua a rimanere nel centro in quanto non è stato possibile trovare un Paese terzo sicuro che lo potesse accogliere. Sulla base di quanto previsto dalla direttiva 2008/115, il periodo massimo di trattenimento è stabilito di 18 mesi. La Corte sostenne dunque che nel momento in cui non siano più possibili proroghe al trattenimento, ovvero si sia raggiunto il termine stabilito, lo Stato è obbligato a rimettere in libertà il soggetto detenuto presso un centro di permanenza anche se sprovvisto di validi documenti.

76 Rif. alle cause *Orfanopoulos e Olivieri* (del 29 aprile 2004), *Panayotova* (del 16 novembre 2004) e *Dörr e nal* (del 2 giugno 2005).

77 A. Liguori, *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l' espulsione dei migranti in Europa*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 3/2009, pp. 44-46.

1.2.4 La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo

La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di immigrazione non è molto vasta a causa delle limitate competenze conferitegli dalle istituzioni comunitarie. Al contrario la Corte europea dei diritti dell' uomo, in seno al Consiglio d' Europa, sta dando vita ad un' interessante e cospicua attività a riguardo grazie ad un' interpretazione espansiva della Convenzione europea dei diritti dell' uomo. Quest' ultima all' art. 1 definisce il raggio di applicazione del Titolo I recante diritti (umani) e libertà nonché dei Protocolli addizionali, ricomprendendo in esso ogni persona sottoposta alla giurisdizione di uno Stato contraente, senza alcuna distinzione tra cittadini e stranieri. Il termine “giurisdizione” fa riferimento, secondo la Corte, anche alle conseguenze che le azioni del potere statale generano al di fuori dei propri confini. La Convenzione, all' art. 14, sancisce, inoltre, il divieto di discriminazione fondata: “sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l' origine nazionale o sociale, l' appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”. Le distinzioni imperniate sulla cittadinanza non vengono menzionate, ma si considera che né la Convenzione né i Protocolli aggiuntivi discriminino sulla base di essa. Fermo restando il potere statale per quanto riguarda le decisioni inerenti l' ingresso, il soggiorno e l' allontanamento dei cittadini di Paesi terzi, la Corte riconosce ai non cittadini un livello di tutela tale da garantirgli il pieno godimento dei diritti derivanti dalla Convenzione, limitando di fatto l' azione degli Stati in questi ambiti⁷⁸.

a) Ingresso e trattenimento ai fini dell' espulsione

Le norme CEDU relative al contesto dell' ingresso di un cittadino di un Paese terzo sono: l' articolo 3 che sancisce il diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti e l' art. 5 che tratta del diritto alla libertà ed alla sicurezza. Deroghe a quest' ultimo principio sono ammesse solo se stabilite per legge⁷⁹ e riferite alle situazioni elencate nel punto 1, lett. f), art. 5, (al fine di escludere l' arbitrarietà delle autorità statali) in cui si prevede infatti la possibilità di limitare la libertà personale nel

⁷⁸ La salvaguardia delle garanzie minime riconosciute agli stranieri è ricollegabile direttamente all' art. 5 CEDU, tuttavia la Corte ha desunto ulteriori meccanismi di protezione dagli artt. 3, 8, 13, che verranno esplicitati in seguito. Tale forma di tutela viene definita “*par ricochet*”, ovvero una protezione indiretta del soggetto desunta da principi fondamentali caratterizzati da un' esteso ambito di applicazione.

⁷⁹ La legge deve essere chiara ed univoca per evitare qualsiasi rischio di applicazione arbitraria e consentire ai soggetti di conoscere precisamente quali sono i comportamenti che portano alla detenzione. In tal senso si è pronunciata la Corte nelle sentenze: *Nasrulloev* contro *Russia* dell' 1 settembre 2007 e *Shamsa* contro *Polonia* del 27 novembre 2003.

caso in cui “si tratta dell’ arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d’ espulsione o d’ estradizione”. Dal testo si può dedurre che di fatto non si distingue tale privazione della libertà personale dalla detenzione vera e propria. Solo il trattenimento ai fini dell’ espulsione può rappresentare dunque una legittima restrizione al principio della libertà personale. La Convenzione, di nuovo all’ art. 5, garantisce tuttavia al soggetto il diritto ad essere informato, in modo tempestivo ed in una lingua a lui comprensibile, dei motivi che hanno indotto le autorità ad emanare un provvedimento di espulsione (§ 2). Viene inoltre salvaguardato il diritto ad un ricorso effettivo di fronte ad un’ istanza nazionale nel caso in cui il soggetto abbia subito una violazione dei diritti e delle libertà sanciti nella CEDU (art. 13).

La giurisprudenza della Corte europea ha operato nel senso di porre sempre maggiori limiti al potere dello Stato. In tal senso il giudice europeo si è espresso nella sentenza *Aamur contro Francia* (25 giugno 1996) riguardante alcuni cittadini somali trattenuti nella zona di transito internazionale dell’ aeroporto di Parigi per 20 giorni sotto la costante vigilanza delle forze di polizia. Nel caso in esame è stata rilevata una violazione dell’ art. 5, par. 1, lett. f), in quanto una simile misura può essere adottata solo al fine di contrastare l’ immigrazione clandestina e comunque dev’ essere conforme ai trattati sui diritti umani ratificati dallo Stato. La Corte ha inoltre sostenuto che un eccessivo prolungamento della detenzione (la quale è inevitabile), ai fini della presa in carico della richiesta d’ asilo o dell’ esecuzione dell’ espulsione è da considerarsi un’ illegittima sottrazione della libertà personale e priverebbe il soggetto della facoltà di accedere alle procedure per il riconoscimento del diritto d’ asilo.

Più recentemente la Corte ha affermato in merito al caso *Zeciri contro Italia* (13 maggio 2004) l’ applicabilità dell’ art. 5 CEDU anche al trattenimento dei migranti nei centri di permanenza temporanea. Il giudice ha inoltre riconosciuto il diritto al soggetto vittima di ingiusto trattenimento ad essere risarcito, contrastando in tal modo con la tesi dominante che contesta l’ equiparazione di tali centri rispetto alle carceri⁸⁰.

Nella sentenza *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga contro Belgio* (12 ottobre 2006) il giudice europeo ha sostenuto che vi debba essere una certa proporzionalità tra la causa della restrizione della libertà e il luogo nonché il regime di detenzione. Il caso riguardava una bambina congolese di 5 anni che, accompagnata dallo zio cittadino olandese, era in viaggio verso il Canada dove si trovava la madre rifugiata politica. La

80 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 240-241.

bimba, priva dei documenti necessari, è stata detenuta in un centro per adulti belga senza nessun tipo di assistenza per poi essere espulsa in Congo ove non vi erano familiari ad attenderla. La Corte decretò una violazione dell' art. 3 e 8 della CEDU.

Rileva in questo contesto la causa *Riad e Idiab* contro *Belgio* (del 24 gennaio 2008) relativa a due palestinesi, i quali entrati in territorio belga senza visto avevano successivamente presentato domanda d' asilo. La richiesta gli fu negata e furono di conseguenza condotto presso un centro di detenzione per migranti al fine di procedere all' espulsione. Durante tale periodo una pronuncia giudiziaria dispose la loro rimessa in libertà. Nonostante questa decisione i due soggetti vennero trattenuti nella zona di transito dell' aeroporto di Bruxelles per oltre 10 giorni allo scopo di indurli volontariamente alla partenza. Di nuovo oggetto di una delibera da parte del giudice il quale stabilì l' obbligo di porre fine alla detenzione, vennero successivamente colpiti da un provvedimento di allontanamento e rinchiusi in un centro di permanenza per 20 giorni fino al loro definitivo rimpatrio. La Corte di Strasburgo, nel caso in questione, constatò la violazione dell' art. 5 relativamente al trattenimento nella zona di transito dell' aeroporto in quanto i soggetti erano stati abbandonati a sé stessi in un luogo considerato inadatto. Contrari al suddetto articolo erano anche altri elementi quali: l' assenza di un provvedimento che disponesse la restrizione della libertà personale, il termine indefinito della detenzione nonché il trattenimento nel centro per migranti senza documenti nella completa inosservanza dei provvedimenti giudiziari definitivi che ne disponevano la rimessa in libertà. La Corte ha sostenuto inoltre che il potere dello Stato di privare della libertà soggetti presenti illegalmente sul proprio territorio dev' essere conforme all' articolo 3 nonché alla CEDU nel suo complesso. Nel caso in specie, si è verificata inoltre una violazione dell' art. 3 che stabilisce il divieto di subire trattamenti inumani o degradanti in quanto la zona di transito di un aeroporto non è luogo adatto ove un individuo può essere accolto, soprattutto per il fatto che in esso non è possibile soddisfare le più minime esigenze umane. Il giudice europeo afferma che è inammissibile una detenzione che implichi un' assenza totale dei bisogni della persona umana. Il trattenimento in tal caso si è trasformato in un' ingiustificata privazione della libertà. Da ciò traspare tutta la smisuratezza dell' accaduto, soprattutto considerando la facilità con cui è considerata conforme all' art. 5 una limitazione della libertà personale, per la quale è sufficiente una delibera di espulsione emanata dall' autorità competente.

Nella sentenza *Saadi* contro *Regno Unito* (29 gennaio 2008) ci si riferisce al caso di un medico curdo iracheno che arrivato a Londra presenta domanda d' asilo. Al fine di

prendere in carico la sua istanza venne trattenuto in un centro per richiedenti asilo, ma le motivazioni della detenzione furono comunicate al ricorrente solo sessantasei ore dopo. La richiesta che in un primo tempo fu negata, gli venne poi accordata. Il giudice di Strasburgo in seguito alla contestata legalità della detenzione da parte del soggetto interessato ha dichiarato la non violazione del punto 1 art. 5, inerente il diritto di libertà personale, sostenendo che la detenzione non fosse illegittima in quanto finalizzata all'esame della richiesta d' asilo. A ciò si aggiungevano le buone condizioni di detenzione in quanto il centro per migranti era dotato di buoni servizi di assistenza. Secondo la Corte, infatti, la detenzione di un individuo che vuole entrare in uno Stato è legittima in quanto finalizzata ad impedire allo stesso di entrare nel territorio nazionale in modo irregolare dato che non ha ancora ottenuto l' autorizzazione a soggiornare. Con tale sentenza la Grande Camera si trova per la prima volta a dover interpretare l' art. 5, par. 1, lett f), e conferma la regolarità del trattenimento di questo tipo di trattenimento anche nel caso di richiedenti asilo. Il giudice d' altro canto, nel caso in questione, ha sancito la violazione dell' art. 5 par. 2⁸¹ dato che le motivazioni della detenzione furono comunicate al soggetto dopo sessantasei ore, contrariamente a quanto viene prescritto, ovvero nel minor tempo possibile, da cui si può desumere un comportamento negligente da parte delle autorità nazionali.

La Corte, nel ribadire l' obbligo di coerenza del trattenimento rispetto all' art. 5 unitamente al divieto di detenzione arbitraria, definisce gli elementi in base ai quali si realizza una lecita restrizione della libertà personale: 1) la detenzione deve essere disposta in buona fede; 2) deve essere strettamente legata allo scopo consistente nell' impedire ad una persona di entrare irregolarmente nel territorio; 3) il luogo e le condizioni della detenzione devono essere appropriati, dato che una simile misura si applica non a soggetti che hanno commesso reati, ma a stranieri che sovente, temendo per la loro vita, fuggono dal loro Paese; 4) infine, quanto alla ragionevole durata, la detenzione non può eccedere il tempo necessario a raggiungere lo scopo perseguito⁸². In assenza di tali criteri la detenzione è da considerarsi ingiustificata. La Corte sostiene inoltre che tale misura può risultare coerente rispetto alla legislazione interna di uno Stato, ma essere contraria alla CEDU in quanto il punto 1 art. 5 è volto a tutelare il

81 L' art. 5 paragrafo 2 della CEDU stabilisce che “ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell' arresto e di ogni accusa formulata a suo carico”.

82 B. Randazzo, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo*, in *Quaderno predisposto in occasione dell' incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25-26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it, p. 21.

soggetto dai comportamenti arbitrari dell' autorità pubblica.

In generale, la Corte sostiene dunque che lo Stato, in virtù del potere di regolare i flussi migratori possa detenere in appositi centri i candidati all' immigrazione. La detenzione, essendo uno degli attentati più gravi alla libertà personale dell' individuo, deve essere tuttavia sottoposta a controlli rigorosi, come la conformità alla legislazione nazionale e alle previsioni dell' art. 5 CEDU al fine di evitare comportamenti arbitrari delle autorità⁸³.

b) Ricongiungimento familiare

L' art. 8 della CEDU proclama il diritto di ogni individuo alla vita privata e familiare impedendo qualsivoglia ingerenza da parte dell' autorità pubblica, se non prevista dalla legge o per necessità legate, in una società democratica, all' ordine, alla sicurezza, alla salute pubblica ed alla protezione del benessere economico del Paese o delle libertà e diritti altrui. Il ricongiungimento familiare garantito attraverso il suddetto articolo è un diritto riconosciuto solamente ai migranti regolarmente soggiornanti, dal quale non deriva però un obbligo in capo allo Stato di autorizzare l' ingresso sul territorio di chi si voglia riunire con un parente. Nella regolazione dell' ingresso e del soggiorno lo Stato ha infatti un ampio margine discrezionale. La Corte di Strasburgo attraverso la sua giurisprudenza, nonostante si sia più volte dichiarata incompetente in materia, ha sviluppato tuttavia una prassi che ha reso l' art. 8 uno dei maggiori vincoli posti al potere statale di espellere gli stranieri che convivono con la famiglia in uno Stato europeo. D' altra parte la Corte ha sostenuto l' insussistenza di un diritto del singolo a non essere allontanato dallo Stato di residenza. Il paragrafo 2 dell' articolo 8 sancisce che tale allontanamento possa essere disposto solo: se previsto per legge, se persegue uno scopo legittimo e deve essere necessario in una società democratica, ovvero proporzionato rispetto al fine perseguito. La Corte, nel dirimere le varie questioni, deve quindi bilanciare da una parte il rispetto della vita privata e familiare del soggetto in questione e dall' altro il fine legittimo perseguito dallo Stato.

Una delle prime sentenze che ha ravvisato una violazione dell' art. 8 è quella relativa al caso *Barrehab* contro *Paesi Bassi* (21 giugno 1988) riguardante un cittadino marocchino che voleva ricongiungersi con la figlia nata da un matrimonio, ora terminato, con una donna olandese. Il ricorrente fu costretto a tornare in Marocco in

⁸³ B. Randazzo, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo*, cit., pp. 17-18.

seguito al rifiuto delle autorità nazionali di rinnovargli il permesso di soggiorno. La Corte ritenne tale provvedimento una violazione dell' art. 8 nel senso che tale misura in quanto fortemente incidente sulla vita familiare del soggetto eccedeva rispetto al fine, ovvero il benessere economico del Paese. Il giudice nell' esaminare il caso prese in considerazione gli stretti legami intercorrenti tra il padre e la figlia, nonché la buona condotta del genitore sia nei confronti della famiglia che della società. L' espulsione deve dunque essere conforme al principio di proporzionalità: più è intenso il sacrificio della sfera individuale provocato dal provvedimento (considerando l' attaccamento familiare e personale del soggetto rispetto allo Stato in cui risiede), più marcato dovrà risultare il beneficio collettivo derivante dall' allontanamento del soggetto⁸⁴.

Un' altra sentenza che vale la pena menzionare è *Rodrigues da Silva e Hoogkamer contro Paesi Bassi* (del 31 gennaio 2006) nella quale la Corte dichiara la violazione dell' art. 8 della misura di espulsione adottata nei confronti del genitore illegalmente soggiornante, nel momento in cui tale provvedimento leda gravemente l' interesse del figlio minore cittadino dello Stato contraente. Il giudice ha sostenuto che i Paesi Bassi agito in tale occasione hanno agito in modo improprio antepoendo il proprio interesse al benessere economico rispetto ai diritti derivanti dall' art. 8 CEDU.

La giurisprudenza in materia non risulta tuttavia univoca in quanto i giudici europei, nel tempo, hanno teso inizialmente a privilegiare il diritto del singolo per poi favorire successivamente le esigenze dello Stato. Nonostante la maggior parte delle sentenze in materia riguardino espulsioni di stranieri che hanno commesso reati è interessante notare in questo contesto come il cambiamento di rotta della Corte coincida con il consistente incremento dei flussi migratori extracomunitari, tra la fine degli anni '80 e l' inizio degli anni '90, accompagnato da sempre più incisivi provvedimenti securitari. I giudici hanno progressivamente dato maggior peso ai reati commessi dallo straniero, al suo “passato criminale”, al mantenimento di legami con il Paese di provenienza, all' ufficialità dei rapporti familiari a scapito dell' effettività, ovvero la presenza di un matrimonio in favore di una semplice convivenza⁸⁵. La linea seguita dai giudici a partire dagli anni '90 risponde alle crescenti esigenze statali di contenere il numero di persone straniere all' interno dei propri confini, anche attraverso l' adozione di strumenti repressivi in nome del valore dell' ordine pubblico e di allontanare gli “indesiderati” benchè la maggior parte di essi fosse migrante di seconda generazione.

84 Rif. al caso *Beldjoudi contro Francia* 26 marzo 1992.

85 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 243-248.

c) Soggiorno

La Corte ha sostenuto in varie occasioni che la persona presente illegalmente sul territorio di uno Stato contraente, ma in attesa che le venga riconosciuto il diritto a soggiornarvi, non può confidare su questa aspettativa al fine di evitare l' espulsione⁸⁶. Sono state riconosciute tuttavia delle eccezioni riguardanti soprattutto la tutela degli interessi dei minori.

Nella CEDU sono sanciti molti diritti fondamentali riconosciuti alla persona in quanto tale a prescindere dalla cittadinanza o dalla regolarità del soggiorno. Il migrante, seppur “irregolare”, durante il periodo di permanenza in uno Stato può beneficiare di alcuni diritti sanciti nella suddetta Convenzione, tra cui: il diritto alla vita (art. 2), la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4), la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10), la libertà di riunione e di associazione (art. 11), nonché il diritto all' istruzione per ognuno (art. 2 del Protocollo n. 1 del 20 marzo 1952).

Nel settore economico-sociale la Corte riconosce allo Stato un ampio margine di apprezzamento in quanto esso rappresenta l' istituzione più “vicina” alla propria società e di conseguenza in grado di rispondere adeguatamente all' interesse della collettività. Il giudice interviene solo nel momento in cui le scelte di politica economica degli Stati siano prive di un ragionevole fondamento⁸⁷. I diritti sociali, infatti, non vengono trattati sovente dalla Corte EDU in quanto riguardano un ambito essenzialmente statale e dipendono fortemente dalla regolarità del soggiorno. La loro tutela giurisdizionale è esigua e viene ulteriormente ridotta dallo scarso potere che hanno i giudici in materia, i quali possono solamente adottare delle dichiarazioni di principio poichè l' erogazione di fondi per scuole, ospedali, ecc. dipende esclusivamente dalle risorse che gli Stati decidono di stanziare per la fornitura di determinati servizi⁸⁸.

Relativamente al diritto all' istruzione, sancito dall' art. 2, Protocollo n. 1 (1950), la Corte di Strasburgo riconosce la sua essenzialità, in una società democratica, al fine di realizzare i diritti dell' uomo. Un' interpretazione restrittiva di tale diritto volta a circoscriverne la titolarità non è considerata conforme rispetto all' obiettivo della stessa disposizione (caso *Leyla Sahin* contro *Turchia*, sentenza del 10 novembre 2005).

86 Rif. alle pronunce: *Chandra e altri* contro *Paesi Bassi* (13 maggio 2003) e *Solomon* contro *Paesi Bassi* (5 settembre 2000).

87 B. Randazzo, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo*, cit., p. 58.

88 R. Russo (a cura di), *I diritti sociali*, atti del seminario: “*I diritti fondamentali e le Corti in Europa*”, 21 maggio 2004, www.luiss.it, p. 5.

Nel caso *Timichev* contro *Russia* del 13 dicembre 2005 si trattava di un cittadino russo che avendo restituito la sua “*carte de migrant*” non risultava più residente, per tale motivo fu negato al figlio di accedere al sistema educativo. La Corte in tale occasione affermò che lo Stato deve garantire il diritto all'istruzione a chiunque sia sottoposto alla sua giurisdizione senza distinzione alcuna.

Il giudice europeo interviene delineando chiaramente la propria giurisprudenza in materia con il caso *Folgerø e altri* contro *Norvegia* (29 giugno 2007). Dapprima si afferma il diritto dei genitori ad impartire un'educazione ai figli conforme rispetto ai propri valori morali e religiosi, grazie ad un'istruzione volta al pluralismo. Gli Stati contraenti, inoltre, devono riconoscere il diritto ad accedere al sistema scolastico a chiunque si trovi sotto la propria giurisdizione e devono concedere altresì ad ogni individuo la possibilità di certificare gli studi compiuti.

d) Allontanamento

In tema di allontanamento oltre ai già citati artt. 3, 5, 8, 13, della CEDU, rileva a riguardo l'art. 2 Protocollo n. 4 (del 16 settembre 1963) al cui punto 2 sancisce il diritto di ogni individuo a lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio; mentre il punto 3 chiarisce che il diritto alla libera circolazione può essere sottoposto, in una società democratica, a restrizioni solo nel caso in cui: siano previste per legge, rispondano ad esigenze di sicurezza nazionale, di ordine pubblico, di prevenzione di infrazioni penali, di protezione della salute o della morale o dei diritti e libertà altrui⁸⁹.

Una parte consistente della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda l'espulsione di migranti che non possiedono il permesso di soggiorno di uno Stato membro del Consiglio d'Europa. I giudici di Strasburgo hanno più volte affermato che, considerando l'assenza di disposizioni nella CEDU che garantiscano il diritto di ogni individuo ad entrare e circolare liberamente nel territorio di un altro Stato, è in potere di quest'ultimo regolamentare gli ingressi ed espellere gli stranieri che sono presenti in modo irregolare sul proprio suolo, nonché quelli che hanno commesso un reato. Questa facoltà deriva dalla necessità del Paese di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza, esigenze che la Corte in ogni causa che le venga sottoposta dovrà bilanciare

⁸⁹ Gli obblighi imposti allo Stato, in materia di espulsione, dalla Convenzione riguardano gli artt. 3, 5, 6, 8, 13 e la dignità della persona umana. Maggiormente garantista rispetto all'art. 3 CEDU è l'art. 19 della Carta dei diritti dell'Unione europea la quale afferma che “nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

al rispetto dei diritti del migrante in quanto persona. Il bilanciamento dovrà essere operato tenendo in considerazione alcuni requisiti da rispettare nel dare attuazione alla misura di allontanamento, la quale deve: avere una base legale, perseguire uno scopo legittimo (come la sicurezza e l'ordine pubblico), essere necessaria in una società democratica (ovvero proporzionalità rispetto al fine dichiarato e giustificata da un bisogno sociale perentorio)⁹⁰.

Di notevole importanza è la tutela dell'art. 3 CEDU, per cui un provvedimento di espulsione può risultare in violazione dello stesso se vi sono fondati motivi di credere che il soggetto subisca nel Paese di destinazione trattamenti inumani, degradanti, tortura o altre violazioni dei diritti fondamentali. La misura di espulsione non può infatti sottoporre il soggetto al concreto rischio di subire nel Paese verso il quale viene allontanato trattamenti inumani o degradanti, contrari al rispetto della dignità della persona umana. L'art. 3 della CEDU ha assunto particolare rilievo per la Corte nei casi di potenziali rifugiati e richiedenti asilo.

In virtù dell'articolo si pone in capo allo Stato l'obbligo di non espulsione, o di non estradizione, come affermato dalla Corte nella recente sentenza *Saadi contro Italia* (22/02/2008). Nel caso in questione il ricorrente era stato colpito da un provvedimento di espulsione verso la Turchia finalizzato alla prevenzione del terrorismo, ma la Corte di Strasburgo, una volta esaminata la situazione del Paese e del soggetto, ha disposto la contrarietà della misura rispetto all'art. 3 CEDU. Il giudice europeo si è servito di documenti forniti da organizzazioni internazionali per i diritti umani al fine di constatare la situazione della Turchia ed in particolare nel rilevare che il ricorrente apparteneva ad un gruppo particolarmente soggetto a persecuzioni in quel Paese. Alla luce di tali

⁹⁰ *Ex plurimis*: causa *Dalia* contro *Francia*, sentenza del 19 febbraio 1998, *Slivenko* contro *Lettonia*, sentenza del 9 ottobre 2003, *Maslov* contro *Austria* del 23 giugno 2008. Dalla giurisprudenza emerge come nella maggior parte dei ricorsi che vengono vinti il criterio che viene più frequentemente violato dallo Stato è quello della proporzionalità della misura rispetto ai fini perseguiti. Un esempio di quanto appena detto è la causa *Maslov* contro *Austria*, riguardante un soggetto colpito da un provvedimento di espulsione in seguito al compimento di reati legati al traffico di stupefacenti. Il soggetto sottoposto alla misura di allontanamento in seguito ai reati commessi era un minore e la Corte afferma che l'età del soggetto può giocare un ruolo rilevante ai fini della risoluzione del caso. I reati benché di una certa gravità sono stati commessi in giovane età e si configurano come non violenti. Il giudice europeo sostiene dunque che debba prevalere il superiore interesse del minore, considerate anche le conseguenze sul piano dei legami familiari e sociali, rispetto a quello dello Stato, ovvero l'ordine pubblico. La Corte sostiene la necessità di reintegrare il giovane nella società, obiettivo irrealizzabile se vengono spezzati i legami familiari e sociali procedendo con l'espulsione. In tal caso, dunque, la misura di allontanamento non è legittima alla luce del principio di proporzionalità, ovvero lo Stato ha fatto eccessivamente valere il proprio interesse rispetto alla lesione della sfera individuale del minore che si sarebbe venuta a creare in seguito all'espulsione. La Corte dichiara una violazione dell'art. 8 CEDU, ovvero del diritto alla vita privata e familiare. (B. Randazzo, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 27 ss.).

valutazioni ha dichiarato la violazione dell' art. 3 in caso di espulsione del ricorrente. Il giudice ha sostenuto inoltre che la natura di tale diritto è assoluta e non derogabile nemmeno in condizioni di lotta al terrorismo. La Corte di Strasburgo, nel caso in questione, prende in considerazione la sussistenza di una soglia minima di gravità del potenziale trattamento inumano o degradante al quale può essere sottoposto il soggetto; la quale dipende: dalla durata, da implicazioni fisiche e psichiche, dall' età, dal sesso e dallo stato di salute del soggetto⁹¹.

La Corte si è espressa in merito all' articolo 3, altresì, in relazione a casi di espulsione di soggetti gravemente malati che nel Paese di destinazione non potrebbero più ricevere le cure necessarie. Il caso *D. contro Regno Unito* (21 aprile 1997) rappresenta l' emblema della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia. Il fatto riguardava un soggetto incarcerato per reati connessi al traffico di stupefacenti. Al termine della detenzione lo Stato intendeva espellerlo, tuttavia il ricorrente contrasse l' Aids ad uno stadio avanzato ed al momento della decisione da parte del giudice era in fin di vita. Vennero considerate le cure fisiche e psicologiche di cui il soggetto beneficiava nel Regno Unito e d' altra parte l' assenza nel suo Paese d' origine di strutture adeguate nonché di parenti che gli potessero fornire l' aiuto necessario. La Corte, date le eccezionali condizioni, decise che l' espulsione avrebbe comportato una violazione dell' art. 3 della CEDU. In tale occasione il giudice fissò dei principi tra i quali l' impossibilità, in linea di principio, per lo straniero colpito da un provvedimento di espulsione di rimanere sul territorio dello Stato per beneficiare delle cure sanitarie o assistenziali. Il peggioramento della salute del soggetto in seguito all' allontanamento non rende tale misura inapplicabile, così come la carenza di strutture adeguate nel Paese di origine. La Corte ha tuttavia riconosciuto che in casi particolari, come quello in questione, si devono far prevalere le condizioni umanitarie in favore del soggetto. La Corte, come già menzionato, si occupa principalmente della salvaguardia dei diritti civili e politici anziché di quelli economico-sociali. Il progresso della medicina e le differenze in questo campo, così come dal punto di vista sociale, possono essere rilevanti da un Paese all' altro, ma questo non è una

91 Similmente si può menzionare il caso *NA contro Regno Unito* (17 luglio 2008) riguardante un cittadino dello Sri Lanka di origine tamil entrato clandestinamente in territorio britannico, il quale si rivolse alla Corte lamentando l' incompatibilità della proprio allontanamento rispetto all' art. 3. Dall' esame del contesto generale del Paese si ritenne che una violenza generica non è sufficiente a giustificare una violazione di detto articolo. Tuttavia la condizione personale del soggetto era particolarmente delicata, esso infatti era già stato in precedenza arrestato dalla polizia singalese la quale con tutta probabilità se lo avesse rintracciato nuovamente al confine lo avrebbe trattenuto ed interrogato. In seguito alla possibilità per il ricorrente di subire trattamenti inumani o degradanti, la Corte si è espressa dichiarando la violazione dell' art. 3 del provvedimento di espulsione emanato dallo Stato britannico.

condizione che consente di invocare l' art. 3 per ridurre tali disparità e fornire cure gratuite ed illimitate a coloro che si trovano sul territorio dello Stato contraente privi di autorizzazione a risiedervi (causa *N. contro Regno Unito* del 27 maggio 2008)⁹².

L' articolo 3 della CEDU viene chiamato in causa non solo in riferimento alle conseguenze che scaturiscono dall' espulsione, ma altresì dalla misura stessa, ovvero dalle modalità con la quale viene effettuata. Molti ricorsi presentati al giudice europeo in merito ad una violazione del suddetto diritto, causate dal modo di procedere all' espulsione, furono rigettati. Solamente nel 2001 con il caso *Dougoz contro Grecia* la Corte dichiarò la contrarietà all' art. 3 dovuta alle condizioni di detenzione e alla durata eccessiva della stessa. Al fine della legittimità del trattenimento dello straniero, è sufficiente la presenza di un provvedimento di espulsione pendente in capo allo straniero, tuttavia la Corte conferisce notevole importanza al criterio con cui essa viene applicata. Questo è confermato dalla sentenza *Conka contro Belgio* (5 maggio 2002), la quale riguardava un gruppo di zingari di nazionalità slovacca che furono convocati dalle autorità di polizia al fine di completare la documentazione relativa alle rispettive richieste d' asilo, ma furono invece condotti in un centro di permanenza per migranti e successivamente espulsi. La Corte nel caso in questione ha constatato la violazione dell' art. 5 CEDU in quanto le autorità belghe hanno agito con l' intento di aggirare lo scopo originario delle disposizioni limitative della libertà personale al fine di effettuare un' espulsione collettiva, vietata dall' art. 4 Protocollo n. 4. Le espulsioni collettive sono definite dalla Corte sulla base del suddetto articolo come “tutte le misure che obbligano gli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare un Paese, salvo i casi in cui una simile misura è assunta sulla base di un esame ragionevole ed obiettivo della situazione particolare di ciascuno degli stranieri che formano il gruppo”⁹³. Nel dare attuazione al provvedimento di espulsione, nonostante siano state prese in considerazione le condizioni specifiche di ognuno, possono comunque insorgere elementi contrari al divieto di espulsioni collettive, come previsto dall' art. 4 citato.

Il caso *Conka contro Belgio* rileva anche in merito all' art. 13 CEDU, ovvero il diritto di ogni individuo, che ha subito una violazione dei principi contenuti nella Convenzione, di poter esperire un ricorso effettivo dinanzi ad un' istanza nazionale, “anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell' esercizio delle loro funzioni ufficiali”. La Corte nel caso in specie ha affermato la disparità tra la teoria e la pratica

92 B. Randazzo, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo*, cit., pp. 40 ss.

93 B. Randazzo, *Lo straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo*, p. 50.

del riconoscimento del diritto ad un ricorso effettivo; difatti, affinché il diritto sia concreto è necessario che il giudice nazionale si pronunci (sulla compatibilità del provvedimento di espulsione rispetto alla Convenzione) prima dell' esecuzione dell' allontanamento. Ciò rileva in quanto l' accoglimento delle istanze presentate dal ricorrente può impedire l' espulsione del soggetto.

Le garanzie procedurali che intervengono al momento dell' allontanamento sono riconducibili all' art. 1 del Protocollo n. 7 (del 22 novembre 1984). La Corte ha riconosciuto più volte il godimento di tali garanzie esclusivamente in capo ai migranti regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, escludendo di fatto gli “irregolari”⁹⁴. Tuttavia la Corte, nell' evoluzione della sua prassi, ha esteso benchè molto limitatamente, le garanzie sancite dal Protocollo n. 7 a tutti gli stranieri⁹⁵. Le garanzie procedurali prevedono la conformità del provvedimento di espulsione rispetto alla legge in materia, nonché il diritto del soggetto su cui pende tale misura di sottoporre il proprio caso all' autorità competente, la quale non sembra essere esclusivamente quella giurisdizionale. Per quanto concerne la garanzia ad un equo processo (in particolare il par. 1 art. 6 CEDU), in base a quanto affermato dal giudice europeo, essa non si applica alle controversie riguardanti l' ingresso, il soggiorno e l' allontanamento degli stranieri, se non nei casi in cui siano coinvolti diritti o obbligazioni di carattere civile⁹⁶.

94 Rif. alle sentenze *Sejdovic e Sulejmanovic* contro *Italia* e *Sulejmanovic e Sultanovic* contro *Italia*, decisioni del 14 marzo 2002; *Lupsa* contro *Romania*, sentenza dell' 8 giugno 2006; *Sultani* contro *Francia* 20 settembre 2007.

95 Garanzie minime vengono riconosciute anche nel caso di espulsioni di migranti “irregolari”, come ha affermato la Corte nel già citato caso *Conka* contro *Belgio*.

96 Recentemente si vedano le sentenze *Ben Salah* contro *Italia* (24 marzo 2009) e *Sellem* contro *Italia* (5 maggio 2009).

CAPITOLO 2. LE GARANZIE COSTITUZIONALI

2.1 Italia

2.1.1 La Costituzione

La Costituzione italiana, entrata in vigore il primo gennaio 1948, relativamente alla definizione della condizione dello straniero non è chiara ed esaustiva, anzi ne fa scarsi riferimenti ricorrendo per molti aspetti alla cittadinanza o a locuzioni impersonali. L'articolo 10, nel quale espressamente si richiama tale figura, ai commi 3 e 4 sancisce rispettivamente il diritto d' asilo e il divieto di estradizione per reati politici. Il secondo comma dell' art. 10 stabilendo che “la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali” vincola la regolazione della materia alla riserva di legge nonché alla coerenza della legislazione nazionale rispetto al diritto internazionale consuetudinario e pattizio⁹⁷. La prima Parte della Costituzione recante “diritti e doveri dei cittadini” include al titolo I le libertà civili che vengono attribuite distintamente ai cittadini o a tutti ma, grazie ad alcune pronunce della Corte Costituzionale che hanno permesso di andare oltre il mero dato testuale, sono riconosciute anche agli stranieri in quanto persone⁹⁸. Il titolo II della Costituzione riguarda i “rapporti etico-sociali” (diritto all' unità familiare, diritto all' istruzione, diritto alla salute, ecc.), il titolo III i “rapporti economici” (diritti dei lavoratori, diritto allo sciopero, ecc.), mentre il titolo IV i “rapporti politici”, il quale fa espresso riferimento ai cittadini.

La scarsa attenzione rivolta allo straniero in ambito costituzionale trova esplicazione nel contesto storico all' interno del quale l' Assemblea Costituente ha redatto il documento, ovvero il periodo che seguì la fine della Seconda Guerra Mondiale. L' Italia infatti era principalmente una zona da cui si partiva, per cui se da un lato si spiega la solenne

⁹⁷ In seguito alle modifiche introdotte con la legge costituzionale 3/2001, relativa alla riforma del Titolo V riguardante l' attribuzione dei poteri agli enti territoriali, specificatamente attraverso l' art. 117 co. 1 si rafforza il richiamo al diritto internazionale e quindi l' impegno al suo doveroso rispetto. Questo ha l' effetto di incentivare il superamento del riferimento al cittadino operato nella Costituzione. Il secondo comma dell' art. 117, inoltre, stabilendo le competenze esclusive dello Stato, alla lett. a) annovera la “condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all' Unione europea” e alla lett. b) l' ambito dell' immigrazione. Il suddetto articolo è quindi strettamente connesso all' art. 10 co. 2. (S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, in *Quaderno predisposto in occasione dell' incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25 - 26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it, pp. 25 ss.). (P. Stancati, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, in *Convegno nazionale dell' associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it, pp. 4 ss.).

⁹⁸ *Ex plurimis* sentenze: n. 25/1966, n. 120/1967, n. 104/1969, n. 33/1974, n. 102/1975, n. 46/1977, n. 199/1986, n. 219/1995, n. 148/1998, n. 105/2001.

affermazione della libertà di emigrare (art. 35, co. 4), fortemente osteggiata durante il regime fascista, dall' altro non deve sorprendere l' esiguo rilievo riconosciuto alla figura del non cittadino, dato che il fenomeno dell' immigrazione investì il Paese solo a partire dai primi anni '80. I ripetuti richiami, nel testo, al termine “cittadino” rientrano in quest' ottica e si considerano volti non alla volontà di emarginare lo straniero ma al senso di collettività che si volle creare nella fase di ricostruzione di una nazione che usciva frammentata e screditata dalla guerra⁹⁹.

L' opacità della Costituzione in materia portò all' elaborazione di orientamenti dottrinali che cercarono in diverso modo di rintracciare il fondamento dello statuto giuridico dello straniero¹⁰⁰. I diversi approcci elaborati dalla dottrina non influenzarono l' attività interpretativa della Corte Costituzionale che contribuì largamente alla definizione dei diritti e libertà riconosciuti al non cittadino, i quali non sono tuttavia chiaramente delineabili (soprattutto i diritti riconosciuti a coloro che sono presenti illegalmente sul territorio dello Stato). L' opera dell' organo costituzionale si sviluppò essenzialmente a partire dagli artt. 2, 3 e 10 co. 2, nei quali si fa riferimento ai diritti inderogabili dell' uomo come sanciti nelle convenzioni internazionali e spettanti a tutti gli individui in quanto tali senza discriminazione alcuna¹⁰¹. Basilare è l' art. 2 nel quale si racchiude il principio personalista che permea tutta la Costituzione, inteso come ciò che permette di

⁹⁹ G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 106.

¹⁰⁰ All' interno del documento non vi era trasparenza circa i diritti che spettavano solo ai cittadini o a tutti gli individui, per cui si delinearono quattro principali linee interpretative. Un primo gruppo d' autori, facendo perno sul dato testuale, riteneva estendibili agli stranieri le previsioni riferite a “tutti” o che riportavano locuzioni impersonali. Un secondo orientamento era caratterizzato da coloro che reputavano come ampliabili agli stranieri anche i diritti espressamente rivolti ai cittadini, a meno che non vi fossero motivi che imponevano diversamente. Differente era l' idea di chi guardava alla sostanza e non alla forma del testo, distinguendo tra i diritti spettanti esclusivamente ai cittadini in quanto membri attivi della collettività, quelli che interessavano ogni individuo perché connessi alla dignità umana e infine quei diritti che il legislatore poteva discrezionalmente conferire solo al cittadino o a tutti. Infine vi erano gli autori che impostavano il discorso muovendo dal presupposto che la prima parte della Costituzione recante “diritti e doveri dei cittadini” comprendeva diritti spettanti solo a questi ultimi e che in linea generale l' intero documento valeva solo per essi. Lo statuto dello straniero sarebbe di conseguenza rintracciabile solamente a partire dall' articolo 10, accordando in questo modo al legislatore la facoltà di ridurre od allargare le libertà costituzionali. Nella propria azione quest' ultimo incontrava come unico vincolo il rispetto delle norme e dei trattati internazionali. Nessuno di questi orientamenti in definitiva ha prevalso o è stato esente da critiche. Nonostante ciò, l' argomento della cittadinanza e i diritti fa ancora discutere anche se generalmente la dottrina considera accettabile la discriminazione tra straniero e cittadino rispetto al godimento di alcune garanzie costituzionali. (E. Grosso, *Straniero (status dello)*, cit., pp. 5788-5790). (Cfr. G. D' Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1992). (G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 108-111).

¹⁰¹ L' art. 2 cost. deve essere interpretato in combinato con il già citato art. 117 co. 1 e con l' art. 11 cost., il quale consente limitazioni alla sovranità statale al fine di favorire la formazione di un ordinamento che garantisca pace e giustizia a livello internazionale. In questo modo si consente l' ingresso nell' ordinamento italiano dei vari atti internazionali ed europei che salvaguardano i diritti fondamentali della persona umana.

affermare la priorità dell' individuo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere. L' art. 2 proclamando che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell' uomo” manifesta l' adesione dei costituenti ad una linea etica-universalistica, desumibile da un lessico caratterizzato da una portata estensiva e valoriale. In base a questi presupposti è lecito affermare la sussistenza di un corredo di diritti propri del non cittadino, ciò essenzialmente per il generico riferimento all' “uomo” operato dal suddetto articolo. La Consulta, nell' esercizio delle sue funzioni, fece inoltre ampio ricorso al principio di uguaglianza costituzionalmente garantito nell' art. 3, il quale sancisce appunto la pari dignità e l' uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, senza distinzione di razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Nel comma 2 dell' art. 3 cost. si racchiude invece il principio dell' uguaglianza sostanziale, ovvero il dovere dei poteri pubblici di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l' eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l' effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all' organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Il riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti fondamentali spettanti allo straniero, ovvero della riduzione delle garanzie degli stessi non oltre un certo limite, può farsi discendere non da un' interpretazione dinamica dell' art. 3, bensì dal fatto che essi rientrano nel novero dei diritti inviolabili dell' uomo di cui all' art. 2. Il che evoca il concetto di nucleo o contenuto essenziale di garanzia dei diritti fondamentali invocabile dal non cittadino in riferimento a quei diritti che la Costituzione sembra destinare esclusivamente al cittadino. Il precetto essenziale che discende dall' art. 2 è l' inviolabilità che caratterizza i diritti fondamentali, i quali possiedono per sua natura un ineliminabile contenuto che prescinde da qualsiasi differenziazione¹⁰².

Il giudice costituzionale propose una lettura combinata dei tre articoli citati in occasione della sentenza 120/1967 nell' ambito della quale si dovette pronunciare sul riferimento ai soli cittadini nell' art. 3. Secondo la Corte esso andava interpretato in connessione con l' art. 2 e l' art. 10 co. 2, affermando di conseguenza che il principio di uguaglianza è riconosciuto anche al non cittadino, indipendentemente dalla sua condizione, per ciò che riguarda i diritti inderogabili dell' individuo. Esclusivamente questi diritti, quindi, spettano anche allo straniero e rappresentano solo una porzione dell' insieme delle libertà garantite ai cittadini.

102 P. Stancati, *La disciplina multilivello dello status libertatis del non cittadino, con particolare riferimento al concorso del parametro internazionale con i presidi di garanzia costituzionali: note critiche e ricostruttive*, cit., pp. 347 ss.

La Corte, nella sent. 104/1969, precisò la precedente affermazione, sostenendo che, nella concretezza dei fatti, nonostante l' eguale titolarità di tali diritti tra cittadini e non, possano sussistere diversità reali fra essi, perciò il legislatore ha la facoltà di operare delle distinzioni nel loro effettivo godimento, purché non siano arbitrarie. Queste differenze di fatto derivano dal rapporto del cittadino o dello straniero con lo Stato, infatti mentre il primo si trova in una relazione originaria e permanente, il secondo ne ha un rapporto acquisito e provvisorio. Sono giustificate dalla Corte disparità nel godimento dei diritti fondamentali solo se basate sulla cittadinanza e non sulla razza, religione, lingua, ecc. Difformità di trattamento in relazione ai diritti fondamentali sono quindi ammesse nel momento in cui i provvedimenti adottati dal legislatore osservano il principio di ragionevolezza, ovvero rispecchiano la facoltà di equilibrare le garanzie costituzionali inerenti i diritti fondamentali con altre necessità di pari rango rappresentate da interessi pubblici come la sicurezza, la salute, l' ordine pubblico, i vincoli internazionali e la politica migratoria nazionale¹⁰³. Spetta, in ultima analisi, alla Corte costituzionale valutare se, nel caso concreto, il legislatore sia andato oltre il libero esercizio della sua discrezionalità politica¹⁰⁴. L' uguaglianza formale non garantisce dunque totale equità, ma una razionale differenziazione tra cittadini e non, oltre a quelle tra le varie “categorie” di non cittadino¹⁰⁵. Se questo è ammesso per i diritti inderogabili, la discriminazione dello straniero, soprattutto se “irregolare”, è maggiormente evidente in riferimento a quelli non fondamentali, concretizzando anche in questo caso un deterioramento dell' eguale dignità della persona umana¹⁰⁶. La condizione giuridica degli stranieri extracomunitari privi del permesso di soggiorno è delineata dall' ordinamento italiano come una protezione minimale, la quale tuttavia non può intaccare i diritti connaturati alla persona in quanto tale¹⁰⁷.

103 Cfr. *ex plurimis* sent. n. 244/1974, 62/1994, 353/1997. La Corte ha richiamato più volte i valori dell' ordine pubblico e dell' ordine sociale per giustificare limitazioni ai diritti degli stranieri, il cui esercizio avrebbe potuto comportare un danno per la società. In rif. al diritto di riunione si veda la sent. 15/1973 e l' ord. 503/1987 inerente la tempestiva esecutività del provvedimento di espulsione in assenza di contraddittorio con l' interessato.

104 E. Grosso, *Straniero (status dello)*, cit., p. 5791.

105 Nella sent. 54/1979 la Corte aveva sostenuto che “un' essenziale parità di trattamento dev' essere mantenuta negli stessi rapporti tra stranieri e stranieri”, tuttavia nella concretezza dei fatti si può notare come vi siano notevoli disparità nel godimento dei diritti tra i migranti “regolari” ed “irregolari”.

106 Cfr. sent. n. 78/2007 nella quale si afferma l' incostituzionalità dell' interpretazione dell' ordinamento penitenziario volta a precludere allo straniero “irregolare” la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione. La Corte in tale occasione fece un deciso richiamo al principio costituzionale della pari dignità di ogni individuo indipendentemente dalla cittadinanza e dalla condizione del soggiorno.

107 S. Magnanensi, P. Passaglia, E. Rispoli (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, cit., p. 7.

2.1.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale

La giurisprudenza della Corte Costituzionale fino agli anni '90 dovette fare i conti con una normativa alquanto frammentata. L'attività della Consulta fu sostanzialmente caratterizzata dal tentativo di ricomprendere nel quadro costituzionale norme che non ne erano propriamente conformi a causa dell'ampio margine lasciato all'apprezzamento del legislatore che permetteva di introdurre diversità di trattamento tra stranieri e cittadini nel godimento dei diritti inderogabili, senza nemmeno addurre le motivazioni.

Va ricordato inoltre che nell'elaborare norme che incidono direttamente sulla sfera delle libertà dello straniero il potere legislativo incontra da sempre due limiti: il primo è caratterizzato dall'art. 2, mentre il secondo riguarda le fonti internazionali che delimitano la sua sfera d'azione¹⁰⁸.

A partire dagli anni '90 la Corte procedette con la sua attività essenzialmente interpretativa ma, grazie ad un quadro legislativo più compatto¹⁰⁹, fece un passo in avanti verso la definizione di uno statuto dei diritti dello straniero. Da un lato limitando il potere legislativo in tema di polizia degli stranieri e dall'altro ampliando il godimento dei diritti relativi al soggiorno, in alcuni casi a prescindere dalla regolarità dello stesso, nonostante abbia più volte affermato l'assenza di un diritto del migrante di entrare e soggiornare liberamente sul territorio dello Stato¹¹⁰.

108 Il diritto internazionale convenzionale ha il rango dello strumento che lo Stato adotta per recepire i trattati, dunque se viene utilizzata una legge costituzionale avrà rango costituzionale, mentre se il recepimento avviene per mezzo della legge ordinaria avrà il rango corrispondente. Gli atti comunitari (regolamenti e direttive), così come il diritto internazionale consuetudinario, accedono direttamente al livello costituzionale attraverso l'art. 10 cost., tuttavia non possono inficiare i principi fondamentali della Costituzione. Il testo costituzionale è dunque il fondamento ed il punto di riferimento per l'interpretazione delle fonti interne ed internazionali che disciplinano la condizione giuridica dello straniero. (E. Grosso, *Straniero (status dello)*, cit., p. 5788).

109 La prima legge volta a disciplinare in maniera organica la materia dell'immigrazione è la l. n. 39/1990 c.d. legge Martelli, ma è specialmente con la l. n. 40 del 1998, c.d. Turco-Napolitano, che si compie questo obiettivo. Essa venne successivamente fatta confluire, attraverso il decreto legislativo 286/1998, nel "Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", con il quale si esplicitò l'intenzione di favorire l'integrazione sociale degli stranieri da un lato e contrastare l'immigrazione clandestina dall'altro. Seguì la legge 189/2002, c.d. Bossi-Fini, che intensificò le misure adottate al fine di frenare l'immigrazione illegale e limitò notevolmente le possibilità di entrare regolarmente sul territorio italiano. La più recente normativa è la legge n. 94 del 2009 recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica", c.d. pacchetto sicurezza, attraverso la quale si inasprisce ulteriormente la repressione nei confronti dell'immigrazione irregolare, si ostacola l'ottenimento e il mantenimento della regolarità del soggiorno, nonché si comprimono i diritti spettanti a coloro che sono privi del permesso di soggiorno. Dalla denominazione stessa della legge si deduce infatti l'accostamento tra il fenomeno dell'immigrazione e la sicurezza, il che fa intendere la volontà del legislatore di criminalizzare l'immigrato specie se irregolare e precarizzare la sua esistenza.

110 Le libertà connesse a questo diritto possono subire delle restrizioni al fine di tutelare interessi pubblici come la sicurezza. Cfr. ordinanza n. 503/1987.

a) Allontanamento

Prima di analizzare la giurisprudenza della Corte costituzionale successiva al testo unico del 1998, è necessario accennare ad alcune sentenze circa le disposizioni in materia di espulsione degli stranieri contenute nel t.u.l.p.s. (testo unico leggi di pubblica sicurezza, regio decreto 733 del 18 giugno 1931), specificatamente nell' art. 152. Nella sentenza 244/1974 il giudice costituzionale ha riconosciuto la facoltà di revocare in qualsiasi momento il permesso di soggiorno allo straniero o comunque di limitare la sua libertà di circolazione, nonché di soggiorno, salvo il rispetto dei diritti fondamentali. La mancanza di mezzi di sussistenza oltre a rappresentare un motivo per il ritiro del permesso di soggiorno e la limitazione delle suddette libertà, costituisce un fattore che permette di adottare misure restrittive della libertà personale. Se da un lato la Corte amplia il godimento del diritti alla libertà circolazione (art. 16 cost.) anche agli stranieri, d' altra parte ne dispone le limitazioni.

Nella sent. 34/1995, il giudice costituzionale intervenne a dichiarare l' incostituzionalità della disposizione (art. 7 *bis* legge Martelli) riguardante l' arresto dello straniero che, colpito da un provvedimento di espulsione, non aveva richiesto il documento di viaggio alla competente autorità diplomatica o consolare.

Dalla metà degli anni '90 l' approccio della Corte cambiò: riducendo da un lato la tendenza a dichiarare legittime le disparità di trattamento tra cittadini e stranieri e dall' altro riconoscendo rilevanti garanzie costituzionali al non cittadino. Questo *modus operandi* ha portato all' esplicitazione di maggiori tutele in favore di coloro che erano colpiti da misure di allontanamento.

La necessità di arginare i flussi migratori, ovvero di concretizzare la politica d' immigrazione, ha portato la Corte a sostenere la legalità dell' espulsione¹¹¹, ciononostante nel dare esecuzione a tale misura devono essere rispettati quei diritti che prescindono dalla cittadinanza, come: il diritto alla vita, alla libertà personale con la relativa riserva di giurisdizione (art. 13), il diritto alla salute (art. 32), alla difesa (art. 24), alla tutela dei minori (artt. 30, 31, 37). La Consulta ha tuttavia continuato a preservare le norme vigenti attraverso un' azione interpretativa delle stesse e spronando i giudici ad adattare la legislazione alla Costituzione anche per quanto riguarda le

111 Nella sent. n. 353/1997 il giudice costituzionale ha affermato che “lo Stato non può infatti abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere: le regole stabilite in funzione d' un ordinato flusso migratorio e di un' adeguata accoglienza vanno dunque rispettate e non eluse, (...) essendo poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali”. Si vedano inoltre le successive ordinanze 146 e 200/2002.

prescrizioni contenute nel testo unico e le seguenti modifiche, che molto hanno inciso sui diritti fondamentali dei migranti. Il bilanciamento delle esigenze del legislatore ad allontanare chi non possedeva i requisiti per entrare o soggiornare sul territorio dello Stato e quelle dei giudici volte alla tutela delle garanzie costituzionali ha sovente creato delle tensioni, confermando il fatto che le disposizioni in materia di espulsione rappresentano uno degli aspetti più controversi della normativa sull'immigrazione. Le previsioni del testo unico in materia di espulsione ebbero come reazione una giurisprudenza costituzionale che si impernava principalmente sul diritto alla difesa per quanto riguarda i ricorsi contro questi provvedimenti e la protezione della libertà personale per ciò che concerne l'allontanamento forzato. La Corte, nonostante le dichiarazioni di incostituzionalità di certe disposizioni, fece leva sui giudici al fine di rendere conforme al quadro costituzionale la normativa in materia, tutelando in tal modo i diritti del non cittadino. La soluzione presupponeva dunque un sovraccarico del controllo giurisdizionale che rischiava di ridurre l'effettività della tutela giurisdizionale anche in seguito alla volontà del legislatore di depotenziare il ruolo del giudice e del suo potere decisionale¹¹².

Relativamente al divieto di reingresso sul territorio nazionale dello straniero espulso, specificatamente delle pene previste per l'inottemperanza di detto divieto, la Corte si è pronunciata nell'ordinanza 261/2005. Il ricorso di legittimità costituzionale, riguardante la supposta incostituzionalità di pene maggiorate se il destinatario della sanzione è lo straniero anziché il cittadino italiano, viene rigettato dalla Corte, la quale sostiene inoltre che rientra nel potere del legislatore "configurare le singole ipotesi criminose e di determinarne la pena" censurabile solo laddove tale potere sia stato esercitato in modo "manifestatamente irragionevole". In tal senso il giudice costituzionale ha fatto salva la previsione di sanzioni maggiorate per il solo fatto di essere uno straniero. Nella sent. 266/2005 la Corte, invece, interviene dichiarando l'incostituzionalità di una disposizione introdotta dalla legge Bossi-Fini (art. 13, co. 13-bis T.U.) in cui si stabilivano pene più severe per lo straniero espulso, rientrato in Italia, denunciato per tale fatto, fosse nuovamente entrato irregolarmente sul territorio nazionale.

b) Diritto alla difesa

La garanzia dell'*habeas corpus*, comprensiva della riserva di giurisdizione (art. 13), del diritto alla difesa (art. 24 cost.) e generalmente della tutela giurisdizionale (artt. 111 e

¹¹² G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 219 ss.

113 cost.), viene riconosciuta anche ai non cittadini¹¹³.

La giurisprudenza costituzionale più risalente era volta ad una garanzia effettiva del diritto alla difesa dello straniero, laddove quella recente tende a riconoscere la legittimità di disposizioni che a partire dal testo unico (1998) hanno ridotto l'effettività di tale diritto, nonostante venga affermata l'inviolabilità del suo nucleo essenziale¹¹⁴. Nella sent. 109/1974 il giudice costituzionale ha sostenuto che il divieto di rientro, in capo allo straniero espulso (per motivi di ordine pubblico), al fine di partecipare al processo a suo carico non presenta un divieto assoluto¹¹⁵.

Nella sent. 10/1993, la Corte, nonostante la pronuncia di rigetto nel caso di specie, proclamò la parità nel godimento del diritto alla difesa tra cittadini e stranieri, relativamente alla conoscibilità degli atti ed al diritto dell'imputato di essere informato in una lingua a lui comprensibile circa i motivi del provvedimento.

La giurisprudenza costituzionale intervenuta sul quadro normativo in materia di allontanamento, delineato a partire dal testo unico, si è concentrata sulle garanzie relative alla libertà personale da un lato e l'effettività del diritto alla difesa dall'altro. La tutela giurisdizionale (sancita negli artt. 111 e 113 cost.) implementata dalla legge Turco-Napolitano è stata considerata sotto molti aspetti carente in quanto essa “eleva a regola quella che per la Costituzione è e deve rimanere un'eccezione: la limitazione della libertà personale ad opera dell'autorità di pubblica sicurezza in casi eccezionali di necessità ed urgenza”¹¹⁶.

In questo contesto rileva la sentenza 105/2001 nella quale la Corte oltre ad intervenire delineando più precisamente l'iter per l'impugnazione della misura di espulsione, si pronuncia su due elementi controversi del testo unico: la compatibilità dell'accompagnamento coattivo alla frontiera rispetto alla riserva di giurisdizione in tema di libertà personale e lo scarso margine di manovra del giudice nel deliberare la durata del trattenimento. In riferimento al primo punto, la Corte afferma che l'espulsione ed il trattenimento dello straniero sono sempre e comunque limitazioni della libertà personale, quindi soggetti alla convalida da parte del giudice. Viene inoltre sostenuta

113 A. Pugiotto, “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Convegno nazionale dell'associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 3.

114 Rif. alla sent. 385/2001.

115 Tale interpretazione della Corte fu recepita nell'art. 17 del T.U. nel quale si riconosce espressamente allo straniero espulso il permesso a rientrare in Italia al fine di garantire pienamente il diritto alla difesa.

116 A. Pugiotto, “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 23.

con forza la presenza da un lato di garanzie costituzionali che salvaguardano tale libertà e dall' altro di tutele giurisdizionali spettanti non solo ai cittadini, ma a tutti in quanto esseri umani. La Consulta benché estenda, in questo caso, la convalida giudiziale prevista per il trattenimento anche all' accompagnamento coattivo, nuovamente adegua la normativa al quadro costituzionale di fatto proteggendola. Analogamente, per ciò che riguarda il secondo rilievo di costituzionalità la Corte lo dichiara infondato ma, interpretando le disposizioni, sostiene la facoltà del giudice di porre anticipatamente fine al trattenimento del migrante “irregolare” quando sussistono determinate condizioni.

La Corte, in linea di principio, ha più volte riconosciuto la titolarità del diritto alla difesa allo straniero, anche se privo del permesso di soggiorno, focalizzandosi su alcuni aspetti specifici tra cui: il diritto al contraddittorio, l' assistenza linguistica e legale gratuita, nonché la possibilità di rientrare in Italia per presenziare al processo penale e a quelli di convalida del provvedimento di espulsione.

Nella sentenza n. 198/2000 il giudice costituzionale ha sostenuto che “lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, fra i quali quello di difesa, il cui esercizio effettivo implica che il destinatario di un provvedimento, variamente restrittivo della libertà di autodeterminazione, sia messo in grado di comprenderne il contenuto e il significato”. Proseguendo la Corte afferma che “il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale”, dichiarando così il totale riconoscimento del diritto alla difesa al migrante “irregolare”, di cui è parte integrante il diritto alla traduzione, cioè la conoscibilità degli atti. Non sono sufficienti tali affermazioni affinché il diritto alla tutela giurisdizionale sia concretamente garantito, infatti nella realtà si può notare come esso sia spesso violato a causa di una legislazione manchevole o per effetto delle modalità adottate nel dare attuazione all' espulsione¹¹⁷. Per ciò che concerne specificatamente il diritto alla traduzione, la Corte benché abbia affermato una sostanziale parità nel godimento dello stesso tra cittadini e stranieri¹¹⁸, si è più volte pronunciata rigettando i dubbi di costituzionalità sollevati dai giudici *a quo*, facendo salva la disciplina, come nella citata sent. 198/2000 nonché nella sent. 227/2000. La motivazione addotta dall' organo

117 A. Pugiotto, “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 5.

118 Cfr. la già citata sentenza n. 10/1993.

costituzionale, nel respingere tali ricorsi, fu che il giudice di merito è in grado di appurare l' effettiva conoscibilità della disposizione tradotta da parte del soggetto¹¹⁹. A partire dal momento in cui l' imputato viene informato sugli atti decorrono i cinque giorni per presentare ricorso avverso il provvedimento d' espulsione. Questa durata perentoria del termine non è mai stata messa in discussione dalla Consulta.

L' idoneità del rito camerale¹²⁰ rispetto al diritto al contraddittorio ed alla pienezza del diritto alla difesa ha portato la Corte a pronunciarsi varie volte¹²¹. In linea generale l' organo costituzionale ha interpretato la legislazione in modo da ricondurla al quadro costituzionale, evitando in tal modo dichiarazioni di incostituzionalità. L' atteggiamento di tale giurisprudenza si manifesta nella sua limitatezza, considerando inoltre il fatto che il legislatore mira a comprimere il potere del giudice, attribuendogli una funzione di superficiale ratifica a posteriori dei provvedimenti amministrativi¹²². Il giudice costituzionale è intervenuto, anche recentemente, attraverso varie ordinanze¹²³, sui dubbi sollevati circa la congruità del rito camerale rispetto all' esigenza di tutelare un efficiente contraddittorio; nonché sull' assenza nell' ordinamento di un obbligo che imponga di informare il difensore all' inizio del trattenimento dello straniero e non all' avvicinarsi della decisione di convalida. Paradigmatica in tal senso è l' ordinanza n. 35/2002 nella quale viene dichiarato infondato il ricorso che recava in dubbio l' adeguatezza del rito camerale rispetto alla pienezza del diritto al contraddittorio. Nella stessa pronuncia il giudice costituzionale sostiene l' inammissibilità delle istanze sollevate circa il mancato obbligo di avvisare il difensore del soggetto nel momento in cui viene trattenuto e non all' approssimarsi del giudizio di convalida dello stesso, limitandosi la Corte a dichiarare che gli avvocati possono raccogliere tutte le informazioni necessarie per la difesa in sede di udienza. Elemento degno di nota è l' esortazione a sfruttare le potenzialità del rito camerale al fine di garantire la pienezza del contraddittorio. Tali sollecitazioni perdono d' efficacia se si considera che i giudizi

119 Cfr. sentenza n. 227/2000, nonché la n. 257/2004 nella quale si ribadisce la correttezza della materia che disciplina la traduzione del decreto d' espulsione, affermando però che è compito dei giudici di merito adoperarsi affinché sia assicurata la conoscenza dell' atto e la relativa traduzione in una lingua compresa dal cittadino extracomunitario.

120 Il rito camerale è una modalità attraverso la quale si svolge il giudizio, caratterizzata da una certa semplicità e velocità con le quali si giunge alla pronuncia finale. La celerità è dovuta principalmente all' attenuazione del contraddittorio.

121 La sent. 161/2000 riguardava la legittimità del rito camerale, in quanto nella normativa non venivano stabilite le regole che fissavano le modalità del contraddittorio tra straniero e amministrazione. La questione venne dichiarata inammissibile, tuttavia il giudice costituzionale riconobbe il contraddittorio come parte dell' ordinamento. Sull' adeguatezza del rito camerale a garantire la pienezza del contraddittorio la Corte si è espressa anche in occasione della già citata sent. 105/2001.

122 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 221 ss.

123 Rif. alle ordd. 140 e 385 del 2001.

di convalida del trattenimento, seppur di vitale importanza per l' esistenza del migrante, vengono prese all' interno dei Centri di Identificazione ed Espulsione, con tutti i disagi ed i problemi che tale ambiente comporta¹²⁴.

La Corte, sia dopo il testo unico sia soprattutto in seguito alle variazioni introdotte dalla legge 189/2002, ha continuato a salvaguardare la legislazione vigente nonostante le frequenti eccezioni di costituzionalità rilevate dai giudici, limitandosi ad enunciare le basilari tutele costituzionali inerenti la libertà personale. La Consulta si è pronunciata varie volte: assumono particolare rilievo le sentenze n. 222 e n. 223 del 2004. Nella prima, inerente la libertà personale (art. 13 cost.) e il diritto alla difesa (art. 24 cost.) spettanti al migrante “irregolare” colpito da provvedimento di espulsione, la Corte delibera l' incostituzionalità di una parte della normativa (art. 13, co. 5-bis, T.U., come introdotto dalla legge 189/2002) nella quale non si prevede che il giudizio di convalida del provvedimento avvenga nel rispetto del diritto al contraddittorio (art. 111 cost.). Paventando inoltre la possibilità di espellere lo straniero prima della convalida giudiziale si contravviene alla garanzia sulla libertà personale sancita dall' art. 13, co. 3, cost.¹²⁵, e si pregiudica “il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile”. La Consulta ammonisce, per di più, il legislatore poiché non ha rispettato le previsioni della sent. 105/2001 ove si affermava che il controllo del giudice riguardava anche l' accompagnamento alla frontiera in quanto misura limitativa della libertà personale. In tal modo il legislatore ha reso, con la normativa emanata, di fatto vana la possibilità di bloccare la procedura di allontanamento in caso di diniego o non convalida del provvedimento.

La sentenza 223/2004 inerisce il reato di trattenimento “senza giustificato motivo” dello straniero “irregolare” sul territorio nazionale, ovvero l' inosservanza dell' ordine del questore di lasciare il Paese entro 5 giorni, a cui segue l' arresto, previsto dal testo unico come modificato dalla legge 189/2002¹²⁶. La Consulta dichiara incostituzionale, in quanto viola l' art. 13 cost., l' obbligo di arresto in flagranza dello straniero (previsto

124 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 222 ss.

125 Il comma 3 dell' art. 13 della Costituzione recita: “in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l' autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all' autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”.

126 Articolo 14, co. 5-ter, T.U. già oggetto della sentenza 5/2004 nella quale venne sollevato il dubbio di costituzionalità per la locuzione stessa di “senza giustificato motivo”, che essendo eccessivamente vaga, violerebbe il principio di tassatività della fattispecie penale e aprirebbe la strada a molteplici interpretazioni. L' istanza venne dichiarata infondata in quanto secondo la Corte vi era invece determinatezza e con tale previsione si mettevano i giudici nella condizione di poter valutare le particolari situazioni che sopravvenute impedivano al migrante di adempiere all' ordine del questore.

dall' art. 14, co. 5-*quinqüies*, T.U.) perché il reato è di natura contravvenzionale e non delittuosa. Non assolvendo a funzioni processuali e venendosi perciò a configurare come una limitazione della libertà personale fine a sé stessa, il giudice di convalida deve disporre l' immediata scarcerazione del soggetto. Il fatto inoltre non si caratterizza per la elevata gravità, come mostra la detenzione prevista (da 6 mesi ad 1 anno) la quale oltre ad essere inferiore rispetto a quella disposta dal codice penale per le misure coercitive, risulta infondata in quanto se lo scopo è assicurare l' espulsione dello straniero, a tal fine son stati preposti i C.I.E. La Consulta infine si rivolge al legislatore sostenendo la sua discrezionalità nell' adottare gli strumenti più idonei ad affrontare tali questioni, ma tuttavia ribadendo la presenza di garanzie costituzionali in materia di libertà personale e tutela giurisdizionale spettanti a tutti gli individui, cittadini e stranieri anche “irregolari”. Analizzando trasversalmente le sentenze ora menzionate, si può notare come esse “sembrano provare a ribadire il primato dei diritti costituzionali delle persone sulle pretese esigenze della sicurezza”¹²⁷.

La Corte torna dopo pochi anni sulla questione con la sentenza 22/2007 dichiarando però questa volta l' infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*. Oggetto del ricorso è l' art. 14, co. 5-*ter*, T.U., come modificato dalla legge 271/2004 (recante “disposizioni urgenti in materia di immigrazione”), nella parte in cui prevede la reclusione da uno a quattro anni per indebito trattenimento in seguito all' inottemperanza dell' ordine del questore di lasciare il territorio italiano¹²⁸. La Corte dichiara inammissibile il ricorso in base alla logica secondo cui la disposizione contestata non è pertinente con l' ordinamento penale, non rilevando di fatto l' elemento centrale della questione che renderebbe incostituzionale la norma del testo unico. Non viene infatti preso in considerazione il danno causato a quel nucleo essenziale di garanzie costituzionali che spetta ad ogni individuo, lesione causata dalla previsione di una sanzione che commisurata all' entità del reato commesso si configura come “intrinsecamente irrazionale”, più che irragionevole. Una pena inerente ad un ambito, quello dell' immigrazione, che come sostiene la Corte stessa non ha a che fare con le norme del codice penale in quanto il comportamento incriminato non si caratterizza per

127 G. Bascherini, *La Corte costituzionale dichiara l' illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in www.costituzionalismo.it, 20 luglio 2004.

128 Il suddetto articolo è stato modificato dalla legge 94/2009, nella quale si fa riferimento alla fattispecie di permanenza illegale e non più di trattenimento. Si conferma inoltre quanto introdotto dalla legge 271/2004, ovvero la reclusione da uno a quattro anni per detto reato in seguito all' espulsione disposta per ingresso illegale, o mancata richiesta del permesso di soggiorno entro il termine fissato o nel caso in cui lo stesso sia stato revocato. La detenzione si riduce (da 6 mesi ad un anno) negli altri casi.

la sua pericolosità nei confronti dell' ordine e della sicurezza pubblica. Sulla base di quanto detto e attraverso una lettura combinata degli artt. 2 e 27 cost.¹²⁹, la Consulta avrebbe potuto dichiarare l' illegittimità della disposizione non tanto per la smisuratezza della sanzione, quanto per l' inammissibilità della stessa a fronte di un atteggiamento non finalizzato alla volontà di nuocere alla collettività¹³⁰.

Dalla giurisprudenza in materia di allontanamento si può notare come essa intervenga a limitare le più marcate restrizioni ai diritti fondamentali operate dal legislatore, da un lato riconoscendo nuovi ambiti di tutela allo straniero e dall' altro ricomprendendo la legislazione nazionale nel quadro costituzionale contenendo le evidenti derive securitarie. La tendenza è un sovraccarico delle competenze del giudice che, come già visto, genera diversi problemi, sia per la discrezionalità con cui esso può agire sia perché l' effettivo controllo del giudice accompagnato dall' effettività del diritto alla difesa finirebbe per inceppare il meccanismo dell' allontanamento. La giurisprudenza costituzionale ha dunque posto un freno agli eccessi della disciplina delle espulsioni, tuttavia lasciando molti nodi irrisolti, come: l' assenza di una pronuncia sulla legittimità della detenzione dei migranti negli appositi centri e della convalida del trattenimento negli stessi, nonché la leggerezza con cui la Corte ha trattato il diritto alla difesa¹³¹.

In un quadro legislativo volto all' espulsione e al respingimento del migrante “irregolare” il legislatore tende a rendere inefficace la tutela giurisdizionale, trasformandola in semplice avallo dell' azione dell' autorità amministrativa e aggirandola grazie a strumenti adottati per far fronte alla supposta perenne emergenza immigratoria. Il pieno ed effettivo godimento della tutela giurisdizionale “deve stare fuori dall' orizzonte legislativo: perché è sabbia nel motore, bastone tra le ruote, ingranaggio capace di inceppare l' intero meccanismo”¹³². Tale tutela si configura quindi in varie situazioni come limitata o addirittura assente¹³³, quando invece è un diritto

129L' art. 27 della Costituzione recita: “la responsabilità penale è personale. L' imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte”.

130 P. Stancati, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, cit., pp. 31 ss.

131 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 231 ss.

132 A. Pugiotto, “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., p. 11.

133 La tutela giurisdizionale è assente nei casi di: espulsione ministeriale per motivi di contrasto al terrorismo, respingimento differito alla frontiera (stranieri privi dei requisiti per il regolare ingresso che vengono ammessi temporaneamente sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso), respingimento “in alto mare” con immediato rimpatrio. La tutela è carente nei casi di: espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso, trattenimento dello straniero presso un centro di identificazione ed espulsione (C.I.E.). (Cfr. A. Pugiotto, “*Purché se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o*

inviolabile dell' uomo e “va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l' assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio”¹³⁴. Ponendosi in contrasto con affermazioni di questo genere la Corte ha, nella concretezza dei fatti, consentito la divergenza tra la titolarità di tale diritto ed il suo reale godimento, attraverso la discrezionalità concessa al legislatore nell' operare distinzioni tra cittadino e straniero che incontra come unico limite la palese arbitrarietà. Allo stesso tempo, in riferimento ad altri diritti come quello alla vita, alla libertà personale ed alla salute¹³⁵, si è espressa a favore della coincidenza tra titolarità ed effettivo godimento.

Dalla disamina delle varie sentenze si può notare come la volontà del legislatore di rafforzare l' impianto repressivo di contrasto all' immigrazione clandestina, principalmente attraverso una legislazione che facilita l' allontanamento degli stranieri privi del permesso di soggiorno, si sia nella realtà dei fatti tradotta in norme irrispettose di alcuni fondamentali diritti di libertà¹³⁶.

c) Trattenimento nei centri di identificazione ed espulsione (C.I.E.)¹³⁷

La creazione di centri dove “trattenere” i migranti è la diretta conseguenza dell' impossibilità di dare immediata attuazione ai provvedimenti di espulsione. I motivi alla base di questa privazione della libertà personale (tutelata dall' art. 13 cost.)¹³⁸ sono molteplici e talvolta non chiaramente definibili, unico tratto comune è l' attesa dell' esecuzione coattiva dell' allontanamento. Tra i soggetti che si trovano nei C.I.E. vi sono stranieri che: necessitano di soccorso, non sono identificabili le generalità e la nazionalità, non sono stati ancora acquisiti i documenti di viaggio, stranieri per il cui allontanamento manca un vettore o altro mezzo di trasporto, richiedenti asilo che prima della richiesta erano stati colpiti da un provvedimento di espulsione o respingimento, stranieri sottoposti a procedimento penale, nonché cittadini comunitari.

carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, cit.).

134 Sentenza n. 232/1989.

135 In ordine, si faccia rif. alle sentenze n. 54/1979, 78/2007, 252/2001.

136 F. Scuto, *Contrasto all' immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 596-597.

137 Si fa riferimento ad A. Pugiotto, *“Purché se ne vadano”. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, cit.*, pp. 25 ss.

138 La libertà personale deve essere intesa come la “pretesa di ogni individuo di disporre della propria persona senza limiti e senza alcuna coercizione fisica nel rispetto delle garanzie costituzionali contemplate sia dallo stesso art. 13 cost. che, dall' art. 111 cost.”. (G. Moschella, *Diritti umani e legislazione italiana sulla immigrazione*, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 484).

In tale meccanismo si nota ampiamente come sia in gioco la libertà personale dell'individuo, nonché la tutela giurisdizionale cui dovrebbe beneficiare lo straniero trattenuto. La misura della detenzione amministrativa è infatti fin dal principio legata al relativo giudizio di convalida. Tale regime, oltre ad essere scarsamente efficiente, solleva dei dubbi di costituzionalità che la Corte costituzionale non ha colto.

Il giudice costituzionale nella già citata sent. 105/2001 ha riconosciuto che il trattenimento presso i C.I.E. costituisce una restrizione della libertà personale e non può essere adottata al di fuori delle garanzie sancite nell' art. 13 cost., d' altro canto non ha ritenuto ingiustificato il trattenimento in sé. La linea interpretativa di quest' organo, come delineata nella sent. 35/2002, consiste nel fatto che il giudizio di convalida sia in grado di garantire: il diritto al contraddittorio, il principio del giusto processo e permette di verificare i presupposti del trattenimento.

La detenzione amministrativa è stata prevista dalla legge Turco-Napolitano (art. 12), della durata di un mese, che con la recente legge 94/2009 è stata prolungata a 6 mesi, comprensiva delle varie proroghe.

Il giudizio di convalida del trattenimento è l' ultimo anello di una procedura condotta secondo modalità semplificate ed abbreviate, gestite da un giudice retribuito a cottimo. L' effetto è la sommarietà e la riduzione delle garanzie giurisdizionali. La convalida del giudice, entro le prime 96 ore, conferma il trattenimento pregresso e ne giustifica la proroga fino al trentesimo giorno, tuttavia, come dispone l' art. 13, co. 3, cost., la convalida giurisdizionale dovrebbe riguardare solamente le restrizioni alla libertà personale già effettuate e non quelle future. A questo quadro si aggiunge l' ampia discrezionalità dell' autorità di pubblica sicurezza che consente al questore (non al giudice) di disporre il trattenimento, teoricamente solo in casi eccezionali (art. 13 cost.), praticamente in ipotesi molto estese, rendendo ordinario e non straordinario questo *modus operandi*.

I punti critici del trattenimento degli stranieri presso i C.I.E. sono molteplici. Si può notare infatti come la detenzione amministrativa dipenda in alcune circostanze da motivi estranei al cittadino extracomunitario, come nel caso dell' assenza di un vettore per eseguire il rimpatrio. Essa, inoltre, è sovente disposta dal questore e non dal giudice, con le conseguenti carenze in termini di controllo da un lato e le possibili arbitrarietà dall' altro.

d) Diritto all' unità familiare

In tema di diritto all' unità familiare, previsto all' art. 29 della Costituzione¹³⁹, la Corte costituzionale nella sent. 28/1995 ha riconosciuto il carattere fondamentale di tale diritto, sostenendo inoltre che eventuali limiti legislativi posti allo stesso saranno valutati non solo in base al principio della ragionevolezza, ma altresì bilanciati con altri valori di rilevanza costituzionale. Il diritto al ricongiungimento familiare viene, tuttavia, riconosciuto dalla legislazione vigente solamente ai migranti “regolari”¹⁴⁰.

La Consulta si pronuncia sul diritto all' unità familiare con la sentenza n. 376 del 2000, nella quale dispone l' incostituzionalità di una norma contenuta nel testo unico per la parte in cui non amplia il divieto di espulsione del migrante “irregolare” coniuge e convivente di una donna in stato di gravidanza o nei 6 mesi successivi alla nascita del figlio. In questa occasione il giudice costituzionale ha sostenuto che “alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l' educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica”. La disposizione dichiarata illegittima, violerebbe inoltre i diritti e le esigenze del minore ad essere educato e curato da entrambi i genitori. La Consulta con il termine “famiglia” fa riferimento esclusivamente a persone coniugate come mostra in successive pronunce quando non estende tale diritto a coppie conviventi che non abbiano contratto matrimonio.

e) Diritti sociali

Se da un lato si registra una certa parificazione tra lo straniero ed il cittadino per il godimento dei diritti fondamentali della persona umana, d' altro canto non si può dire lo stesso in relazione ai “diritti che costano”¹⁴¹. I diritti sociali, infatti, vengono in linea di principio scarsamente riconosciuti ai migranti “irregolari” in quanto presuppongono per

139 L' art. 29 della Costituzione recita: “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull' eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell' unità familiare”.

140 Sul punto si veda E. Rossi, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell' immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005., pp. 137 ss.

141 A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell' uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010, pp. 18 ss.

il loro concreto godimento un esborso economico da parte dello Stato. La tutela apprestata riguarda le basilari esigenze dell' individuo connesse ad un nucleo imprescindibile di diritti di cui ogni individuo dovrebbe godere. I diritti in questione, per il loro fondamentale legame con la dignità umana, dovrebbero essere fruibili a tutti, a prescindere da qualsiasi ponderazione rispetto agli interessi economici dello Stato¹⁴². La Costituzione italiana li proclama, ma non prevede dal punto di vista del loro concreto esercizio un' immediata salvaguardia. Come da dottrina, si può sostenere che un diritto non realmente garantito dallo Stato al soggetto, anche se affermato a livello costituzionale, non possa considerarsi tale. Al diritto soggettivo ad una prestazione non corrisponde una concreta garanzia dello stesso, ovvero obblighi o doveri pendenti sui pubblici poteri volti a rendere effettivo tale diritto, in tal senso si crea una lacuna nell' ordinamento. I diritti sociali sul piano della realizzabilità tecnica, ovvero della loro implementazione, possono essere garantiti al pari degli altri diritti, in modo gratuito, obbligatorio, nonché automatico, come accade per l' istruzione pubblica gratuita ed obbligatoria, l' assistenza sanitaria gratuita o il reddito minimo garantito. Su un altro piano si innesta la loro fattibilità politica. I diritti sociali richiedono per la loro soddisfazione delle risorse ed una loro redistribuzione in favore dei ceti meno abbienti, fatto inconciliabile con la dominante logica del mercato che ha portato allo smantellamento dello Stato sociale di diritto. Gli ostacoli all' effettiva garanzia dei diritti sociali sono dunque di natura politica¹⁴³. E' principalmente in riferimento a tali diritti, inoltre, che si realizza la maggiore discriminazione nei confronti degli stranieri "irregolari", proprio nell' ambito che favorirebbe il perseguimento dell' uguaglianza sostanziale.

All' interno della Costituzione si possono trarre i diritti sociali spettanti anche ai non cittadini, oltre che dai specifici articoli, altresì dall' art. 10 co. 2 e dall' art. 2. In riferimento al primo, si può osservare come da un lato l' accesso a tali diritti coadiuva la definizione della condizione giuridica dello straniero, mentre dall' altro si sancisce la riserva di legge e la sua conformità al diritto internazionale. L' articolo 2 cost., invece, stabilisce la protezione dei diritti inviolabili della persona umana, nella misura in cui anche i diritti sociali vengano considerati come tali. Vi sono inoltre gli articoli specifici che all' interno del testo costituzionale sanciscono: il diritto alla salute (art. 32), all' istruzione (artt. 33 e 34), all' abitazione¹⁴⁴, alla sicurezza sociale (art. 38) e quelli

142 P. Stancati, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, cit., pp. 33 ss.

143 L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 26 ss.

144 Non espressamente previsto nella Costituzione, ma identificato come diritto fondamentale dalla

spettanti ai lavoratori (condizionati dal possesso del permesso di soggiorno). Alcuni di questi diritti, per la loro connessione con elementi imprescindibili della vita umana, vengono garantiti indipendentemente dalla regolarità del soggiorno. Si tratta dell'essenza del diritto alla salute e dei diritti riconosciuti ai minori, che in quanto facenti parte di un nucleo vitale non possono rimanere privi di tutela¹⁴⁵.

In materia di lavoro, l' articolo 35 della Costituzione, riferisce che esso debba essere tutelato “in tutte le sue forme”. Proprio da questa prescrizione deriva la salvaguardia del lavoro irregolare degli stranieri per quel che concerne principalmente le prestazioni comunque eseguite dal soggetto e il dovere delle istituzioni di adoperarsi al fine di regolarizzare il lavoro sommerso. Quest' ultimo, “in quanto fenomeno sociale significativo, non può essere considerato un comportamento deviante individuale, che espone il singolo alle conseguenze delle sue azioni (nel caso dello straniero, in particolare, all' espulsione), ma una dinamica sociale di creazione e mantenimento di un mercato parallelo a basso costo che deve essere regolato”¹⁴⁶. L' immigrazione irregolare viene agevolata dalla struttura del mercato del lavoro italiano caratterizzata da un' economia sommersa dalle dimensioni sproporzionate¹⁴⁷. Per cui se si volesse realmente “combattere” questo fenomeno bisognerebbe intervenire sulla domanda che lo alimenta, tuttavia il migrante-lavoratore(-schiavo) a basso costo, privo di alcun tipo di tutela, nonché ricattabile dal datore di lavoro che può denunciare la sua presenza “illegale” sul suolo italiano, è “utile” all' arricchimento dell' economia italiana. In un sistema economico liberista in cui vige la regola della libera concorrenza il basso costo della manodopera gioca un ruolo fondamentale. La legislazione statale in materia di immigrazione “implica un incentivo di fatto alla clandestinità, ogni irrealistica scelta di irrigidire l' ingresso migratorio implica una consapevole tolleranza dello sfruttamento economico della clandestinità”¹⁴⁸.

giurisprudenza costituzionale che lo ha correlato alla dignità umana. Come afferma la sent. n. 217/1988, “contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l' immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso”. (B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, in *Convegno nazionale dell' associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 9)

145 Relativamente ad essi si rimanda ai capitoli successivi.

146 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., pp. 24-25.

147 M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, cit., pp. 71 ss. L' autore evidenzia, sulla base di ricerche sociologiche, la segmentazione del mercato del lavoro in Italia, in cui i lavoratori stranieri occupano il gradino più basso della scala sociale svolgendo le mansioni più precarie, mal retribuite e poco appaganti, in una frase sola: i lavori “che gli italiani non vogliono fare”. Questo ha inoltre permesso ai cittadini di ricoprire ruoli dirigenziali, nonché alle donne italiane di dedicarsi al lavoro extra-domestico.

148 A. Guazzarotti, *Lo straniero, i diritti, l' eguaglianza*, in *Questione Giustizia*, fasc 1/2009, p. 99.

Concludendo si può affermare che la semplice presenza di un individuo sul territorio dello Stato italiano è sufficiente ad attribuire a costui un nucleo essenziale di diritti, in quanto la Costituzione assume come principio fondante il principio personalista contenuto nell' art. 2, il quale garantisce i diritti inviolabili ad ogni persona, a prescindere da qualsiasi differenziazione, e relativamente a questi limita la sovranità statale¹⁴⁹. Il legislatore, infatti, nel regolare i vari ambiti che il fenomeno migratorio coinvolge, non può in alcun modo scalfire quel nucleo inderogabile di diritti fondamentali che spettano ad ogni essere umano in quanto tale. A livello legislativo è necessario rilevare la norma-principio esplicitata nell' art. 2, co. 1, T.U., la quale stabilisce che “allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti”. Tuttavia tali dichiarazioni di tutela dei diritti inderogabili dell' uomo al migrante “irregolare” non sono sufficienti a garantire una vita dignitosa a soggetti che, per il solo motivo di non possedere un permesso di soggiorno, si ritrovano vittime dell' azione degli Stati orientata prevalentemente al perseguimento dei propri interessi. “La disciplina della condizione giuridica dello straniero rivela la difficoltà della convivenza fra diritti della persona umana universali e prerogative di una sovranità che difende il proprio territorio e la sicurezza (e, in particolare, il benessere) dei suoi membri: diritti e sovranità rappresentano due orizzonti che, se assolutizzati, tendono a negarsi a vicenda”¹⁵⁰.

Tabella: Riepilogo delle sentenze della Corte Costituzionale citate nel capitolo, con riferimento ai diritti fondamentali del non cittadino

	Sentenze precedenti al T.U.	Sentenze successive al T.U.
Sentenze interpretative che consentono di estendere il riconoscimento dei diritti fondamentali al non cittadino, a prescindere dal mero dato testuale della Costituzione	25/1966, 120/1967, 104/1969, 33/1974, 102/1975, 46/1977, 199/1986, 219/1995	148/1998, 105/2001
Uguale titolarità dei diritti tra cittadino e straniero, ma facoltà di bilanciare tali interessi con altri di rango costituzionale	244/1974, 503/1987, 62/1994, 353/1997	
Parità di trattamento tra stranieri	54/1979	

149 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., p. 27.

150 A. Algostino, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2/2003, p. 623.

Allontanamento:	244/1974, 34/1995, 353/1997	Ordd. 146 e 200 del 2002
- divieto di reingresso e pene connesse		261 e 266 del 2005
Diritto alla difesa:	109/1974, 232/1989, 10/1993	198/2000, 105/2001, 385/2001
- diritto alla traduzione degli atti	10/1993	198/2000, 227/2000, 257/2004
- rito camerale		161/2000, 105/2001, 35/2002, ordd. 140 e 385 del 2001
- libertà personale		222/2004
- reato di trattenimento "senza giustificato motivo"		5/2004, 223/2004, 22/2007
- trattenimento nei C.I.E., libertà personale		105/2001, 35/2002
Diritto all' unità familiare	28/1995	376/2000
Diritti sociali: diritto all' abitazione	217/1988	

2.2 Spagna

2.2.1 La Costituzione

Analogamente all' Italia, il fenomeno dell' immigrazione inizia ad interessare la Spagna verso i primi anni Ottanta del Novecento, cogliendo impreparato dal punto di vista legislativo¹⁵¹ questo Paese che fino a quel momento si era principalmente occupato di salvaguardare la condizione dei suoi cittadini emigrati all' estero per motivi economici. L' arrivo di cittadini extracomunitari, maggiormente provenienti dai Paesi del Maghreb, America Latina ed Oriente, è aumentato in modo esponenziale negli ultimi decenni trasformando la Spagna in una zona d' immigrazione. Questo cambiamento si è ripercosso sulle istituzioni pubbliche che guardarono fin da subito il fenomeno in un' ottica emergenziale e nonostante il quadro normativo fosse carente, la loro attività si è caratterizzata almeno inizialmente per la sua inerzia¹⁵². Un' ulteriore similitudine con l'

¹⁵¹ Il primo tentativo di regolamentare la materia è rappresentato dalla *Ley Organica* n. 7/1985 sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna. Essa era caratterizzata dalla sua scarsa completezza in quanto risaliva ad un periodo in cui l' immigrazione in Spagna era esigua, inoltre non si faceva alcun cenno all' integrazione sociale dei migranti.

¹⁵² Solo nel 2000 con la *Ley Organica* n. 4 la disciplina della condizione giuridica dello straniero assume una certa consistenza. La legge prevede i diritti e le libertà degli stranieri, la loro integrazione sociale, la regolamentazione dell' ingresso e l' espulsione. Essa è volta principalmente all' inserimento nella società dei migranti dotati del permesso di soggiorno e conseguentemente ad una equiparazione nel godimento dei diritti tra non cittadini e spagnoli. Relativamente ai c.d. "irregolari" la normativa riconosce comunque un nucleo minimo di diritti imprescindibili. La *Ley Organica de Extranjeria* definisce i diritti spettanti agli immigrati presenti in Spagna e all' art. 3, co. 1, come modificato dalla successiva *Ley Organica* n. 8/2000, sostiene il pieno riconoscimento dei diritti contenuti nel titolo I della Costituzione a tutti gli individui, conformemente alle disposizioni dei trattati internazionali e

Italia è rappresentata dalla consistente presenza di immigrati che soggiornano sul territorio nazionale privi del permesso di soggiorno. La legislazione spagnola se da un lato favorisce l' integrazione sociale degli stranieri (almeno quella più risalente), dall' altro è caratterizzata da scelte normative che non sempre si configurano come compatibili rispetto ad un' incisiva tutela di quei diritti fondamentali proclamati nel testo costituzionale e nei trattati internazionali sui diritti dell' uomo. “Appare del resto assai dubbio che la restrizione dei diritti fondamentali costituisca un efficace strumento di contrasto dell' immigrazione irregolare”¹⁵³, la quale invece viene alimentata da quelle normative nazionali volte ad ostacolare la possibilità per il migrante di ottenere e mantenere una condizione di regolarità.

La Costituzione spagnola (CE), proclamata nel 1978, al titolo I (diritti e doveri fondamentali), capitolo I (degli spagnoli e degli stranieri), articolo 13 tratta della condizione giuridica dello straniero. Il primo comma di tale articolo afferma che gli stranieri godono delle libertà pubbliche sancite nel titolo I¹⁵⁴, secondo i termini stabiliti dalla legge e dai trattati. Il secondo comma, invece, prevede la facoltà di elettorato attivo e passivo solo per i cittadini spagnoli (come sancito dall' art. 23 CE) salvo leggi o trattati che la estendano agli stranieri, però limitatamente alle elezioni municipali. Quanto previsto all' art. 13, co. 1, se da un lato riconosce i diritti fondamentali anche ai

delle leggi che disciplinano tale materia. Il principio di eguaglianza affermato dall' art. 3, co. 2 della LO 4/2000, come modificato dalla LO 2/2009, non è però da intendersi in senso ampio in quanto incontra come maggiore limite le norme previste dalla *Ley Organica*. Questa normativa, inoltre, si sofferma principalmente sui diritti non esplicitamente riferiti a tutti gli individui, laddove invece trascura quelli attribuiti letteralmente a tutte le persone o affermati in modo impersonale.

Relativamente al primo gruppo di diritti, il legislatore amplia la loro tutela anche ai non cittadini, riservandosi tuttavia la facoltà di apporre limitazioni in ragione della regolarità del soggiorno. Ciò accade soprattutto per i diritti sociali, i quali vengono scissi tra quelli che compongono un nucleo essenziale inviolabile, quindi spettanti anche ai migranti “irregolari”, e quelli che permettono uno standard di benessere più elevato che sono riconosciuti solo agli spagnoli e ai migranti regolari. Una disposizione rilevante, al nostro fine, della *Ley Organica de Extranjeria* è il diritto-dovere di essere in possesso dei documenti che certificano la propria identità e condizione (art. 4). Infine, il tentativo dello straniero di entrare illegalmente in Spagna o la sua presenza irregolare sul territorio, sono considerati dalla legge infrazioni gravi (in base al principio secondo cui il diritto di entrare e soggiornare in uno Stato è considerato un diritto umano solo se il Paese di destinazione “reputa l' uomo stesso utile al proprio sviluppo”). (A. Algostino, *Lo status degli stranieri in Spagna: brevi note sulla nuova legge organica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3/2000, p. 985). Sull' evoluzione della legislazione spagnola si veda: F. Balaguer Callejón, *I diritti degli stranieri in Spagna*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2/2003, pp. 667 ss. e L. Melica, *La legislazione spagnola in materia di immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2001, pp. 43 ss.

153 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., p. 174.

154 Tra le quali si annoverano: uguaglianza di fronte alla legge (art. 14), diritto alla vita (art. 15), libertà di pensiero e religiosa (art. 16), libertà personale (art. 17), diritto alla privacy e inviolabilità del domicilio (art. 18), libertà di residenza e di circolazione (art. 19), libertà d' espressione (art. 20), diritto di riunione (art. 21), diritto di associazione (art. 22), diritto di partecipazione alla vita pubblica (art. 23), diritto alla difesa (art. 24), diritto all' educazione (art. 27), libertà di associazione sindacale e diritto allo sciopero (art. 28), diritto alla salute (art. 43), diritto alla casa (art. 47).

non cittadini, dall' altro paventa la possibilità per la legge di restringerli, rendendo tale disposizione costituzionale vaga, indefinita e potenzialmente contraddittoria¹⁵⁵. Una parte della dottrina sostiene, contrariamente, la chiarezza del precetto costituzionale dal quale si può desumere che non sarà il legislatore a stabilire la titolarità dei diritti fondamentali dello straniero. Il potere legislativo ha il compito più ampio, seppur non illimitato, di delineare la condizione giuridica del non cittadino nella garanzia di tutti i diritti costituzionali, non solo quelli fondamentali¹⁵⁶.

Nel testo costituzionale spagnolo i diritti sanciti vengono a volte conferiti a “tutti”, a “tutte le persone”, agli “spagnoli”, ai “cittadini” o si ricorre a locuzioni impersonali, imponendo di volta in volta una loro interpretazione sulla base dell' art. 13 per individuare quelli che si possono considerare fondamentali. Il motivo di tale indeterminatezza è da ricercare nel fatto che la Costituzione, risalente al 1978, non poteva pronosticare l' aumento del numero di immigrati e quindi la necessità di delineare i diritti ad essi connaturati. L' art. 13 CE è da considerarsi il principio cardine nella definizione della condizione giuridica dello straniero, a completamento della quale interviene l' art. 10 CE. Quest' ultimo viene considerato la norma-chiave del catalogo dei diritti contenuto nel titolo I, al cui comma 1 stabilisce che il fondamento dell' ordine politico e della pace sociale è rappresentato: dalla dignità della persona umana, dai diritti inviolabili, dal libero sviluppo della personalità, dal rispetto della legge e dei diritti altrui. Ciò permette di constatare il fatto che il principio ispiratore dei diritti contenuti nella Costituzione spagnola sia la dignità umana, aprendo la strada all' importante considerazione che i diritti fondamentali spettino alla persona umana in quanto tale a prescindere dalla cittadinanza e soprattutto dalla condizione di regolarità del soggiorno¹⁵⁷. Il principio della dignità della persona umana rappresenta il fondamento dei diritti dell' essere umano, nonché il punto di partenza per lo sviluppo di altri. Tale principio si configura come un diritto costituzionale fondamentale in quanto proibisce che la persona sia un considerata un mero oggetto da parte del potere statale, imponendo inoltre allo stesso azioni positive volte al benessere del soggetto¹⁵⁸.

Il comma 2 dell' art. 10 CE va posto, similmente al comma 1, in connessione con l' art.

155 F. Balaguer Callejón, *I diritti degli stranieri in Spagna*, cit., p. 663.

156 J. L. García Guerrero, *I diversi statuti giuridici dei diritti e delle libertà nell' ordinamento costituzionale spagnolo e la configurazione imposta al legislatore*, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 194.

157 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., pp. 158 ss.

158 J. M. Goig Martínez, *Derechos de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo*, in *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n° 1 2006, www.uned.es, p. 2.

13 CE per una più strutturata definizione della condizione giuridica del non cittadino in quanto esso dispone che le norme sui diritti fondamentali e le libertà, previste nella Costituzione, debbano essere interpretate conformemente alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell' Uomo e ai trattati ed accordi internazionali sulle medesime materie ratificati dalla Spagna. I diritti sanciti costituzionalmente, quindi, devono essere in armonia con quanto previsto dalle carte sui diritti umani, benché quanto disposto dall' art. 10, co. 2, CE, non permetta di elevare i principi internazionali al rango costituzionale¹⁵⁹. Le disposizioni contenute nella Costituzione oltre a porre dei limiti al potere normativo attraverso la riserva di legge (art. 13, co. 1, CE), prefigurano altresì un proprio statuto dello straniero grazie al rinvio ai principi enunciati nelle dichiarazioni internazionali. Il principio costituzionalmente sancito della dignità della persona umana e dei diritti inviolabili che le sono connaturati, consentono di delineare quel nucleo essenziale di diritti fondamentali che devono essere riconosciuti a tutti, a prescindere dalla nazionalità e dalla regolarità del soggiorno. Riconoscendo un livello imprescindibile di garanzia dei diritti inderogabili ad ogni individuo, il legislatore viene vincolato al suo solenne rispetto nel disciplinare la materia dell' immigrazione.

La condizione giuridica dello straniero in Spagna viene plasmata da una pluralità di norme di diverso livello: la Costituzione (principalmente il suo titolo I), i trattati internazionali in materia di diritti umani e la *ley organica* sui diritti degli stranieri. A ciò si deve aggiungere la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*¹⁶⁰.

2.2.2 La giurisprudenza del Tribunal Constitucional

Il *Tribunal*, nell' interpretare la Costituzione spagnola, si è dovuto misurare con la vaghezza dei suoi precetti circa la condizione dello straniero. Questa indeterminatezza è stata fin da subito un ostacolo alla sua attività. Nella prima pronuncia sul tema (sentenza 107/1984) esso definisce i diritti del non cittadino come diritti a configurazione legale, ampliando potenzialmente da un lato il potere normativo in materia e restringendo dall' altro le garanzie costituzionali riconosciute agli stranieri. Il suo intento non era tuttavia quello di declassare tali diritti come è evidente nella stessa sentenza, laddove il *Tribunal* sostiene la relazione tra i diritti fondamentali del non cittadino e la dignità della persona umana (art. 10, co. 1, CE). Questi diritti spettano alla persona in quanto tale, per cui devono essere garantiti ad ognuno a prescindere dalla cittadinanza o dalla nazionalità. L'

¹⁵⁹ Sentenza del *Tribunal Constitucional* (STC) 36/1991.

¹⁶⁰ F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., pp. 159-160.

ambigua affermazione dei diritti a configurazione legale sta ad indicare che i diritti e le libertà riconosciuti agli stranieri sono quelli proclamati dalla Costituzione, nonostante il loro contenuto in concreto venga determinato dalla legge. Diritti come quello alla vita, all' integrità fisica e morale, alla privacy e la libertà di pensiero spettano agli stranieri per previsione costituzionale e non è ammissibile un trattamento discriminatorio rispetto ad essi. Dalla presente pronuncia si può desumere che i diritti dei migranti “irregolari” rappresentano una categoria di diritti per la cui titolarità è sufficiente essere persone, una sorta di diritti naturali suscettibili a restrizioni, ma non basate sulla nazionalità del soggetto¹⁶¹.

La sentenza 107/1984 rileva anche per quanto riguarda la suddivisione in gruppi dei diritti sanciti costituzionalmente, prevista nel fondamento giuridico 4°. Il *Tribunal* afferma che la questione dell' estensibilità ai non cittadini della titolarità o meno di un diritto dipende dal diritto a cui si fa riferimento. A tal fine è stata operata la differenziazione che porta all' individuazione di tre categorie: la prima comprende i diritti garantiti sia al cittadino che allo straniero, la seconda include quelli riconosciuti esclusivamente ai cittadini, come quelli politici, mentre il terzo incorpora i diritti che vengono estesi anche agli stranieri solo se previsto per legge o da trattati internazionali, introducendo la possibilità di attuare differenziazioni di trattamento tra cittadini e non¹⁶². La dottrina, tuttavia, sostiene la necessità di superare tale ripartizione in quanto i diritti si possono dividere esclusivamente tra quelli spettanti ai cittadini e quelli riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale¹⁶³.

Il *Tribunal Constitucional* si rende presto conto che nella STC 107/1984, avendo inteso un' estensione del potere legislativo in materia di diritto degli stranieri, si era posto in controtendenza rispetto a quel principio che caratterizzerà tutta la sua giurisprudenza, ovvero l' indissolubile legame tra i diritti fondamentali e la dignità della persona umana. Infatti, nella sentenza n. 99/1985, oltre ad affermare la parità tra spagnoli e stranieri nel godimento del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva (art. 24, co. 1, CE), il *Tribunal* dichiara che i non cittadini godono di diritti inviolabili che sono sanciti nella

161 F. Flores, *Los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell' immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 154.

162 Sulla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* alla luce di questa ripartizione si veda M. Jiménez De Parga y Cabrera, *La inmigración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, www.tribunalconstitucional.ad, 3 ottobre 2003.

163 J. García Roca, *La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y la modulaciones legales a sus contenidos*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell' immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 101.

Costituzione, per cui il potere legislativo sarà obbligato al loro rispetto nella regolamentazione dell'immigrazione. Relativamente a questi diritti vige quindi il principio dell'uniformità tra spagnoli e stranieri nel godimento degli stessi. Lo *status* costituzionale dei diritti fondamentali non varia se il titolare è il cittadino oppure lo straniero. Vigono comunque le regole secondo cui: la disciplina dei diritti è sottoposta a riserva di legge, il potere legislativo è tenuto al rispetto del contenuto essenziale degli stessi nel regolare il loro godimento¹⁶⁴. Quanto sostenuto nella sent. 99/1985 verrà poi ribadito in altre pronunce, diventando un riferimento essenziale di tutta l'attività dell'organo di giustizia costituzionale in materia¹⁶⁵. Un esempio è la sentenza 115/1987 nella quale il *Tribunal* sostiene che la Costituzione non si riferisca solamente agli spagnoli, ma anzi che vi siano dei diritti garantiti anche agli stranieri, i quali rappresentano un vincolo all'azione legislativa. Questo potere quindi incontra come limite invalicabile l'osservanza dell'essenza del diritto. In seguito alla STC 115/1987 viene considerata superata la classificazione tripartita dei diritti operata precedentemente, in favore della determinazione del contenuto essenziale del diritto. Il nucleo imprescindibile del diritto si può definire sulla base delle finalità dello stesso nonché delle limitazioni legittime che si possono praticare al suo godimento¹⁶⁶.

Nella STC 242/1994 il *Tribunal* ribadisce l'impostazione della precedente sentenza, sostenendo che nonostante l'art. 13 CE preveda la facoltà del legislatore di restringere i diritti inderogabili degli stranieri, questa non è incondizionata e non può determinare un'inosservanza del loro nucleo basilare. L'interpretazione della Costituzione è quindi volta ad assicurare un nucleo di diritti fondamentali a tutti i non cittadini che limita l'azione del potere legislativo in quanto tali diritti sono connessi con la dignità umana e con i principi fissati internazionalmente. Il giudice costituzionale si richiama al rispetto dell'essenza del diritto sancito dalla Costituzione e dai trattati ratificati dalla Spagna, il quale circoscrive e condiziona la discrezionalità legislativa in materia¹⁶⁷.

Il legislatore, contrariamente, ha più volte sostenuto che quanto disposto dall'art. 13, co.1, CE, gli conferisca la facoltà di discernere tra i diritti spettanti agli stranieri sulla

164 F. Balaguer Callejón, *I diritti degli stranieri in Spagna*, cit., p. 665.

165 Tra le altre si può far rif. alla n. 94/1993, al cui fondamento giuridico 3° il *Tribunal* riconosce che l'art. 13, co. 1, CE, conferisce al legislatore la facoltà di condizionare il godimento dei diritti fondamentali nei confronti degli stranieri, tuttavia tale potere non è assoluto e trova il suo limite proprio nella Costituzione.

166 P. C. Atehortua Castaño, J. M. Vengoechea Barrios, *El estatuto jurídico constitucional de los extranjeros en España*, cit., p. 41.

167 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., p. 165.

base della regolarità del soggiorno.

La sentenza del TC n. 95 del 10 aprile 2000, estende la titolarità dei diritti dei non cittadini a tutti i diritti costituzionali connessi con la realizzazione del principio della dignità umana, in questo caso con specifico riferimento al diritto alla salute sancito all' articolo 43 delle Costituzione¹⁶⁸.

Il *Tribunal*, in risposta alle politiche migratorie volte a comprimere la situazione soggettiva dei migranti “irregolari”, interviene attraverso la sentenza 95/2003 affermando la necessaria tutela dei diritti inderogabili per tutti gli individui. L' organo di giustizia costituzionale, coerentemente rispetto alla sua precedente giurisprudenza, ribadisce i principi dell' osservanza dell' essenza del diritto e della dignità umana, i quali individuano un nucleo di diritti che non possono essere negati a nessuno. Similmente, nella STC 117/1998 il *Tribunal* dichiara la sussistenza di un contenuto essenziale di cui il legislatore non può disporre e che lo obbliga a riconoscere il diritto alla giustizia gratuita a coloro che non hanno sufficienti risorse economiche.

Il forte richiamo al principio della dignità della persona umana permette all' organo costituzionale di andare oltre l' indeterminatezza dell' art. 13 ed estendere i diritti inderogabili sanciti costituzionalmente anche agli stranieri. Questo principio consente di definire un nucleo intangibile di diritti spettanti alla persona. Le differenziazioni che il legislatore vuole effettuare tra cittadini e stranieri si devono quindi situare oltre il confine del contenuto essenziale dei diritti¹⁶⁹.

Particolarmente rilevante è la sentenza n. 236 del 7 novembre 2007 nella quale il *Tribunal Constitucional*, in seguito alle numerose istanze di legittimità costituzionale pervenutegli, si pronuncia sulle forti restrizioni ai diritti fondamentali dei migranti “irregolari” operati dalla *Ley Organica 8/2000*¹⁷⁰. Dichiarando costituzionalmente

168 La sentenza verrà esaminata più dettagliatamente nel paragrafo 2 del capitolo 3.

169 F. Balaguer Callejón, *I diritti degli stranieri in Spagna*, cit., p. 667.

170A detta sentenza seguirono altre pronunce del *Tribunal Constitucional* in cui vennero dichiarate incostituzionali varie norme della LO 8/2000, specificatamente si tratta della STC 259/2007, STC 260/2007, STC 261/2007, STC 262/2007, STC 263/2007, STC 264/2007, STC 265/2007. Il percorso che portò all' emanazione della nuova normativa è abbastanza singolare, infatti, la *Ley Organica 4/2000* fu approvata nel gennaio dello stesso anno con il parere discordante del Partito popolare che, una volta vinte le elezioni nei mesi successivi, promulgò a dicembre la *Ley Organica 8/2000* che apportava importanti modifiche al testo antecedente. Essa era permeata dalla volontà di restringere notevolmente i diritti garantiti ai migranti “irregolari” nell' inottemperanza del principio secondo cui fintato che un soggetto in condizione illegale è presente sul territorio nazionale, quindi prima della sua espulsione, esso può godere di quei diritti connessi alla dignità umana. La cornice legislativa precedente riferiva generalmente a tutti gli stranieri che si trovavano in Spagna la libertà di riunione, di associazione, di manifestazione, di associazione sindacale e di sciopero. La nuova legge invece riconosceva questi ultimi solo a coloro che erano in possesso del permesso di soggiorno, introducendo una rilevante discriminazione sulla base della condizione amministrativa del soggetto. La successiva normativa in materia di immigrazione è la *Ley Organica 14/2003*, la quale tuttavia non introduce

illegittime le previsioni normative ivi contenute, il giudice costituzionale ribadisce ancora una volta che il legislatore non può interdire il godimento di quei diritti previsti dalla Costituzione e legati alla dignità umana che spettano a tutti i non cittadini per il semplice fatto di essere persone. In quanto valore spirituale e morale inerente alla persona, la dignità deve rimanere inalterata qualsiasi sia la condizione del soggetto. Essa inoltre configura un *minimum* di diritti che tutto lo statuto giuridico deve rispettare. Nel fondamento giuridico 4°, con particolare riferimento ai migranti in situazione irregolare, il *Tribunal* dichiara che l' inadempimento del requisito di regolare residenza non è sufficiente a consentire al legislatore di privare il soggetto dei diritti che gli sono riconosciuti dalla Costituzione in base alla sua condizione di persona. Proseguendo viene riconosciuto che l' art. 13, co. 1, CE, conferisce al potere legislativo una rilevante libertà nel regolare i diritti e le libertà spettanti agli stranieri, tuttavia a tale libertà sono poste delle condizioni. La prima è l' esame della connessione tra il diritto e la dignità umana, la seconda riguarda l' osservanza del contenuto essenziale del diritto sancito nella Costituzione, mentre la terza è la conformità rispetto al dettato costituzionale e i trattati internazionali. Infine, le condizioni di esercizio stabilite dalla legge devono essere indirizzate a tutelare altri diritti, beni o interessi costituzionalmente protetti e mantenere la proporzionalità adeguata rispetto allo scopo perseguito. “La sentenza ha dunque il merito di aver posto dei precisi paletti all' azione del legislatore imponendo il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti degli immigrati “irregolari” presenti in Spagna”¹⁷¹.

I diritti degli stranieri, principalmente quando connessi con la dignità umana, possono essere limitati dalle esigenze della politica migratoria, ovvero della regolazione dei flussi, solamente se rispettano una serie di criteri. La dottrina sostiene, infatti, la necessità di ponderare lo scopo della limitazione posta al diritto ed il contenuto fondamentale dello stesso¹⁷². Le restrizioni ai diritti fondamentali operate dal legislatore dovranno essere: razionali, socialmente accettabili, necessarie¹⁷³, proporzionali rispetto al fine (cioè maggiore il sacrificio per il diritto soggettivo, più estesi devono essere i

particolari stravolgimenti circa la condizione del migrante “irregolare”.

171 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., p. 166.

172 S. García Vázquez, J. Goizueta Vértiz, *Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 11 2007, <http://ruc.udc.es>, p. 10.

173 Il termine “necessarie” deve essere inteso come l' impossibilità di sostituire tali limitazioni ai diritti fondamentali con altri mezzi meno gravosi per il soggetto.

benefici per la collettività e viceversa)¹⁷⁴.

Rimane tuttavia aperta la questione della determinazione di quali diritti siano inerenti alla dignità umana, criterio che non è mai stato argomentato in modo chiaro dalla giurisprudenza costituzionale, tantomeno dalla STC 236/2007. Risulta dunque difficile delineare esplicitamente il quadro dello *status* giuridico dello straniero in Spagna, ovvero dei diritti e libertà di cui gode, a maggior ragione se non possiede l'autorizzazione a risiedere¹⁷⁵. Dalla giurisprudenza costituzionale si può evincere che la linea interpretativa seguita dal *Tribunal* nel definire lo statuto giuridico del non cittadino è la valutazione caso per caso del diritto in questione. Attraverso un apprezzamento della connessione con la dignità umana l'organo costituzionale decide se attribuire una determinata libertà altresì allo straniero "irregolare"¹⁷⁶.

a) Allontanamento e libertà personale

La giurisprudenza costituzionale in materia di espulsione si profila in concomitanza con le prime pronunce sul tema dell'immigrazione. In occasione della sentenza 115/1987 il *Tribunal* dichiara la costituzionalità del trattenimento con carattere preventivo e cautelare ai fini dell'espulsione del migrante "irregolare". Tale restrizione della libertà personale (art. 17 CE) deve avere tuttavia un fondamento giuridico, nonché essere considerata come un'eccezione alla regola generale, non la prassi. Il testo della pronuncia prosegue affermando che le limitazioni poste ai diritti fondamentali sono ammissibili solo nel momento in cui vi sia un sistema di garanzie sufficienti che riducano al minimo il rischio di un uso arbitrario ed ingiustificato di tale potere (fondamento giuridico 4°).

In tema di espulsione il *Tribunal* si è nel corso del tempo pronunciato varie volte e, definendo tale provvedimento una "grave misura", ha sostenuto la presenza di determinate condizioni per la sua esecuzione. La decisione di allontanamento deve infatti: potersi ricondurre a fattispecie presenti in leggi o atti aventi forza di legge, sussistere concretamente il fatto in base al quale viene giustificato il provvedimento. È inoltre necessario che siano chiari i motivi per cui si è scelta l'espulsione e non l'ammenda, la quale è sicuramente meno gravosa. Da ultimo, è doveroso il rispetto delle

174J. García Roca, *La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y la modulaciones legales a sus contenidos*, cit., p. 106-107.

175 M. González Beilfuss, *El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración*, in *Revista catalana de dret públic*, n° 40 2010, www10.gencat.net, pp. 6 ss.

176 J. L. García Guerrero, *I diversi statuti giuridici dei diritti e delle libertà nell'ordinamento costituzionale spagnolo e la configurazione imposta al legislatore*, cit. 201.

garanzie procedurali minime nell' esecuzione della misura di allontanamento¹⁷⁷.

Diverse sentenze hanno poi riconosciuto che il trattenimento degli stranieri privi del permesso di soggiorno al fine di attuare l' espulsione dello straniero “irregolare” si caratterizza come una privazione della libertà personale derivante dall' esecuzione di un provvedimento amministrativo. Tale misura deve essere prevista da una norma con rango di legge, deve essere proporzionata rispetto al fine perseguito nonché adottata attraverso un atto motivato¹⁷⁸. Il *Tribunal* ha affermato anche che il diritto alla libertà personale previsto dall' art. 17 CE persiste nelle zone di frontiera e nelle aree internazionali degli aeroporti¹⁷⁹. In tali casi il giudice ha sostenuto la rilevanza che assume la limitazione della libertà di movimento. Inoltre il trattenimento finalizzato all' espulsione del migrante “irregolare” deve essere preceduto da un controllo giudiziale per l' accertamento delle cause che hanno indotto l' adozione del provvedimento di allontanamento e permettergli così di implementare i mezzi per la sua difesa, evitando di trasformare la detenzione in arbitraria¹⁸⁰. Nella STC 144/1990 il *Tribunal* sostiene infatti che le decisioni sul trattenimento dello straniero ai fini dell' espulsione devono essere adottate attraverso risoluzioni giudiziali motivate che rispettino il diritto alla difesa.

b) Tutela giurisdizionale

Il giudice costituzionale attraverso la sent. 99/1985 afferma l' eguale titolarità tra cittadini e stranieri dei diritti inerenti la dignità umana. Nel caso di specie si riconosce che la tutela giurisdizionale effettiva appartiene a tutte le persone, come sancito dall' art. 24 della Costituzione e dai trattati internazionali in materia. Nonostante il diritto in questione sia di carattere prestazionale e necessita di un intervento del legislatore per poter essere realmente fruibile, quest' ultimo non può ostacolarne l' esercizio ad alcuni soggetti.

177 Si vedano in rif. le sentenze n. 116/1993 e 24/2000. Il *Tribunal* ha inoltre ricevuto questioni di legittimità costituzionale sollevate da giudici relativamente ad alcune previsioni delle recenti normative, in riferimento alla parte in cui esse non determinavano i criteri sulla base dei quali si doveva prediligere l' ammenda o l' espulsione. L' organo di giustizia costituzionale ha dichiarato infondate le istanze affermando che sussisteva invece una certa determinatezza. In rif. si vedano le sentenze n. 409/2007 e 454/2007. In materia di espulsione si veda M. Revenga Sánchez, *De los rigores de la Ley a las “dulzuras” del Derecho: la aplicación de la Constitución y el régimen jurídico de las expulsiones*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell' immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 279 ss.

178 Rif. sentenze n. 174/1999, 179/2000.

179 Rif. sentenze n. 174/1999, 24/2000, 53/2002.

180 Rif. sentenze n. 144/1990, 53/2002, 66/1996.

La STC 115/1987 rileva anche per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, sostenendo che il diritto all' assistenza legale gratuita (art. 119 CE) sia funzionale alla realizzazione della stessa, per i soggetti che dimostrano di non avere le sufficienti risorse economiche per sostenere le spese della difesa. Coloro che si trovano in tale condizione sono titolari di un diritto di prestazione al pari degli spagnoli. Ogni individuo presente sul territorio nazionale a prescindere dalla nazionalità o dalla condizione amministrativa può, se privo dei mezzi economici necessari, usufruire dell' assistenza legale gratuita in quanto elemento fondante per il godimento del diritto alla difesa.

Nella sentenza 95/2003 il *Tribunal* si è pronunciato dichiarando incostituzionale quella norma (art. 2, *Ley* 1/1996) che garantiva il diritto all' assistenza legale gratuita (art. 119 CE) solo per gli stranieri che risiedevano legalmente sul territorio nazionale. Il legislatore misconoscendo l' esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale gratuita, strettamente connesso con quello ad una tutela giurisdizionale effettiva ha violato il contenuto costituzionale indisponibile del diritto in relazione ai migranti “irregolari”.

Altre pronunce si sono occupate invece di definire gli elementi del diritto alla difesa del migrante “irregolare”, tra cui il diritto alla conoscibilità degli atti, quindi la loro traduzione¹⁸¹.

c) Diritti civili

Nella sentenza 115/1987 il *Tribunal* afferma che il diritto di riunione e quello di associazione devono essere assicurati a tutti gli individui senza alcuna distinzione basata sulla nazionalità, come previsto dalla Costituzione. Il diritto di riunione non può essere subordinato ad un' autorizzazione amministrativa in quanto in tal modo si sottoporrebbe ad un potere discrezionale, alterando la relativa previsione costituzionale¹⁸². Il giudice costituzionale nel caso specifico ha inoltre sostenuto l' incostituzionalità della disposizione legislativa che attribuiva al Consiglio dei Ministri la facoltà di sospendere temporaneamente le attività delle associazioni nel momento in cui rappresentavano una minaccia per l' ordine pubblico.

Rilevano in questo contesto le sentenze del TC 94/1993 e 24/2000, nelle quali si convalida la costituzionalità della legislazione che limita la libertà di circolazione e di residenza sul territorio dello Stato spagnolo agli stranieri privi dell' autorizzazione a risiedere in quanto libertà non intimamente connesse con la dignità della persona

181 Rif. sentenze n. 71/1988, 117/1998, 24/2000.

182 P. C. Atehortua Castaño, J. M. Vengoechea Barrios, *El estatuto jurídico constitucional de los extranjeros en España*, in <http://works.bepress.com>, 2007, p. 40.

umana. Il legislatore può quindi introdurre differenziazioni sulla base della regolarità del soggiorno, tuttavia non ha piena discrezionalità in materia in quanto la sua azione si deve conformare alle previsioni dettate dai trattati internazionali e dalla Costituzione. Con queste pronunce si prefigurano due statuti giuridici per gli stranieri, i quali si distinguono sulla base della regolarità o meno della residenza¹⁸³.

Similmente, nella STC 13/2001 si riconosce la fondatezza di quelle misure che limitano il diritto alla libera circolazione degli stranieri “irregolari” in quanto perseguono finalità legittime come il controllo dell' ingresso illegale sul territorio nazionale. Il cittadino extracomunitario può essere dunque sottoposto a misure volte a regolare l' ingresso legale e conseguentemente l' espulsione, tale potere non è tuttavia assoluto in quanto il soggetto gode di determinate garanzie non prettamente procedurali¹⁸⁴.

Entrando nel merito della pronuncia 236/2007, in riferimento alla libertà di riunione, il Tribunal afferma che “la definizione costituzionale della libertà di riunione realizzata dalla nostra giurisprudenza, e il suo rapporto con la dignità della persona, derivante dai testi internazionali, impongono al legislatore il riconoscimento di un contenuto minimo di questo diritto alla persona in quanto tale, indipendentemente dalla condizione in cui si trova (...) Il legislatore può stabilire condizioni specifiche per l' esercizio del diritto di assemblea da parte degli stranieri presenti nel nostro Paese senza autorizzazione di soggiorno o di residenza, a condizione che rispettino quei contenuti che la Costituzione salvaguarda, in quanto appartengono a chiunque, indipendentemente dalla situazione in cui si trova”.

La stessa impostazione viene seguita anche in riferimento al diritto di associazione. Il *Tribunal*, infatti, asserisce che “nonostante il diritto in questione sia riconosciuto direttamente agli stranieri dalla Costituzione, il legislatore ha il potere di cui all' art. 13, co. 1, CE, di stabilire dei condizionamenti addizionali al suo esercizio, però sempre nel rispetto delle previsioni costituzionali che delimitano la sua libertà di stabilirne il contenuto”. In linea di principio, quindi, il legislatore potrebbe stabilire delle condizioni specifiche per l' esercizio del diritto di associazione da parte degli stranieri presenti irregolarmente in Spagna, a patto che rispettino il nucleo essenziale delle garanzie previste nella stessa Costituzione, le quali devono essere riconosciute a tutti indipendentemente dalla condizione di regolarità del soggiorno.

183J. L. García Guerrero, *I diversi statuti giuridici dei diritti e delle libertà nell' ordinamento costituzionale spagnolo e la configurazione imposta al legislatore*, cit., p. 197.

184 E. Roig Molés, *Los derechos de los extrñjeros: titularidad y limitación*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell' immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 613 ss.

Per quanto concerne il diritto di associazione sindacale, il *Tribunal* sostiene che “non risulta costituzionalmente ammissibile il requisito della regolarità del soggiorno per il suo esercizio da parte dei lavoratori stranieri, anche se lo è per la validità del contratto di lavoro e per l' attestazione della condizione giuridico-formale di lavoratore”. Ciò non significa che il legislatore non possa introdurre limitazioni in merito come previsto dall' art. 28, co. 1, CE. Tuttavia la totale esclusione al godimento del diritto di associazione sindacale dei lavoratori privi del permesso di soggiorno si pone in netto contrasto rispetto alla corretta interpretazione del comma 1 art. 28, CE, alla luce dei trattati internazionali ratificati dalla Spagna.

Il diritto allo sciopero viene esteso dalla STC 236/2007 a tutti gli stranieri indipendentemente dalla loro condizione. Il *Tribunal*, in riferimento ad esso, sostiene che l' assenza di un permesso di lavoro non inficia il contratto di lavoro per quanto riguarda i diritti spettanti al lavoratore straniero in quanto non è costituzionalmente ammissibile la totale privazione dei diritti del dipendente. La sentenza d' altro canto conferma quelle norme stabilite dalla *Ley Organica 8/2000* che prevedevano, previ controlli giudiziari, l' immediata espulsione del migrante in situazione irregolare.

La sentenza 236/2007 è stata recepita attraverso la *Ley Organica 2/2009*, nella quale appunto viene riconosciuta la libertà di riunione, manifestazione, associazione, associazione sindacale e sciopero anche ai migranti “irregolari”¹⁸⁵.

Questa pronuncia è stata generalmente accolta in modo positivo dalla dottrina per quanto concerne l' affermazione del riconoscimento dei diritti inderogabili anche agli stranieri privi del permesso di soggiorno; una sentenza che si pone sulla stessa linea della giurisprudenza precedente del *Tribunal*, definendo con maggior precisione i limiti posti al legislatore in un ambito delicato come quello dei diritti dei migranti “irregolari”. La LO 8/2000 ha fatto ricadere pesanti limitazioni proprio sul “settore più debole dell'

¹⁸⁵ La nuova normativa lascia sostanzialmente inalterate le norme relative all' ingresso e al soggiorno, ma non quelle sul trattenimento ed allontanamento. La durata massima di trattenimento in un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) passa da 40 a 60 giorni. L' ordine di lasciare il territorio deve essere eseguito in un periodo da 7 a 30 giorni e lo straniero espulso non potrà rientrare in Spagna per 3-5 anni. Viene stabilita la non perseguibilità delle ONG che assistono immigrati clandestini e viene predisposto un registro per controllare i movimenti dei migranti alle frontiere. La legge considera inoltre una violazione grave il lavoro irregolare e la mancata iscrizione alla previdenza sociale. La legislazione spagnola in materia di immigrazione si può inquadrare in una triplice direzione caratterizzata da: rafforzamento del controllo dei flussi migratori, integrazione degli stranieri nella società d' accoglienza, cooperazione volta allo sviluppo del Paesi d' origine dell' immigrazione. Nella dimensione giuridico-politica il fenomeno assume una duplice problematica, da un lato la conflittualità derivante dallo shock tra comunità culturali diverse e dall' altro l' assenza di un pieno riconoscimento dei diritti fondamentali al non cittadino. (P. Carballo Armas, L' immigrazione irregolare, in S. Gambino, G. D' Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 290).

immigrazione, quello degli immigrati clandestini che sono sottoposti ad una condizione di semischiavitù. Istituire uno spazio quasi vuoto di diritti per queste persone è ripugnante per qualsiasi coscienza democratica del diritto e contribuisce a consacrare l'ingiustizia e la discriminazione delle persone che non hanno i mezzi per combattere l'oppressione cui sono sottoposti. La lotta contro l'immigrazione illegale non può essere confusa con il trattamento disumano di persone in quella situazione”¹⁸⁶.

La sentenza, nonostante le rilevanti note positive, ha sollevato alcuni dubbi dal punto di vista giuridico i quali tuttavia non producono effetti nella pratica. Questi riguardano principalmente la dichiarazione di incostituzionalità e nullità delle norme che negavano l'assistenza legale gratuita e il diritto all'educazione dei figli di immigrati “irregolari” (previste dalla *Ley Organica 4/2000*), mentre d'altro canto il *Tribunal* ha sostenuto l'illegittimità costituzionale ma non la nullità delle disposizioni riguardanti la libertà di riunione, associazione ed associazione sindacale. La motivazione addotta era che annullando tali norme si sarebbe creato un vuoto legislativo. Ciò è stato visto come un passo indietro del *Tribunal* rispetto alla sua precedente giurisprudenza, in quanto i diritti fondamentali correlati alla dignità umana sono proclamati a livello costituzionale, direttamente applicabili, per cui non necessitano di un'esplicitazione legislativa. In tal senso non potrebbe crearsi una lacuna normativa. La decisione del *Tribunal* potrebbe creare una spaccatura nello statuto dei diritti inderogabili dell'individuo ammettendo distinzioni basate sulla regolarità del soggiorno¹⁸⁷.

2.2.3 Comparazione tra il contesto spagnolo e italiano

Il fenomeno migratorio che coinvolge l'Italia e la Spagna è simile, in quanto affonda le sue radici negli anni '80 in seguito al mutamento del contesto internazionale avvenuto a partire dalle crisi petrolifere degli anni Settanta. Entrambi i Paesi si trovano ad essere zona d'immigrazione pur avendo un lungo passato di emigrazione. Ciò li porterà ad una prospettiva emergenziale nel trattamento dell'immigrazione. Il fulcro della disciplina legislativa è rappresentato dall'immigrazione irregolare nelle sue varie sfaccettature, nonostante la Spagna sia volta a tutelare più efficacemente la figura dello straniero privo del permesso di soggiorno.

186 F. Balaguer Callejón, *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, fasc. 10/2008, www.ugr.es, p. 500.

187 F. Balaguer Callejón, *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*, cit., pp. 500 ss.

Da un' analisi comparatistica tra la Costituzione spagnola e quella italiana si possono rinvenire varie analogie, quale la capacità di rintracciare un fondamento all' interno del documento che permetta di conferire ad ogni straniero quei diritti essenziali ivi proclamati. Nel testo spagnolo il principio cardine è la dignità della persona umana, dalla quale scaturiscono quei diritti che sono inderogabili in quanto spettanti ad ogni individuo per il solo fatto di esistere. Nella Costituzione italiana la base da cui si muove la Corte Costituzionale per garantire i suddetti è il principio personalista contenuto nell' art. 2. Dal raffronto si deduce quindi che in entrambe la condizione giuridica dello straniero è definita a partire dalla visione del migrante come persona umana¹⁸⁸.

Degno di nota è anche l' altro fondamento rappresentato dal rilevante richiamo, in ambedue i testi costituzionali, alle dichiarazioni dei diritti umani internazionalmente proclamati, il che consente di riconoscere universalmente ad ogni persona un nucleo irrinunciabile di diritti fondamentali¹⁸⁹.

Dalla comparazione tra la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo e della Corte Costituzionale italiana emergono diverse analogie. Innanzitutto entrambi gli organi hanno adottato la visione dello straniero, qualunque sia la sua situazione amministrativa, come persona. Da qui il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti in ambedue i testi costituzionali anche al migrante “irregolare”. Nel seguire tale impostazione il *Tribunal* fa perno sull' art. 10 CE, ovvero il riconoscimento della dignità umana ad ogni individuo, mentre la Corte segue il principio cardine della titolarità in capo ad ogni soggetto di diritti inviolabili sancito nell' art. 2. Questo *modus operandi* comporta l' implicita conseguenza del contenimento dell' azione del potere legislativo nel regolamentare la materia dell' immigrazione clandestina. Essa deve infatti rispettare quel nucleo essenziale di diritti fondamentali che entrambe le corti riconoscono a tutti gli individui in quanto tali, a prescindere da qualsiasi distinzione.

Relativamente al principio di uguaglianza tra cittadini e stranieri le due corti partono da presupposti diversi per arrivare a conclusioni sostanzialmente simili. La Corte Costituzionale ha fin dal principio interpretato l' art. 3 cost. come estendibile anche agli stranieri, nonostante letteralmente fosse riferito solamente ai cittadini italiani. Il *Tribunal*, invece, ha sostenuto che l' uguaglianza formale sancita nell' art. 14 CE non possa riguardare anche i non cittadini dato che l' articolo fa esplicito riferimento solo

188 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., pp. 163 ss.

189 Nella Costituzione spagnola questo ricorso è particolarmente manifesto dato che essa è stata proclamata più recentemente rispetto a quella italiana, in un periodo caratterizzato dalla maggior apertura degli Stati in favore dell' universalizzazione dei diritti umani.

agli spagnoli¹⁹⁰. Non vi sarebbe quindi in linea di principio un obbligo ad estendere tale disposizione anche ai non cittadini. Il giudice costituzionale spagnolo tuttavia sostiene che nella concretezza dei fatti è necessario valutare quale diritto viene preso in considerazione e se esso è da considerarsi fondamentale, deve essere riconosciuto a tutti senza discriminazione alcuna. Si può notare come entrambe le corti considerino la legittimità dell' estensione del principio di uguaglianza oltre i confini della cittadinanza quando si tratta di quei diritti inderogabili costituzionalmente garantiti, nonostante il dato letterale disponga contrariamente¹⁹¹.

Tabella: Riepilogo delle sentenze del *Tribunal Constitucional* citate nel capitolo, con riferimento ai diritti fondamentali del non cittadino

	Sentenze del TC	
Sentenze che stabiliscono la connessione dei diritti fondamentali con la dignità della persona umana, da cui deriva la loro estensione a tutte le persone in quanto tali. Si afferma inoltre il solenne rispetto del loro nucleo essenziale cui è sottoposto il legislatore	107/1984, 115/1987, 242/1994, 95/2000, 95/2003,	99/1985, 94/1993, 117/1998, 236/2007
Allontanamento e libertà personale	115/1987, 116/1993, 174/1999, 179/2000, 409/2007, 454/2007	144/1990, 66/1996, 24/2000, 53/2002,
Tutela giurisdizionale	99/1985, 71/1988, 24/2000, 95/2003	115/1987, 117/1998,
Diritti civili	115/1987, 24/2000, 13/2001,	94/1993, 236/2007

190 Cfr. STC n. 197/1984.

191 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., pp. 168 ss.

CAPITOLO 3. IL DIRITTO ALLA SALUTE

3.1 Italia

3.1.1 Il quadro costituzionale

Il rapporto tra la tutela dei diritti e l'immigrazione “irregolare” si configura in modo particolarmente complesso in relazione ai diritti sociali. Il loro godimento, presupponendo un esborso finanziario da parte dello Stato erogatore, viene spesso limitato ma senza intaccare quel nucleo imprescindibile connesso alla dignità umana. Difficoltoso si configura inoltre il bilanciamento tra la volontà dello Stato di contrastare l'immigrazione clandestina da un lato e la salvaguardia di quei diritti sociali inderogabili, sanciti a livello internazionale e nella stessa Costituzione, dall'altro.

Nel secondo dopoguerra l'adozione delle carte costituzionali permette di vincolare il potere statale all'osservanza dei diritti fondamentali. A partire da questi anni, inoltre, iniziano a proliferare le dichiarazioni internazionali sui diritti dell'uomo che seppur per la maggior parte non vincolanti, costituiscono un'altra sede per la tutela degli stessi. Dalla compresenza di tali testi si desume una sfera di diritti inderogabili riconosciuti alla persona in quanto tale, a prescindere dalla cittadinanza e soprattutto dalla regolarità del soggiorno.

L'art. 10, comma 2, della Costituzione¹⁹², rappresenta un riferimento essenziale per i diritti sociali in quanto essi hanno una struttura condizionata dall'intervento legislativo, necessario per stabilire le condizioni di accesso e fruizione del bene oggetto del diritto. La discrezionalità del potere politico circa l'attuazione di tali diritti è intrinseca alla struttura costituzionale degli stessi, la quale, in riferimento allo straniero, consente di non ignorare le condizioni poste dalla riserva di conformità alle disposizioni dei trattati internazionali. L'art. 2 cost. garantisce il diritto sociale come fondamentale ed inviolabile, riconoscendolo ad ogni individuo indipendentemente dalla cittadinanza e dalla mediazione legislativa¹⁹³.

La Costituzione italiana ne fa, dopo i diritti civili, un esaustivo elenco. Rientrano così tra quei diritti costituzionalmente sanciti che sono indipendenti dall'intervento del legislatore per la loro affermazione e si configurano perciò come irrinunciabili ed inalienabili. I diritti sociali, in linea di principio, devono essere riconosciuti ad ogni

¹⁹²L'art. 10, co. 2, cost., stabilisce che “la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”.

¹⁹³B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., pp. 2-3.

persona in quanto tale, tuttavia il loro concreto godimento da parte dell' individuo dipende fortemente da un intervento positivo del potere legislativo. Tali diritti sono caratterizzati da un rapporto soggetto-Stato nel quale quest' ultimo ha il compito di predisporre nelle proprie politiche un esborso monetario per far fronte alle necessità del primo.

Un fondamentale passo in avanti nel riconoscimento dei diritti sociali agli immigrati presenti in Italia illegalmente, è rappresentato dalle norme del testo unico del 1998 e principalmente dall' art. 2. Il primo comma dell' articolo afferma che agli stranieri, comunque presenti alla frontiera o nel territorio nazionale, spettano i diritti fondamentali della persona umana, mentre il quinto comma stabilisce la parità di trattamento nell' accesso ai pubblici servizi, seppur nei limiti della legge. Questa norma, altre più specifiche, nonché la stessa Costituzione hanno permesso il riconoscimento di alcuni diritti sociali anche ai migranti “irregolari”, segnando un punto di svolta verso un loro maggior benessere rispetto alla precedente normativa.

Il diritto sociale alla salute è stato ampiamente riconosciuto come diritto fondamentale della persona umana. La Costituzione italiana, all' articolo 32, comma 1, sancisce che “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell' individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti”. Si tratta di un grado di tutela esteso, oltre quello garantito a livello internazionale ed europeo¹⁹⁴, che innesta il diritto alla salute nel quadro dei diritti fondamentali sanciti nell' art. 2 cost. i quali spettano ad ogni persona a prescindere dalla cittadinanza o dalla regolarità del soggiorno, come ha più volte riconosciuto la stessa Corte Costituzionale¹⁹⁵.

194 La Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo del 1948 sancisce all' art. 25, co.1, che “ogni individuo ha il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all' alimentazione, al vestiario, all' abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà”. Questa previsione appare piuttosto indeterminata nell' assurgere tale diritto tra quelli fondamentali, più preciso è l' art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, il quale afferma che “gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire”. La Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea (Carta di Nizza) stabilisce all' art. 35 che “ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell' attuazione di tutte le politiche ed attività dell' Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana”.

195 Cfr. sentenze: n. 21/1964, n. 149/1969, n. 88/1979, n. 132/1985, n. 56/1997, 298 e 307 del 1990, n. 509/2000, n. 252/2001, n. 432/2005, 306/2008. Inoltre nella sentenza n. 103 del 1977, il giudice costituzionale ha sostenuto che per essere utente dei servizi sanitari la cittadinanza era un requisito inutile. Il legislatore, quindi, non può operare delle discriminazioni nel godimento del diritto alla salute sulla base del possesso o meno della cittadinanza italiana. Le sent. 432/2005 e 306/2008 dimostrano la necessità di un' ampia tutela del diritto alla salute, ricomprendendo anche le “provvidenze” indirette, tra cui le tariffe agevolate per gli invalidi (sent. 432/2005) e l' indennità di accompagnamento (sent. 306/2008). (B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti*

L' art. 32, se da un lato sancisce il diritto alla salute dell' individuo, dall' altro afferma l' esistenza di un interesse pubblico della collettività di evitare la propagazione di malattie di ogni tipo. Nell' assicurare al migrante “irregolare” il diritto in questione il legislatore deve quindi tenere conto del fatto che se non assicura a quest' ultimo le cure, si potrebbe scatenare l' effetto indesiderato della diffusione di malattie dato che sovente queste persone si trovano a vivere in condizioni caratterizzate da bassi standard igienici e provengono da Paesi maggiormente a rischio epidemie.

Il diritto alla salute ha una doppia valenza, da un lato inteso nel suo senso negativo esso si configura come diritto all' integrità psico-fisica, ovvero l' esigenza di non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la propria volontà, se non disposto per legge, in modo da non mortificare l' essenza della dignità umana. Dall' altro lato, l' accezione positiva di tale diritto riguarda l' implementazione di cure sanitarie da parte delle istituzioni pubbliche, il che reca non poche difficoltà in relazione allo straniero “irregolare”¹⁹⁶. In Italia queste prestazioni sono erogate dal Servizio sanitario nazionale (S.S.N.)¹⁹⁷ che, nonostante negli anni abbia ceduto sempre maggiori competenze alle regioni, non ha perso la sua missione originaria ovvero quella di garantire ad ogni soggetto, anche se privo di risorse economiche, un livello minimo di benessere.

La Corte Costituzionale aveva ritenuto in un primo momento il diritto ad accedere a questi servizi come “primario e fondamentale” per ogni individuo, configurando così in linea di principio una sua tutela piena ed ampiamente estesa¹⁹⁸. La Consulta ha dopo pochi anni rivisto la sua posizione, affermando in una sentenza del 1990 che “il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall' attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell' interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”. Sostenendo ciò la Corte non ha voluto declassare il diritto alla salute a livello di quelli legislativi, ma ha stabilito la facoltà del

sociali, cit., p. 5).

196 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 2/2008, pp. 393-394.

197 Istituito dalla legge n. 833 del 1978 e definito come “complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzioni di condizioni individuali o sociali”.

198 Cfr. sent. n. 992 del 1988.

legislatore di bilanciare il diritto all' accesso ai servizi sanitari con altre esigenze di pari rango, nonché con la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie per la sua attuazione¹⁹⁹. Ai poteri pubblici è quindi riconosciuto un ampio margine di discrezionalità in quanto per essere realmente goduto, il diritto alla salute deve essere “attivato” da un intervento positivo degli stessi. Tuttavia il potere statale non può in alcun caso, anche in periodi di scarsità di risorse finanziarie, privare i soggetti di quella tutela minima di tale diritto che, come sancito nella Costituzione, si configura come insindacabilmente connessa alla dignità umana e dunque inviolabile²⁰⁰. Questo nucleo imprescindibile deve essere riconosciuto anche allo straniero indipendentemente dalla condizione di regolarità del soggiorno, come sostenuto dalla Corte nella sentenza n. 252 del 2001, il cui commento si rimanda al paragrafo successivo. In questa decisione la Consulta afferma che il diritto alle prestazioni sanitarie è un diritto “costituzionalmente condizionato” nel senso che deve essere bilanciato con altri interessi sanciti ad un livello paritetico, tuttavia si deve preservare quel nucleo irriducibile del diritto alla salute garantito ad ognuno in quanto correlato con la dignità della persona umana. Non si devono inoltre in alcun modo creare delle situazioni di assenza totale della tutela del suddetto diritto fondamentale, il quale spetta anche agli stranieri indipendentemente dalla loro posizione rispetto alle norme sull' immigrazione seppur condizionato dalla facoltà del legislatore di operare distinzioni nel suo effettivo esercizio. Similmente, la Consulta si è pronunciata nella sent. 432/2005 in cui ribadisce la necessaria salvaguardia di “un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possono appunto pregiudicare l' attuazione di quel diritto”; per cui tale contenuto irriducibile deve “essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l' ingresso ed il soggiorno nello Stato”²⁰¹.

3.1.2 L' evoluzione legislativa in materia

Dal punto di vista legislativo il diritto alla salute viene concretamente salvaguardato dal testo unico del 1998, dato che la legge Martelli del 1990 non prevedeva nulla a tal proposito e la legge Bossi-Fini nonché la recente legge n. 94 del 2009 non hanno introdotto significative modifiche. Il Capo I del Titolo V del decreto legislativo n.

199 Cfr. sent. n. 455 del 1990.

200 Cfr. sentt. n. 185/1998, n. 309/1999, n. 509/2000.

201 P. Stancati, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, cit., p. 34.

286/1998 recante “disposizioni in materia sanitaria”, opera una netta distinzione tra migranti “regolari” (art. 34) ed “irregolari” (art. 35), garantendo ai primi un accesso alle prestazioni sanitarie essenzialmente eguale rispetto ai cittadini, mentre ai secondi riconosce solo quella tutela minima inderogabile connessa alla dignità della persona umana. La disparità di trattamento in questo caso non si basa sul presupposto della cittadinanza ma sulla regolarità o meno del soggiorno, coerentemente con quelle “differenze di fatto” che la stessa Corte Costituzionale riconosce quali ragioni per implementare difformità nel godimento di un diritto fondamentale²⁰². Data l'impossibilità per lo Stato di garantire pienamente l'accesso alle prestazioni sanitarie a causa degli elevati costi delle stesse, il legislatore effettua una discriminazione sulla base della presunta maggiore integrazione dello straniero nel tessuto sociale. L'articolo 35, comma 3, T.U., è la norma che chiarisce la posizione degli stranieri privi del permesso di soggiorno non iscritti al S.S.N., stabilendo che “ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva”²⁰³. Il non univoco significato di alcuni termini usati dal legislatore è stato precisato in seguito dalla circolare n. 5 del Ministero della sanità nel 2000. Grazie ad essa è stato definito il senso di “cure urgenti”, considerate come quelle “cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona”, mentre le “cure essenziali” corrispondono alle “prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)”. La continuità delle cure essenziali viene invece intesa “nel senso di assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso”. La tutela del diritto alla salute sembra dunque per il migrante “irregolare” caratterizzarsi per la sua pienezza, ma limitatamente a malattie di una certa gravità. L'

202 Cfr. la già citata sent. n. 104/1969, nella quale si faceva riferimento al rapporto cittadino-straniero, tuttavia essa si può aggiornare fino a ricomprendere la relazione tra non cittadino “regolare” o “irregolare”. In tal senso, quindi, è ammissibile un trattamento diverso tra le due “categorie” di straniero sulla base del maggiore o minore inserimento nella società. Questo, secondo le istituzioni pubbliche, sarebbe misurabile attraverso il possesso o meno del permesso di soggiorno.

203 L'art. 43 del regolamento attuativo della legge Turco-Napolitano (d.p.r. 394/1999) aggiunge le prestazioni di cura farmacologiche.

interpretazione data ai termini inseriti nell' art. 35 T.U., essendo abbastanza generica, lascia spazio a successive specificazioni ad opera dell' Amministrazione sanitaria, con i rischi che comporta tale discrezionalità principalmente in riferimento a quali siano le cure da considerarsi “essenziali”. La giurisprudenza sembra volta ad un' interpretazione più restrittiva rispetto ai termini sopra menzionati, escludendo ad esempio le cure di cui necessita un tossicodipendente non in condizione acuta e connesso l' essenzialità alla immediata sopravvivenza. Queste pronunce riguardavano ipotesi di inespellibilità del soggetto, relativamente ai quali entra in gioco il bilanciamento del diritto alla salute con l' applicazione delle procedure di espulsione. Tuttavia la *ratio* dell' art. 35, co. 3, T.U., va intesa in un' ottica volta a garantire il diritto fondamentale alla salute che gli artt. 2 e 32 della Costituzione riconoscono a prescindere dalla cittadinanza, ma altresì dal rapporto con lo Stato italiano, in forza della mera presenza sul territorio nazionale di un individuo bisognoso di cure²⁰⁴.

Lo stesso comma 3, art. 35, T.U., elenca le singole situazioni nelle quali vengono in ogni caso garantite le prestazioni sanitarie. Si tratta: della tutela della gravidanza e della maternità in condizioni di parità con le cittadine italiane (inclusa l' interruzione volontaria di gravidanza²⁰⁵), della cura del minore come stabilito dalla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo²⁰⁶, delle vaccinazioni come previste dalla normativa e nel contesto di campagne di prevenzione promosse dalle regioni, degli interventi di profilassi internazionale, nonché la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai. Nei suddetti casi non si fa riferimento alle cure urgenti e necessarie, ma si identificano delle categorie di soggetti c.d. “protette” alle quali va comunque fornita l' assistenza sanitaria, nonché specifici ambiti di tutela che coinvolgono l' interesse collettivo ad un generale livello di

204B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., pp. 4. In riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione relativa al rapporto tra il diritto alla salute e l' espulsione si veda C. Lazzeri, *Il diritto alla salute e la nuova apertura della Corte di Cassazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2007, pp. 86 ss.

205 La legge sull' aborto del 1978 prevede tale intervento solo relativamente a donne maggiorenni o nel caso di minorenni è necessario l' assenso del titolare della potestà o della tutela. Detto questo, risulta evidente la difficoltà che si presenta nei casi di donne prive dei documenti di identificazione. Il personale sanitario ha fatto fronte a tale problema sovente rivolgendosi alle questure per conoscere l' identità delle donne, generando in tal modo la diffidenza di queste ultime nei confronti delle strutture sanitarie, con tutte le conseguenze che un' interruzione di gravidanza al di fuori di esse può creare. Inoltre tale comportamento si pone in contrasto con quanto previsto dallo stesso art. 35, co. 5, T.U., il quale afferma il divieto di segnalazione all' autorità pubblica. (F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, cit., p. 397)

206 Le quali includono l' assistenza medica e cure sanitarie necessarie con particolare riguardo per quelle primarie, servizi sanitari di base e medicina preventiva, nonché le cure generalmente gratuite a minori fisicamente o mentalmente disabili.

benessere fisico.

Rileva in questo contesto la posizione della Corte Costituzionale che attraverso la già citata sent. 376/2000 ha esteso la temporanea sospensione dell' esecuzione del provvedimento di espulsione, prima prevista solo per la donna in stato di gravidanza o nei 6 mesi successivi alla nascita del figlio, altresì al marito della donna. Nell' ordinanza 444/2006 la Consulta ha tuttavia specificato l' importanza della certezza dei rapporti familiari nel disporre tale sospensione. Il beneficiario potrà essere esclusivamente il marito convivente, escludendo le relazioni di fatto.

a) L' accesso alle strutture sanitarie da parte del migrante “irregolare” e la possibilità di essere segnalato alle autorità pubbliche

L' art. 35, co. 5, fornisce un' altra fondamentale garanzia al migrante in condizione irregolare, ovvero la possibilità di accedere alle strutture sanitarie senza il rischio di essere segnalato all' autorità pubblica, tranne i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano. Questa previsione è di vitale importanza per l' effettività del diritto alla salute in quanto evita che lo straniero “irregolare” non si sottoponga alle cure di cui abbisogna per la possibilità di venir segnalato alle autorità e quindi espulso²⁰⁷. Il disegno di legge sul pacchetto sicurezza (ddl 733) paventava la possibilità di abrogare questo comma diminuendo notevolmente il grado di tutela di tale diritto in quanto lo straniero, incorrendo nell' eventualità di essere segnalato alle forze di polizia, di fatto avrebbe rinunciato alle cure mediche. Così facendo si creava una situazione di pericolo per il soggetto stesso e per la collettività. Una fetta della popolazione straniera sarebbe spinta all' invisibilità, all' allontanamento dalla tutela sanitaria, all' incentivazione della diffusione di sistemi “paralleli” al di fuori del controllo della sanità pubblica. In tal modo si profilavano seri rischi al benessere collettivo, oltre che all' aumento dei costi connessi a prestazioni di pronto soccorso per i mancati interventi terapeutici e di profilassi preventivi. I diritti fondamentali dell' individuo ne sarebbero fortemente compromessi, così come la tutela costituzionale del diritto alla salute. Quest' ultimo è da considerare preordinato rispetto all' interesse dello Stato di presidiare le proprie frontiere, che si concretizza nelle regole "poste a tutela della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali" (sentenza 353/1997

²⁰⁷ F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, cit., pp. 397-398.

della Corte Costituzionale). La possibilità di abolire il divieto di segnalazione, ampiamente criticabile, era stata motivata dalla tutela di una supposta legalità, a scapito della salute, e forse anche la vita, di molte persone²⁰⁸.

Il progetto di legge venne infatti fortemente contestato da associazioni di medici, organizzazioni non governative, dall' opposizione parlamentare nonché da una parte della stessa maggioranza. Fu principalmente il disaccordo di quest' ultima che portò alla rinuncia da parte del legislatore di abrogare la disposizione in questione, senza tuttavia dimenticare il forte disappunto espresso dalle varie associazioni di categoria che si sono mobilitate in quell' occasione²⁰⁹. Nonostante il mancato annullamento del comma 5, art. 35, T.U., il quadro normativo configurato dalla legge 94/2009 è caratterizzato dalla imponente volontà di criminalizzare e reprimere l' immigrazione clandestina; per cui se da un lato si è evitata una palese compressione del diritto alla salute, dall' altro il pacchetto sicurezza e prima di esso la legge Bossi-Fini sono intervenuti su elementi che, seppur indirettamente, incidono sull' effettiva tutela di tale diritto. La legge 94/2009, attraverso l' art. 6, co. 2, prevede l' assenza dell' obbligo di esibire i documenti che attestano la regolarità del soggiorno “agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati” per quanto riguarda l' accesso alle cure mediche di cui all' articolo 35²¹⁰.

In questo contesto rileva la recente Circolare del Ministero dell' Interno del 27 novembre 2009 riguardante l' accesso alle strutture ospedaliere degli stranieri, iscritti al S.S.N., in seguito alle modifiche introdotte dal c.d. pacchetto sicurezza. Nonostante il documento faccia riferimento a coloro che sono iscritti al servizio sanitario nazionale, si può notare come il Ministero dell' Interno riconosca la non abrogazione del divieto di

208 E. Rossi, *L' abolizione del divieto per le strutture sanitarie di denunciare gli stranieri irregolari*, in www.forumcostituzionale.it, 29 marzo 2009, pp. 1 ss.

209 Diversi sono stati gli articoli e gli appelli, tra cui quelli di Medici senza frontiere. Dal loro sito internet si può infatti leggere che “MSF chiede che venga mantenuto il principio di non segnalazione all' autorità degli stranieri privi di permesso di soggiorno che chiedono assistenza sanitaria, per evitare di porre barriere all' accesso alle cure mediche e di condannare queste persone ad una pericolosa marginalizzazione sanitaria”. Dopo l' approvazione dell' emendamento al Senato, il responsabile di MSF Italia aveva affermato che essa rappresentava “una scelta che sancisce la caduta del principio del segreto professionale per il personale sanitario volto a tutelare il paziente come essere umano indipendentemente da ogni altra considerazione”. www.medicisenzafrontiere.it. In quell' occasione è stato creato inoltre un sito internet denominato www.divietodisegnalazione.medicisenzafrontiere.it.

210 Prima della suddetta legge l' esibizione di tali documenti era esclusa oltre che per attività sportive e ricreative temporanee, anche per gli atti di stato civile e generalmente per l' accesso ai pubblici servizi. Conseguentemente alle modifiche introdotte, il permesso di soggiorno deve essere mostrato per usufruire dei servizi sociali, sanitari, scolastici al di fuori dell' obbligo ed i servizi pubblici locali quali ad esempio il trasporto pubblico e la fornitura di energia elettrica, gas ed acqua.

segnalazione (art. 35, co. 5, T.U.) da parte della recente novella legislativa e pertanto la sussistenza di tale divieto, salvo l'obbligo di referto (art. 365 del Codice penale) il quale non inerisce tuttavia il reato di ingresso e soggiorno illegale in quanto tale tipologia di reato è meramente contravvenzionale e non penale. Viene inoltre precisato che per l'accesso alle prestazioni sanitarie presso le strutture pubbliche non è richiesta l'esibizione del permesso di soggiorno²¹¹.

Il comma 4, art. 35, stabilisce che le prestazioni sanitarie di cui al co. 3 siano fornite senza oneri nei confronti di coloro che sono privi delle risorse economiche sufficienti e nel caso in cui le cure ospedaliere si configurino come urgenti e necessarie, il finanziamento delle stesse è a carico del Ministero dell'Interno, mentre negli altri casi si dovrà attingere al Fondo sanitario nazionale (art. 35, co. 6, T.U.). In questo modo il legislatore ha realizzato pienamente quanto sancito nell'art. 32 della Costituzione, dando attuazione anche alla prescrizione che garantiva le cure gratuite per gli indigenti. Le norme del testo unico vengono completate dall'art. 43 del regolamento attuativo della legge, contenuto nel d.p.r. n. 394 del 1999, che interviene nel definire una piena garanzia del diritto alla salute. In esso è prevista una norma con la quale si intende limitare al minimo il rischio di contatto dello straniero "irregolare" con le autorità di polizia. Il regolamento infatti, considerate le esigenze di identificare il soggetto a cui si prestano le cure come nel caso della richiesta di rimborso presentata dal Servizio sanitario al Ministero della sanità, ha introdotto un sistema che garantisce al soggetto l'anonimato. Questo consiste nell'attribuzione allo straniero "irregolare" non iscritto al S.S.N. di un codice identificativo che consente l'annotazione delle prestazioni di cui ha beneficiato (conformemente all'art. 35 T.U.) ed è inoltre valido su tutto il territorio nazionale anche per cure future. Il codice regionale STP (straniero temporaneamente presente)²¹² permette al cittadino extracomunitario di avere un rapporto con il servizio sanitario non occasionale, ma continuativo, garantendo così il godimento del diritto alla salute escludendo di fatto la possibilità di essere identificato e conseguentemente espulso. Il codice può inoltre essere utilizzato per le prescrizioni farmacologiche a carattere regionale, consentendo al migrante "irregolare" di acquistare farmaci che necessitano della ricetta medica. Per il rilascio del tesserino STP è sufficiente dichiarare le proprie generalità senza l'obbligo di esibire il documento di identità. I dati posseduti

211A. Ciervo, *I diritti sociali dei migranti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010, pp. 1-2.

212 Formato dalla sigla STP, dal codice ISTAT connesso alla struttura sanitaria che lo rilascia e da un numero progressivo attribuito al momento dell'emissione.

dalle aziende sanitarie locali sono protetti dalla *privacy*, con il dovere di comunicarli solamente in presenza di un mandato ufficiale scritto della Procura della Repubblica.

Analizzando l'operato del legislatore si desume da un lato la sua volontà di rispettare quanto sancito dall'art. 32 della Costituzione e dall'altro la sua conformità rispetto alla linea interpretativa della Corte Costituzionale che circoscrive l'accesso alle prestazioni sanitarie per i migranti "irregolari" alle cure urgenti o essenziali, garantendo dunque quel nucleo essenziale del diritto alla salute. Al di fuori dell'essenza di tale diritto si pone la discrezionalità del legislatore il quale ha la facoltà di regolamentarlo attraverso il bilanciamento con altri interessi sanciti dalla Costituzione²¹³.

Nel testo unico il legislatore si è focalizzato sulla salvaguardia del diritto alla salute nella sua duplice valenza, ovvero sia come diritto del singolo che come interesse della collettività. Nel garantire le cure essenziali al migrante "irregolare" lo Stato si preserva anche dall'eventuale diffusione di malattie in quanto questi soggetti sono generalmente più vulnerabili degli altri alle epidemie. Ciò è dovuto principalmente ai viaggi estenuanti che compiono per arrivare in Italia e dal fatto che provengono da Stati maggiormente a rischio. Il testo unico va oltre i trattamenti puramente d'urgenza, garantendo a tutti i soggetti comunque presenti sul territorio nazionale le vaccinazioni, la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive. La normativa del 1998 compie un salto di qualità rispetto alle norme precedenti in quanto favorisce l'anonimato del soggetto che accede alle strutture sanitarie e lo avvicina ad esse con l'effetto di tutelare sia il singolo che la collettività. L'estensione della garanzia del diritto alla salute appare pienamente giustificata dalla mutata realtà sociale che ha visto aumentare il numero di persone straniere che soggiornano sul territorio nazionale prive del permesso necessario, dando così una più puntuale attuazione all'art. 32 sia come diritto del singolo che della collettività²¹⁴.

L'art. 36 del T.U. prevede inoltre un particolare permesso di soggiorno che consente l'ingresso in Italia a coloro che necessitano di cure sanitarie e ad un accompagnatore. Oltre ad informazioni specifiche lo straniero in tal caso deve dimostrare la disponibilità in Italia di vitto e alloggio per l'accompagnatore e per tutto il periodo di permanenza²¹⁵.

213 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, cit., pp. 399 ss.

214 P. Bonetti, M. Pastore, *L'assistenza sanitaria*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, p. 1005.

215 V. Casamassima, *Il diritto all'assistenza sanitaria degli stranieri in Italia*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 450.

3.1.3 La sentenza 252/2001 della Corte Costituzionale

Nonostante le citate disposizioni volte a garantire il benessere dell' individuo, “nel sistema permangono indubbiamente dei nodi critici che influiscono negativamente sull' effettività del diritto alla salute degli stranieri irregolari”; uno sicuramente molto evidente è rappresentato dalle carenti tutele riservate al soggetto colpito da un provvedimento di espulsione²¹⁶. Questo configura una grave lacuna sulla quale la Corte Costituzionale è intervenuta attraverso la nota sentenza n. 252 del 2001. Nel caso in specie è stata dichiarata l' infondatezza della questione di legittimità sollevata dal giudice *a quo* sull' art. 19, co. 2, D. Lgs. n. 286/1998, nella parte in cui non prevede l' inespellibilità del soggetto che entrato illegalmente necessita di cure mediche essenziali legate a malattie antecedenti al suo ingresso in Italia, in violazione degli artt. 2 e 32 della Costituzione. L' art. 35, co. 3, T.U., infatti prevede le prestazioni sanitarie solo per coloro che si ammalano “nel territorio dello Stato”. Il giudice costituzionale sostiene in questa occasione la conformità della disposizione del testo unico rispetto alla Costituzione. La Consulta prosegue affermando la presenza della tutela di un nucleo essenziale del diritto alla salute al migrante “irregolare” e di conseguenza “l' erroneità del presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo*”. La Corte ha stabilito inoltre che spetti al giudice decidere caso per caso se dare priorità al diritto alla salute oppure al provvedimento di espulsione, tenendo sempre in considerazione quanto previsto a riguardo dal testo unico. Il giudice ha dunque il potere di analizzare in ogni singolo caso lo stato di salute del soggetto e la sussistenza del requisito di indifferibilità ed urgenza delle cure, seppur coadiuvato dal “prudente apprezzamento del medico”, “non potendosi eseguire l' espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell' immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio” al suo diritto fondamentale alla salute²¹⁷. In seguito alla valutazione della condizione dello

²¹⁶ La Corte di Cassazione nel gennaio 2008 è intervenuta sul caso di un cittadino senegalese colpito da un provvedimento di espulsione avverso il quale aveva fatto ricorso in quanto conseguentemente ad un intervento chirurgico era stato sottoposto ad una terapia continuativa da cui dipendeva la sua stessa sopravvivenza. La Corte ha respinto il ricorso dato che solo le cure immediatamente successive ad un intervento o la somministrazione dei farmaci essenziali consentono al soggetto di permanere sul territorio al fine di completare la sua cura. La presenza del soggetto “irregolare” non viene invece tollerata quando il trattamento, seppur vitale, è di mantenimento e non è strettamente correlato all' immediata efficacia dell' intervento sanitario. La terapia cui è sottoposto il ricorrente dato che destinata a perdurare per tutta la vita, non rientra secondo la Corte nella fattispecie regolata dall' art. 35 T.U. Tuttavia, proprio tale disposizione garantisce allo straniero le cure “essenziali, ancorché continuative”. (F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, cit., p. 402)

²¹⁷B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., p. 4.

straniero, nel caso in cui essa non sia compatibile con l' espulsione, il giudice deciderà di conseguenza. La Consulta sostiene quindi la possibilità di non espellere il soggetto entrato illegalmente in Italia per usufruire di cure mediche precluse nel Paese d' origine, non rilevando in tal senso il momento in cui il soggetto ha contratto la malattia, ovvero se prima o dopo l' ingresso sul suolo nazionale. Viene sostenuto inoltre che l' elenco operato nell' art. 35, co. 3, T.U., non può ritenersi esaustivo “degli interventi sanitari da assicurare comunque al soggetto che si trovi, a qualsiasi titolo, nel territorio dello Stato”.

Dalla sentenza interpretativa di rigetto della Corte emergono innanzitutto due elementi: il diritto alla salute come diritto suscettibile di diversi gradi di tutela in base allo *status* del soggetto che richiede la sua attuazione, laddove il suo nucleo essenziale viene riconosciuto ad ogni individuo a prescindere dalla regolarità del soggiorno. La pronuncia viene dunque considerata discutibile in quanto ha l' effetto di indebolire la tutela del diritto alla salute di cui gode lo straniero in Italia dato che non pone degli obblighi al legislatore e lascia nelle mani della buona volontà del giudice la possibilità di garantire o meno un diritto sancito costituzionalmente. Ancora una volta in tema di condizione dello straniero la Corte affida al giudice la protezione dei diritti costituzionali, il quale sembra un rimedio superficiale non auspicabile in un ambito che incide sui diritti inviolabili dell' individuo. Ogni individuo deve poter godere di tale tutela, ma se colpito da una misura di espulsione deve far ricorso al giudice per veder concretizzato il proprio diritto, mentre l' autorità amministrativa che adotta tale atto non è tenuta da alcuna specifica disposizione al riconoscimento dello stesso; aprendo la strada a quel divario tra titolarità formale (sancita dalla stessa Corte) ed effettivo godimento (lasciato alla volontà del giudice) del diritto già citata²¹⁸. Va sottolineato inoltre come “un bilanciamento quale quello operato dalla Corte in questa decisione, dinanzi ad un legislatore sempre più interessato al contenimento della spesa pubblica che alla tutela dei diritti sociali, rischia di promuovere una concezione recessiva della garanzia del diritto in questione, garantendo cioè solo ciò che può dirsi essenziale laddove invece andrebbe promossa un' interpretazione espansiva delle disposizioni costituzionali coinvolte”²¹⁹.

La posizione del giudice costituzionale e la mancata previsione legislativa che impedisce l' allontanamento dello straniero “irregolare” bisognoso di cure mediche

218 A. Algostino, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2002, p. 909.

219 G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., pp. 304-305.

hanno l'effetto di ridurre fortemente la salvaguardia del diritto alla salute. La questione mostra l'aumento della criticità nel caso in cui il diritto fondamentale si scontra con l'esigenza dello Stato di contrastare l'immigrazione clandestina. Lo strumento prediletto per la realizzazione di queste politiche, ovvero l'espulsione amministrativa, comporta una concreta restrizione alla tutela del diritto alla salute²²⁰. Come accade in relazione ad altri diritti quale ad esempio la tutela giurisdizionale, l'interesse dello Stato viene anteposto a quello della persona anche se si tratta, come in questo caso, di un diritto fondamentale la cui inosservanza può recare seri danni al soggetto. L'effettivo godimento del diritto alla salute è indirettamente minato da alcune modifiche apportate dalla legge Bossi-Fini, la quale prevede tra l'altro l'esecuzione dell'espulsione attraverso accompagnamento coattivo immediato alla frontiera, eliminando l'effetto sospensivo della misura in caso di ricorso. Dovrebbero, invece, essere rilasciati particolari permessi di soggiorno agli stranieri che contraggono gravi patologie sul territorio nazionale, affinché vi possano permanere in condizione di regolarità, garantendo in tal modo l'efficacia del trattamento sanitario²²¹.

Ulteriori ostacoli all'accesso alle strutture sanitarie e dunque alle cure sono rappresentati dallo scarto culturale che impedisce la comunicazione nonché la comprensione tra il migrante e l'équipe ospedaliera, senza trascurare la scarsa informazione che ha il soggetto relativamente al proprio diritto. Gli stranieri presenti sul territorio italiano irregolarmente, sovente non sono a conoscenza della possibilità di accedere a quel minimo di cure indispensabili senza peraltro essere segnalati alle autorità di polizia. La difficoltà di comunicazione, l'assenza dei servizi di mediazione culturale all'interno delle strutture sanitarie, la scarsa conoscenza dei propri diritti, nonché il timore di essere identificato ed espulso sono fattori che allontanano il soggetto dall'accesso alle prestazioni sanitarie²²².

Il legislatore italiano e in alcuni casi la Corte Costituzionale hanno cercato di porre

220 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, cit., p. 403.

221 A. Oriti, *Accesso alle cure degli stranieri presenti in Italia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 4/2005. L'autrice riporta anche una ricerca del 2003 di Medici senza frontiere dalla quale emergono numerosi casi in tutta Italia di espulsione o rifiuto di concedere il permesso di soggiorno a stranieri affetti da gravi patologie. Da quello stesso anno MSF ha attivato 35 ambulatori STP per migranti privi del permesso di soggiorno, grazie alla collaborazione delle Asl locali, con l'intento di rendere effettivo il diritto fondamentale alla salute.

222 Una ricerca presentata nel 2007 da "Medici del mondo", un'associazione non governativa, rileva che il 55% degli stranieri "irregolari" intervistati aveva usufruito delle cure mediche in Italia, mentre la media scende al 24% per tutti gli Stati europei oggetto di indagine, tra cui Francia e Spagna. Il motivo dello scarso accesso alle strutture sanitarie più volte citato dai soggetti è stato quello della disinformazione circa il loro diritto. <http://www.mdm-international.org>.

rimedio a questi inconvenienti, tuttavia in Italia si palesa un problema che si riscontra troppo frequentemente, ovvero la discrepanza tra la titolarità del diritto ed il suo effettivo godimento da parte del soggetto che nel caso in specie è il migrante “irregolare”. Esso vive un' esistenza precaria, sottratta ai benefici di cui un cittadino occidentale quotidianamente gode grazie al solo fatto di essere nato nel posto “giusto”, viene in questo modo spogliato della dignità di cui ogni essere umano dovrebbe godere per il solo fatto di esistere.

3.1.4 Le competenze regionali

Al fine di delineare chiaramente lo status giuridico del migrante “irregolare”, è necessario fare riferimento all' art. 117, co. 2 cost., come riformato dalla legge 3/2001, nel quale viene prevista la competenza esclusiva dello Stato nel regolare la condizione dello straniero extracomunitario, rimanendo essa saldamente nelle mani del potere centrale. Con la riforma del titolo V della Costituzione, il comma 3 dello stesso articolo annovera tra le materie a legislazione concorrente con le regioni la tutela della salute, rientrando nelle politiche sociali dell' immigrazione. La materia sanitaria viene dunque regolata attraverso la normativa statale la quale viene integrata dalle norme di dettaglio regionali²²³. L' art. 43, co. 8, d.p.r. n. 394/99, stabilisce che le regioni debbano individuare gli strumenti più efficaci per garantire le cure essenziali e continuative, rendendo così la loro azione di fondamentale importanza per la qualità dell' assistenza sanitaria fornita. Esse possono quindi intervenire sulla regolamentazione delle procedure di gestione ed erogazione dei servizi sanitari, l' accesso ai quali, per gli stranieri, è però stabilito dalle leggi dello Stato nell' esercizio della sua competenza esclusiva. In favore di una maggiore attribuzione di competenze alle regioni è intervenuta la Corte Costituzionale attraverso la sent. 50/2008 nella quale ribadisce il monopolio del potere statale nella regolazione dei flussi migratori, dell' ingresso, del soggiorno e dell' allontanamento. Viene tuttavia ammessa per le politiche sociali di integrazione un intreccio tra la potestà normativa dello Stato e quella delle regioni, riconoscendo in tale ambito una ripartizione delle competenze. In base all' art. 177, co. 3, cost., le regioni possono quindi intervenire nell' ambito dell' assistenza sanitaria agli

²²³ L. Gili, *Considerazioni sul diritto alla salute degli stranieri, anche alla luce delle modifiche al titolo V della Costituzione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2003, p. 20. In tema di ripartizione delle competenze tra Stato e regioni relativamente agli stranieri si veda L. Gili, *Considerazioni sul diritto alla salute degli stranieri, anche alla luce delle modifiche al titolo V della Costituzione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2003, pp. 36 ss.

stranieri in quanto materia a competenza concorrente.

Dopo la riforma costituzionale del 2001 molte regioni hanno adottato delle leggi in materia di diritti ed integrazione sociale degli stranieri, tuttavia nessuna di esse si distanzia in modo consistente da quanto disposto a livello nazionale circa la tutela del diritto alla salute riconosciuto al migrante “irregolare”. In Emilia Romagna, la legge 5/2004, all' art. 13 stabilisce la garanzia delle prestazioni sanitarie previste dai livelli essenziali, sulla base di quanto sancito nel T.U., nonché riporta la disposizione inerente le cure d' urgenza. Similmente si pongono le leggi regionali di Liguria (n. 7/2007) e Lazio (n. 10/2008).

In un' ottica maggiormente garantista sono state elaborate le leggi 13/2009 della regione Marche e 29/2009 della Toscana, le quali sono volte all' estensione, rispetto alla legislazione statale, della tutela del diritto alla salute pe gli stranieri privi del permesso di soggiorno. L' art. 12 della legge Marche stabilisce l' accesso agli “immigrati temporaneamente presenti” all' assistenza sanitaria, nonché alle prestazioni sanitarie ospedaliere, ambulatoriali e riabilitative, in condizione di parità con i cittadini residenti. Tale rilevante disposizione tende dunque a parificare gli stranieri “irregolari” ed i cittadini nella tutela del diritto alla salute. La legge della regione Toscana detta tra i suoi compiti quello di “promuovere e sostenere il diritto alla salute dei cittadini stranieri” in quanto diritto fondamentale della persona umana. La Giunta regionale deve inoltre disciplinare le aziende sanitarie in modo da rendere concretamente fruibili le prestazioni sanitarie agli stranieri non iscritti al S.S.N., nonché sviluppare interventi volti ad informare coloro che sono privi del permesso di soggiorno delle possibilità che tali strutture gli offrono. In entrambe le leggi in questione è evidente la volontà di garantire il diritto alla salute altresì ai migranti “irregolari”.

Il Governo a luglio del 2009 ha tuttavia impugnato le suddette leggi regionali sostenendo che oltre ad agevolare il soggiorno degli stranieri “irregolari”, le regioni siano intervenute su materie che incidono sull' ingresso e soggiorno degli immigrati, le quali rientrano tra le competenze esclusive dello Stato. Si ripete ancora una volta la contrapposizione tra norme volte a garantire più ampiamente determinati diritti sociali da un lato e quelle orientate al contrasto dell' immigrazione clandestina dall' altro²²⁴.

224 F. SCUTO, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., pp. 182 ss.

3.2 Spagna

3.2.1 Il quadro costituzionale

Le osservazioni di carattere generale svolte per il caso italiano sono da considerarsi valide anche in riferimento a quello spagnolo. La Costituzione spagnola (1978), rientrando tra quelle del secondo dopoguerra, oltre a riconoscere i diritti fondamentali connessi alla dignità umana a tutti gli individui a prescindere da qualsiasi differenziazione, annovera nel titolo I (diritti e doveri fondamentali) un' ampia lista di diritti tra cui quelli sociali. Essi, proprio per la loro notevole portata, sono considerati diritti fondamentali al pari ad esempio dei diritti civili²²⁵. Il problema si pone nel momento del loro effettivo godimento da parte del soggetto in quanto, come già affermato, per la loro attuazione necessitano di un intervento positivo da parte dello Stato, il quale deve fornire concretamente dei servizi alla persona stanziando i fondi necessari. Un' azione che incontra alcuni ostacoli, il più consistente dei quali è appunto la limitatezza delle risorse finanziarie che il potere statale può o vuole utilizzare per fornire questi servizi. Il legislatore inoltre bilancia il dovere di riconoscere ed effettivamente garantire i diritti sociali da un lato e la volontà di contrastare l'immigrazione "irregolare" dall' altro.

Il diritto all' assistenza sanitaria, "intesa come l' insieme di prestazioni di carattere medico e farmaceutico fornite dallo Stato"²²⁶, viene sancito nella carta costituzionale dall' art. 43, al cui comma 1 si proclama che "si riconosce il diritto alla salvaguardia della salute"²²⁷. A questa affermazione piuttosto sommaria segue il secondo comma nel quale si asserisce che "competete ai pubblici poteri organizzare e tutelare la salute pubblica attraverso gli strumenti preventivi e le prestazioni e servizi necessari. Al riguardo, la legge stabilirà i diritti e i doveri di tutti al rispetto". La carta costituzionale dunque specifica che il diritto alla salute è altresì il diritto spettante ad ogni individuo di esigere dalle autorità pubbliche l' adozione di strumenti adeguati per prevenire e curare le malattie, nonché educare le persone su questo tema. Il diritto alla salute ha quindi un duplice aspetto: quello negativo inteso come il diritto del singolo a non subire

225 Rif. sentenze del *Tribunal Constitucional* n. 107/1984, 99/1985, 130/1995, 95/2000.

226 I. Martín Delgado, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Revista Derecho y salud*, vol. 10, n. 2/2002, www.ajs.es, p. 197.

227 L' art. 43 della Costituzione riconosce direttamente il diritto alla salute, ma vi sono altri articoli connessi ad esso come ad esempio: il diritto alla vita ed all' integrità fisica (art. 15), la sicurezza e igiene sul posto di lavoro (art. 40 co. 2), il diritto a vivere in un ambiente adeguato e la protezione della qualità della vita (art. 45), la tutela dei disabili (art. 49), nonché la salvaguardia della salute dei consumatori (art. 51, co. 1).

comportamenti lesivi della sua persona da parte dello Stato e quello positivo ovvero l'azione dei pubblici poteri volta alla prevenzione nonché all'innalzamento del benessere fisico della popolazione. La Costituzione spagnola delinea una figura del potere pubblico come “protettore” nel senso che lo Stato, definito “sociale”, ammette ed incorpora nelle proprie funzioni i diritti di prestazione tra cui il diritto alla salute²²⁸. Quest'ultimo deve essere necessariamente riconosciuto dal potere legislativo anche in capo agli stranieri in quanto da un lato è un principio fondante della politica sociale ed economica, mentre dall'altro si caratterizza come diritto spettante ad ogni soggetto. La dottrina ha sostenuto che i costituenti, nell'art. 43 CE, stabilendo attraverso una formula impersonale “si riconosce il diritto alla protezione della salute”, non hanno voluto intendere il riconoscimento di tale diritto esclusivamente ai cittadini, ma bensì ad ogni individuo in quanto persona²²⁹.

Come già accennato, sia il testo costituzionale (art. 10, co. 2) che la *Ley Organica de Extranjería* 4/2000 (art. 3, co. 2, come modificato dalla LO n. 2/2009) prevedono che le norme relative ai diritti fondamentali, tra cui il diritto alla salute, debbano essere interpretate conformemente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ed agli accordi internazionali ratificati dalla Spagna²³⁰. Il diritto in questione si concretizza dunque nella facoltà di ogni cittadino di sollecitare nei confronti del proprio Stato l'erogazione delle prestazioni sanitarie connesse al diritto alla salute, ed in particolare con il suo nucleo imprescindibile che spetta anche agli stranieri “irregolari” (sulla base dei trattati internazionali e della Costituzione).

Il *Tribunal Constitucional* è intervenuto sancendo l'appartenenza del diritto in questione al complesso dei diritti fondamentali con la sentenza n. 26/1987. Successivamente ha specificato che le prestazioni sanitarie ineriscono ad un diritto che spetta anche ai cittadini extracomunitari, seppur condizionato da ciò che prevede la legge in materia (STC n. 95 del 10 aprile 2000²³¹). Nella sentenza del 2000 il giudice costituzionale, oltre

228 F. Balaguer Callejón, *Manual de derecho constitucional*, volume II, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 292 ss.

229 J. García Roca, *La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos*, in M. Revenga Sánchez (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna. Il giornale italo-spagnole di giustizia costituzionale*, Tirant lo blanc, Valencia, 2005, pp. 71 ss.

230 Analogamente al caso italiano, anche per quanto riguarda la Spagna si fa riferimento al diritto alla salute come riconosciuto dall'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani (1948), dall'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966), nonché dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000).

231 Il fatto riguardava il ricorso esperito da una donna straniera non regolare e priva di una carta di autorizzazione, la quale reclamava per sé il diritto all'assistenza sanitaria in qualità di compagna di fatto di un uomo che invece ne era titolare in quanto cittadino spagnolo. (M. Jiménez de Parga y Cabrera, *La inmigración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, in

a consacrare la precedente giurisprudenza della Corte relativamente al solenne riconoscimento del diritto alla salute quale diritto fondamentale di ogni individuo, sostiene che tutti i diritti sanciti dalla Costituzione connessi con la dignità della persona umana spettano anche agli stranieri. Il *Tribunal Constitucional* nel caso di specie ha sostenuto che tanto il mantenimento del sistema pubblico di sicurezza sociale (art. 41 CE) che il diritto alla salute (art. 43 CE) ed il conseguente obbligo a carico dei poteri pubblici di implementarlo e tutelarlo, mediante gli strumenti, le prestazioni ed i servizi necessari, sono contenuti nel titolo I della Costituzione, il che consente di connetterlo all' art. 13, co. 1, CE. Tale relazione permette di dedurre il diritto di tutti gli stranieri a beneficiare del diritto all' assistenza sanitaria in base alle condizioni previste dalla legge. Il *Tribunal*, con specifico riferimento al caso in questione, aggiunge che il diritto alle prestazioni sanitarie non spetta solo ai titolari diretti di tale diritto, ma altresì ai familiari o assimilati che sono a carico di esso. Il giudice costituzionale ha riconosciuto dunque che cittadini e stranieri legalmente soggiornanti sono parimenti titolari del diritto alla salute, includendo tra i beneficiari anche i familiari o assimilati che si trovano in condizione di irregolarità.

Nella pronuncia in questione, al fondamento giuridico 3°, inoltre viene effettuata una ripartizione dei diritti sulla base dei soggetti che ne sono titolari: il primo gruppo include quelli spettanti ad ogni persona in quanto tale poiché correlati con la dignità umana (art. 10, co. 1 CE); il secondo riguarda quei diritti riconosciuti esclusivamente agli spagnoli (come ad esempio il diritto all' elettorato attivo e passivo sancito nell' art. 23 CE, estendibile agli stranieri solo in riferimento alle elezioni municipali come sancito dall' art. 13, co. 2, CE); mentre il terzo comprende quelli potenzialmente accessibili agli stranieri se il legislatore decide in tal senso, infatti relativamente ad essi ha la facoltà di operare delle differenziazioni nel loro concreto godimento. I diritti relativi alla dignità della persona (ad esempio integrità fisica, libertà di pensiero, ecc.) rientrano nel primo gruppo, mentre del terzo fanno parte i diritti a configurazione legale, ovvero quelli presenti principalmente nel capitolo III (principi di politica sociale ed economica), titolo I, tra cui il diritto alla salute il quale viene garantito sulla base di quanto previsto nei trattati internazionali e nelle leggi interne.

www.tribunalconstitucional.ad, 3 ottobre 2003, p. 9).

3.2.2 La legislazione sul diritto all' assistenza sanitaria

a) Il quadro normativo antecedente alla Ley Organica 4/2000

Sotto il profilo legislativo la prima *Ley Organica* in tema di stranieri, ovvero la n. 7/1985, disciplinava solamente le norme inerenti i flussi migratori, l' ingresso e l' allontanamento del non cittadino, nonché le disposizioni riguardanti la residenza ed il settore lavorativo. Dal punto di vista delle politiche sociali di immigrazione, invece, riconosceva una posizione privilegiata solamente ai cittadini di Stati con cui la Spagna aveva avuto storicamente dei legami (come ad esempio i latinoamericani, filippini, andorriani, gli abitanti di Gibilterra e della Guinea equatoriale). Enunciava diritti come quello di riunione, di associazione e di istruzione, mentre ometteva di menzionare il diritto all' assistenza sanitaria. Al fine di sopperire a tale lacuna si doveva far riferimento alla legge generale sulla sanità n. 14/1986, al relativo *Real Decreto Legislativo* n. 1/1994, nonché al *Real Decreto* n. 155/1996 sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna che implementava la *Ley Organica* 7/1985. Quest' ultimo stabiliva che i diritti inerenti alla dignità della persona umana dovevano essere riconosciuti agli stranieri presenti in Spagna in condizione di parità rispetto ai cittadini, tra i quali si potevano incorporare il diritto alle prestazioni sanitarie dei minori, delle donne in stato di gravidanza e le cure d' urgenza. Veniva inoltre previsto che i cittadini extracomunitari avessero la facoltà di accedere ai servizi sanitari predisposti dai poteri pubblici in base a quanto stabilito dalle leggi in materia. All' articolo 8 si sanciva che gli stranieri potessero godere di tale diritto nelle situazioni di necessità, specialmente in caso di disoccupazione, conformemente alla normativa relativa al sistema di sicurezza sociale. Quanto detto ci permette di affermare che anche anteriormente alla *Ley de Extranjeria* 4/2000 il diritto alla salute era comunque garantito agli stranieri, nonostante essa abbia apportato notevoli cambiamenti. La *Ley* n. 14/1986, all' art. 1 infatti stabiliva quale suo obiettivo “la regolazione generale di tutte le azioni che permettono di rendere effettivo il diritto alla protezione della salute riconosciuto nell' art. 43 e relativi della Costituzione”. Essa enunciava inoltre che “sono titolari del diritto alla salute e all' assistenza sanitaria tutti gli spagnoli ed i cittadini stranieri che hanno stabilito la loro residenza sul territorio nazionale”. La norma tuttavia distingueva tra coloro che erano regolarmente residenti in Spagna, i quali avevano pienamente diritto all' assistenza sanitaria, da coloro che non lo erano, garantendo a questi ultimi tale diritto solo sulla base delle leggi e delle convenzioni internazionali. Riconoscendo di fatto la parità di

trattamento tra stranieri e spagnoli solamente a chi soggiornava regolarmente. Prima delle modifiche apportate dalla LO n. 4/2000 l'assistenza sanitaria veniva riconosciuta limitatamente ai soggetti che facevano parte del sistema di Sicurezza Sociale (spagnoli e stranieri "regolari") e a coloro che si trovavano nelle condizioni di poter beneficiare delle prestazioni gratuite (esclusivamente ispanoamericani, brasiliani, andorriani, portoghesi e filippini che risiedevano in Spagna).

b) La Ley Organica 4/2000

La LO 4/2000, introducendo significanti novità rispetto alla precedente normativa, rappresenta un importante passo in avanti: alla regolazione e controllo dei flussi migratori affianca delle disposizioni volte all'integrazione sociale degli stranieri comunque presenti sul territorio nazionale²³². Il comma 1 dell'art. 3, come modificato dalla LO n. 8/2000, stabilisce che gli stranieri godranno in Spagna dei diritti e delle libertà sanciti nel titolo I della Costituzione in conformità alla legge e ai trattati internazionali. Oltre a questa rilevante dichiarazione, il legislatore introduce il criterio interpretativo generale del riconoscimento, in condizioni di parità con i cittadini spagnoli, dei diritti proclamati nella legge anche agli stranieri. Con tale asserzione il potere legislativo per la prima volta afferma il principio di uguaglianza tra cittadini e non nel godimento dei diritti presenti nel titolo I CE, tra cui il diritto all'assistenza sanitaria. Quest'ultimo viene esteso dalla LO n. 4/2000 non solo ai minori ed alle donne in gravidanza, ma altresì in riferimento alle cure mediche d'urgenza ai migranti (anche se "irregolari") e agli stranieri iscritti presso il *Padrón Municipal* (definito come "registro amministrativo, informatizzato e permanente, posto sotto il controllo dei municipi spagnoli²³³) in condizione di parità con gli spagnoli. È precisamente l'articolo 12 della suddetta legge che disciplina l'accesso alle prestazioni sanitarie da parte dei

232 Questa legge è stata sviluppata a partire dal contesto favorevole all'integrazione sociale degli stranieri che si era creato negli anni '90. Il 9 aprile 1991 il Congresso (organo equiparabile alla nostra Camera dei deputati) aveva approvato una proposta di legge, nella quale si esortava il Governo ad adottare un approccio volto alla promozione dell'inserimento dei migranti nella società, soprattutto attraverso azioni nel settore dell'occupazione, dell'educazione, dell'abitazione, della sanità e della protezione sociale. Tale indirizzo verrà concretizzato dal Governo con l'approvazione del Piano per l'integrazione sociale degli immigrati (2 dicembre 1994) ed il Regolamento sui diritti e le libertà degli stranieri, sancito dal Real Decreto 155/1996.

233 Le disposizioni che regolano lo statuto di questo registro sono contenute nella *ley* n. 7/1985 che riguarda le "*Bases del Régimen Local*" (LBRL), nonché dal *Real Decreto* n. 1690/1986 che include il "*Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales*". (F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., p. 175).

non cittadini²³⁴. La normativa, oltre a riferirsi specificatamente ai “diritti e libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale”, opera una chiara distinzione sulla base della situazione del soggetto, prevedendo nei diversi casi altrettanti livelli di tutela differenziati. Si possono discernere: i migranti iscritti al *Padrón Municipal*, coloro che non lo sono (a cui si fa riferimento relativamente alle cure d'urgenza), i minori di 18 anni e le donne in stato di gravidanza. In tutti questi casi il soggetto gode pienamente del diritto all'assistenza sanitaria parimenti agli spagnoli, sulla base dell'interpretazione prevista nell'art. 3, co. 1, e nello stesso art. 12 LO n. 4/2000.

c) Il grado di tutela apprestato a specifiche “categorie” di soggetti

L'art. 12 prevede delle particolari tutele per le “categorie” considerate deboli, come i minori, in riferimento ai quali al comma 3 si riconosce concretamente il loro diritto all'accesso all'assistenza sanitaria, indipendentemente dalla regolarità o meno del soggiorno e dall'iscrizione nel *Padrón Municipal*. Viene specificato che tale garanzia è riconosciuta in modo eguale rispetto ai cittadini spagnoli, configurando così una piena tutela del diritto. L'accesso all'assistenza sanitaria così come configurato dalla *Ley Organica* n. 4/2000 prevede per il minore una duplice possibilità, ovvero di godere di tale diritto sulla base del terzo comma art. 12 (come i maggiorenni), oppure conformemente al primo comma in quanto persona a carico di un titolare di tale diritto iscritto al *Padrón Municipal*. Vi è una terza possibilità maggiormente favorevole per il minore, ossia quella di vedersi riconosciuto il diritto sulla base del primo comma dell'

²³⁴ La successiva *Ley Organica* n. 8/2000 non ha apportato significative modifiche al diritto all'assistenza sanitaria, nonostante essa si ponga in controtendenza rispetto alla LO 4/2000 principalmente in riferimento all'integrazione sociale degli stranieri. Nella riforma vengono infatti preclusi allo straniero diritti tra cui quello di riunione, manifestazione, associazione, ecc. (norme dichiarate incostituzionali dalla STC n. 236/2007) e si riduce al loro nucleo essenziale il godimento dei diritti sociali. La recente *Ley Organica* n. 2/2009, similmente, non introduce cambiamenti nella tutela del diritto all'assistenza sanitaria, se non puramente formali. L'unica modifica che hanno subito le norme che regolano il diritto alla salute è opera della *Ley Organica* n. 14/2003, di cui si parlerà in seguito. Quanto previsto dall'art. 12 della LO n. 4/2000 è stato sviluppato dall'“*Instrucción General del Ministro de Sanidad y Consumo*”, nella quale si afferma l'immediata valenza delle disposizioni ivi contenute per l'Istituto nazionale della sanità (INSALUD), le quali vengono inoltre comunicate alle *Cominidades Autónomas*. Viene stabilito che l'INSALUD fornirà assistenza sanitaria agli stranieri presenti sul territorio nazionale in conformità con quanto previsto dall'art. 12 della *Ley organica* n. 4/2000. L'istituto viene impegnato a: facilitare la comunicazione sull'accesso all'assistenza sanitaria; garantire le prestazioni a coloro che sono privi dei documenti che certifichino la titolarità del diritto, fornendogli un'autorizzazione provvisoria; estendere la copertura all'assistenza sanitaria agli individui che non hanno le risorse economiche necessarie (conformemente al Real Decreto n. 1088/1989) ed infine a promuovere il coordinamento con altri enti allo scopo di affrontare i problemi sociali che indirettamente incidono sulla salute degli stranieri, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno e con particolare attenzione per i soggetti deboli. (D.T. Kahale Carrillo, *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, in *Revista derecho y salud*, vol. 15, n. 1/2007, www.ajs.es, pp. 104 ss.).

art. 12 e allo stesso tempo registrarsi al *Padrón* dichiarando la mancanza di risorse; in tal modo potrà beneficiare pienamente dell' assistenza sanitaria anche una volta raggiunta la maggiore età. Da questo ventaglio di opzioni si può dedurre che il comma 3 art. 12 è stato previsto principalmente per tutelare i minori non accompagnati²³⁵. Il *Tribunal Constitucional* ha sostenuto che i minori per il solo fatto di essere tali godono di diritti indisponibili relativamente ai quali il legislatore non può introdurre differenziazioni sulla base della cittadinanza, della nazionalità, o di ogni altro elemento²³⁶.

Una figura che richiede particolari attenzioni è altresì la donna in gravidanza nella fase del parto o successivamente ad esso²³⁷. Similmente al caso precedente, viene riconosciuto l' accesso alle prestazioni sanitarie indipendentemente dalla condizione amministrativa e dall' *empadronamiento*, nonostante il comma 4 dell' art. 12 tralasci di affermare che ciò avviene a parità di condizioni con le donne spagnole. Tale diritto non è circoscritto alle cure strettamente correlate con la gravidanza ed il parto, ma comprende altresì ogni intervento volto a recuperare lo stato fisico della donna. Non sono incluse, invece, quelle prestazioni sanitarie connesse con la decisione personale della donna di interrompere la gravidanza.

d) Il Padrón Municipal

Elemento che segna un enorme passo in avanti rispetto alla precedente disciplina e che consente di tutelare pienamente il diritto alla salute dei migranti “irregolari” è inserito nel comma 1 dell' art. 12. In esso viene stabilito che gli stranieri presenti sul territorio nazionale iscritti al registro del *Padrón* municipale nel quale abitualmente risiedono e non hanno risorse economiche sufficienti, godono totalmente e (per interpretazione) gratuitamente della tutela del diritto alla salute in modo eguale rispetto agli spagnoli. Per beneficiare di tale diritto i soggetti che ne sono titolari dovranno richiedere il tesserino sanitario, il quale consente di usufruire delle prestazioni sanitarie. Le condizioni poste sono due: *empadronamiento* e carenza di risorse economiche²³⁸. Il

235 I. Martín Delgado, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Revista Derecho y salud*, vol. 10, n. 2/2002, www.ajs.es, pp. 209 ss.

236 Cfr. STC n. 141/2000.

237 Il diritto delle donne a godere delle cure prenatali e postnatali è sancito a livello internazionale dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (1989) all' art. 24, co. 2, lett. d). In Spagna il diritto della donna in stato di gravidanza a ricevere le cure prenatali e postnatali è stato ratificato dalla *ley* n. 1/1996.

238 Il diritto all' assistenza sanitaria spettante alle persone prive delle risorse economiche necessarie veniva regolato dal *Real Decreto* n. 1088/1989 il quale era rivolto solamente ai cittadini spagnoli che non rientravano nel sistema di Sicurezza Sociale. Dall' entrata in vigore della *Ley de Extranjeria* n. 4/2000 tale diritto viene riconosciuto anche agli stranieri presenti in Spagna. Le autorità comprovano

Padrón Municipal permette dal lato del soggetto di certificare la propria residenza in quel municipio e per quest' ultimo rappresenta invece un ottimo mezzo per ottenere dei dati quantitativi sui residenti. La LO 4/2000 disegna un quadro che rivolge importanti attenzioni all' integrazione sociale dei migranti ed in cui il *Padrón Municipal* svolge un ruolo chiave nel garantire agli stessi l' accesso ad una serie di diritti sociali essenziali²³⁹. La Risoluzione del 21 giugno 1997 stabilisce che la registrazione non è condizionata dalla regolarità del soggiorno dello straniero e che il municipio non ha alcuna competenza nel controllare questo aspetto. Similmente nell' art. 18 della legge che regola gli enti locali (n. 7/1985 LBRL) viene asserito che “l' iscrizione degli stranieri al *Padrón* non costituirà prova della sua residenza legale in Spagna, né gli attribuirà alcun diritto se non conferitogli dalla legislazione vigente, specialmente in materia di diritti e libertà degli stranieri in Spagna”. Si può notare come la previsione dell' art. 12 della LO n. 4/2000 si caratterizzi per la sua novità rispetto alla normativa precedente e per la potenziale ampiezza della tutela del diritto alla salute ai non cittadini, in condizione di parità con gli spagnoli, in quanto il *discrimen* non è più la regolarità del soggiorno bensì l' iscrizione al *Padrón Municipal*, la quale attesta l' abituale residenza del soggetto nel municipio. La registrazione al *Padrón*, altrimenti chiamata “*empadronamiento*”, viene precisata dalla *ley* n. 4/1996 la quale facilita di fatto questa procedura agli stranieri chiarendo che per “residenza abituale” si intende la presenza del soggetto nel territorio comunale per un certo periodo di tempo. Esso inoltre non deve dimostrarla formalmente, ovvero attraverso contratti di locazione o altro. La documentazione che il cittadino extracomunitario, così come quello spagnolo, deve presentare al fine di iscriversi al *Padrón Municipal* è assai esigua²⁴⁰, permettendo così un accesso al registro basato su criteri di fatto e non formali, assolvendo ad una funzione più statistica che giuridica. Ulteriore elemento degno di nota è che la *Ley de Extranjería* (art. 6, co. 3) stabilisce che la registrazione al *Padrón* sia di competenza del municipio e sulla base di una precedente norma (la già citata Risoluzione del 21/07/1997) ciò non consente allo stesso di operare controlli sulla regolarità o meno del soggiorno dello straniero. Quanto previsto è il prodotto della volontà del legislatore di non ostacolare l' accesso alle cure

la reale mancanza dei mezzi attraverso la dichiarazione dei redditi dell' anno precedente. Se il soggetto non la possiede è sufficiente una testimonianza verbale.

239 Relativamente ai diritti dei migranti “irregolari” che derivano dalla registrazione nei *Padrón Municipal* si fa riferimento a J. Zarauz, *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2007, www.ararteko.net.

240 Il soggetto deve dichiarare: nome e cognome, sesso, nazionalità, luogo e data di nascita, il domicilio abituale, un codice sostitutivo alla carta di identità e i titoli di studio conseguiti.

per i migranti “irregolari”, i quali potrebbero in altro caso evitare di recarsi nelle strutture sanitarie per timore di essere segnalati alle autorità pubbliche e successivamente espulsi. Il sistema previsto dal legislatore consente potenzialmente una piena garanzia del diritto alla salute anche agli stranieri *sin papeles*, utilizzando come requisito per misurare il rapporto continuativo del soggetto con quel determinato territorio l'iscrizione al *Padrón Municipal* e non la regolarità della residenza, favorendo in tal modo l'integrazione degli stessi. “La norma ha, dunque, il merito di bypassare la consueta distinzione che il legislatore tende ad operare tra straniero regolare ed irregolare da cui consegue, inevitabilmente, un diverso livello di tutela di un diritto”²⁴¹. Nonostante nella realtà dei fatti gli stranieri privi del permesso di soggiorno siano generalmente restii alla registrazione a causa del timore di essere identificati, generato da un ambiente circostante che li obbliga a vivere nell'ombra, non sono da sottovalutare gli aspetti positivi della normativa. Essa infatti, facilitando l' *empadronamiento*, configura un'ampia tutela del diritto alla salute per gli stranieri, i quali se ne avessero la consapevolezza potrebbero goderne appieno.

La LO n. 4/2000 amplia notevolmente la tutela del diritto alla salute rispetto al precedente quadro normativo e tratta nel dettaglio le varie situazioni, ma l'aspetto positivo più evidente è il fatto che incorpora anche i migranti “irregolari” in questo quadro. Quanto previsto dal legislatore nel 2000 è stato tuttavia ridotto nella sua portata dalla *Ley Organica* n. 14/2003²⁴², la quale non modifica direttamente quanto previsto dalla *Ley de Extranjeria* n. 4/2000 relativamente al rapporto straniero-*Padrón Municipal*, ma introduce cambiamenti alla *ley* n. 7/1985 riguardante le “*Bases del Régimen Local*” (LBRL) con rilevanti conseguenze sulla gestione dei dati contenuti in tale registro. Nella nuova normativa sono presenti delle disposizioni che hanno l'effetto di comprimere la posizione soggettiva dello straniero. Viene prevista infatti la scadenza della registrazione ogni due anni, con l'impossibilità di rinnovarla per coloro che non sono più in possesso dell'autorizzazione a risiedere sul territorio spagnolo, permettendo in tal modo di aggiornare i dati ed individuare coloro che non sono riusciti ad ottenere nuovamente il permesso di soggiorno. Emerge inoltre per la sua particolare incisività la disposizione che consente l'accesso ai dati contenuti nel registro da parte delle forze di polizia allo scopo di “migliorare l'esercizio delle competenze legalmente stabilite inerenti il controllo e la permanenza degli stranieri in Spagna”. Viene in generale

241 F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., p. 177.

242 Implementata dal *Real Decreto* 2392/2004.

facilitata la conoscibilità dei dati presenti nel *Padrón Municipal* da parte delle varie amministrazioni pubbliche, nonché la loro collaborazione finalizzata allo scambio delle informazioni, in particolare con l' Istituto Nazionale di Statistica. Elementi altrettanto restrittivi sono rappresentati dall' obbligo per lo straniero “irregolare” di esibire il passaporto al momento della registrazione e la previsione di strumenti che generalmente facilitano l' accesso ai dati ivi inseriti da parte delle autorità, con l' effetto di agevolare l' identificazione dello straniero “irregolare”. Quest' ultimo tenderà quindi ad evitare l' iscrizione per non incorrere nella segnalazione e nella conseguente espulsione. Il *Padrón Municipal* nell' arco di tre anni cambia dunque la sua funzione, da registro volto all' integrazione sociale degli stranieri che consente al *sin papel* di godere delle prestazioni sanitarie a parità con gli spagnoli, a mezzo ad uso delle forze di polizia a scopi di identificazione, controllo e sanzione della presenza irregolare di migranti. Essi sono quindi i soggetti maggiormente colpiti da tali modifiche in quanto si incrementano notevolmente le probabilità di allontanamento dal territorio nazionale poiché facilmente localizzabili. Queste disposizioni furono al centro di una rilevante protesta sociale che portò all' introduzione di alcune specificazioni, tra cui la limitazione all' accesso dei dati da parte delle forze di polizia relativamente all' esercizio delle funzioni previste dalla *Ley Organica de Extranjeria*, nonché la conformità di tale potere alla *Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal de España* (LOPD), la quale aggiunge elementi che favoriscono la sicurezza dei dati.

Il quadro che emerge in seguito alla riforma è passibile di numerose critiche dato che ostacola il godimento di un diritto fondamentale, come quello alla salute, alla componente immigrata che si trova nelle condizioni peggiori. Tuttavia non si deve omettere di accennare al fatto che un' assistenza sanitaria potenzialmente estesa e gratuita graverebbe significativamente sulle finanze dello Stato. D' altronde è necessario affermare che la negazione delle prestazioni sanitarie a coloro che sono privi delle risorse economiche necessarie, qualunque sia la loro condizione amministrativa, è inaccettabile per qualsiasi Stato che si definisce democratico²⁴³.

Quanto previsto nella *Ley de Extranjeria* n. 4/2000 ha segnato un passo in avanti importante verso l' obiettivo dell' integrazione sociale degli stranieri, nonostante le difficoltà che si frappongono al raggiungimento di tale scopo come mostrato dall' elevato numero di persone che rimangono escluse da tale sistema. In Spagna, così come

243 C. Ortega Carballo, *Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia, IV Simposio Internacional de Inmigración, Fundación Ciudadanía y Valores*, Valencia 9 aprile 2010, www.funciva.org, pp. 13 ss.

in Italia, sono plurimi gli ostacoli che si interpongono tra lo straniero e le strutture sanitarie. Innanzitutto il fatto che il personale medico ed il paziente abbiano una lingua diversa è un problema che incide fortemente sulla effettività del diritto alla salute; risulta evidente d' altro canto l' impossibilità di disporre di traduttori in ogni struttura sanitaria. Tuttavia si dovrà agire al fine di superare questa barriera attraverso la stretta collaborazione tra l' amministrazione sanitaria, i servizi sociali e le organizzazioni che si occupano di immigrati nella zona. Tutt' altra questione, ma non meno avversa, è quella caratterizzata dalla mancanza o scarsità di informazioni dovuta al fatto che lo straniero non conosce il proprio diritto per cause imputabili al soggetto oppure può accadere che le comunicazioni da parte delle autorità non siano corrette. Se i poteri pubblici non garantiscono una chiara ed ampia informazione il diritto alla salute rimarrà una mera dichiarazione formale senza raggiungere il suo obiettivo, ovvero fornire prestazioni a coloro che sono titolari di tale diritto²⁴⁴.

e) La tutela del diritto alla salute nei casi “residuali”

Vi sono, infine, gli stranieri che non fanno parte delle categorie c.d. protette e non sono nemmeno registrati presso i *Padrón Municipal*, i quali possono beneficiare dei servizi sanitari d' urgenza, a prescindere dalla regolarità del soggiorno, finchè persiste la situazione di emergenza. L' unico requisito per usufruirne è la sussistenza di una malattia grave o di un infortunio, qualunque sia la loro causa. Tale posizione è regolata dall' art. 12, co. 2, della *Ley de Extranjeria* il quale prevede un' assistenza sanitaria relativa alle prestazioni specifiche di urgenza, così come l' accesso alle strutture sanitarie e la continuità delle cure fino al venir meno dello stato di emergenza. Il problema che in tal caso si riscontra è la determinazione dello stato di urgenza. A proposito è intervenuta la *Ley Organica* n. 14/2003 la quale interpreta questa condizione come “urgenza immediata” anche se non sussiste un pericolo imminente per la vita dello straniero. Il diritto all' assistenza sanitaria verrà garantito al soggetto anche in caso di infortunio anche non grave. Le cure mediche saranno invece apprestate solamente ai soggetti che hanno sviluppato una malattia in modo grave.

Nel caso, residuale, dello straniero che non abbisogna di cure d' urgenza e non è iscritto nel *Padrón Municipal*, esso potrà accedere alle cure in qualità di utente privato con i costi che ne conseguono. In tal modo si intende garantire comunque al non cittadino un

244 I. Martín Delgado, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Revista derecho y salud*, vol. 10 n. 2/2002, www.ajs.es, p. 216.

livello di tutela minimo inderogabile che prescinde dall' iscrizione al *Padrón Municipal* e soprattutto dalla regolarità del soggiorno.

Gli stranieri trattenuti in attesa dell' allontanamento forzato hanno il diritto all' assistenza sanitaria ed i Centri di Identificazione ed Espulsione devono essere dotati di servizi sociali, giuridici, culturali e sanitari.

Si può notare quindi come l' assistenza sanitaria, intesa non solo come norma giuridica ma anche come attività del personale medico, debba prescindere da ogni discriminazione sulla base della cittadinanza. Il principio di uguaglianza si dispiega in questo ambito con tutta la sua estensione²⁴⁵.

3.2.3 Le Comunidades Autónomas (CCAA)

Al fine di delineare un esaustivo quadro della condizione giuridica del migrante “irregolare” in Spagna è necessario fare riferimento all' attività delle *Comunidades Autónomas*. La Costituzione spagnola, similmente a quella italiana, definisce all' art. 149, co. 1, le competenze di materia esclusivamente statale, tra cui al punto 2 si annoverano l' immigrazione e lo statuto dello straniero. Il potere dello Stato in tale ambito, nella concretezza dei fatti, non è da considerarsi pieno in quanto il fenomeno dell' immigrazione è talmente sfaccettato che rientra per taluni aspetti nelle competenze proprie degli enti locali. Non risultano nettamente distinguibili i settori di pertinenza dello Stato e delle *Comunidades Autónomas* relativamente all' immigrazione, i quali finiscono dunque inevitabilmente per intrecciarsi. Al potere centrale spetta la regolazione dell' ingresso, del soggiorno ed espulsione degli stranieri, nonché delle violazioni alla *Ley Organica* e le relative sanzioni. Gli enti locali si occupano, in virtù dell' art. 148 CE, del settore delle politiche sociali le quali incidono sul processo di integrazione degli stranieri, tra cui assumono particolare rilievo: la salute, l' assistenza sociale, l' istruzione e le politiche abitative. Lo Stato detta le linee guida circa il diritto degli stranieri all' integrazione sociale, visto come una finalità fondamentale, mentre le *Comunidades Autónomas* le implementano sul territorio. Il primo delinea quindi una generica tutela del diritto alla salute che viene poi messa in pratica attraverso l' azione degli enti locali, i quali devono attenersi ai principi stabiliti a livello statale. Essi hanno gradualmente ottenuto sempre maggiori competenze fino ad elaborare una propria legislazione in materia. Le *Comunidades Autónomas*, nell' esercitare tale competenza,

245 N. Serrano Argüello, *La protección de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, in *Revista de Administración sanitaria*, vol. 5, n. 20, 2001, www.administracionsanitaria.com, pp. 125 ss.

non possono in alcun modo compromettere il godimento di quel nucleo essenziale del diritto all' accesso all' assistenza sanitaria che deve essere comunque garantito anche agli stranieri “irregolari”. La loro azione può essere dunque esclusivamente migliorativa rispetto ai principi basilari tracciati dallo Stato. Molte *Comunidades Autónomas* hanno infatti adottato misure che incrementano il livello di tutela del diritto alla salute spettante ai *sin papeles* oltre quanto previsto dalla *Ley Organica de Extranjeria*²⁴⁶. “Questa rimodulazione al rialzo del livello di tutela del diritto rappresenta senza dubbio uno degli aspetti più interessanti della regolamentazione dell' accesso alle cure degli stranieri in Spagna”²⁴⁷. Le funzioni svolte dalle *Comunidades Autónomas* non riguardano solamente azioni autonome, ma altresì il coordinamento tra i vari enti presenti sul territorio consentendo così l' armonizzazione del sistema delle politiche d' immigrazione. In definitiva, l' attività degli enti locali si configura come particolarmente importante in quanto tali istituzioni sono più vicine alle persone e riescono di conseguenza ad intercettare meglio le loro esigenze.

3.2.4 Comparazione tra il contesto spagnolo e italiano

L' analisi del raffronto tra Italia e Spagna non può prescindere dalla constatazione che gli organi di giustizia costituzionale di entrambi i Paesi abbiano riconosciuto i diritti sociali come pienamente rientranti nel novero dei diritti fondamentali. In tal modo si riconducono tali diritti, in particolare quello alla salute, all' articolo presente in ambedue i testi costituzionali che sancisce l' esistenza di diritti inderogabili spettanti ad ogni individuo. Le carte costituzionali, risalenti al periodo del secondo dopoguerra, elencano ampiamente i diritti sociali configurando lo Stato come Stato sociale, ovvero come erogatore di servizi volti al benessere dei cittadini. Vi sono tuttavia dei diritti, come

²⁴⁶ Un esempio virtuoso in tal senso è rappresentato dalla *Comunidad Autónoma de Valencia* la quale dal 2000 ha riconosciuto la parità nell' accesso alle strutture sanitarie tra stranieri e cittadini, anche se limitatamente a coloro che sono privi di risorse economiche sufficienti e relativamente al tempo necessario per regolarizzare il proprio soggiorno. Ancora più garantista è la *Comunidad Autónoma de Navarra*, la quale riconosce pienamente il diritto alla salute a tutti gli stranieri purchè si trovino in una condizione di indigenza. La *Comunidad Autónoma dell' Andalucía*, parimenti, attribuisce agli stranieri il godimento all' assistenza sanitaria in modo eguale con gli spagnoli, fornendo una tessera sanitaria rinnovabile finchè il cittadino extracomunitario non regolarizza la propria posizione. Tale documento dà inoltre diritto ad un medico di famiglia. Anche in altre *Comunidades Autónomas* quali Aragón, Balears, Murcia ed Estremadura sono state adottate misure volte a favorire il beneficio delle prestazioni sanitarie ai migranti “irregolari” anche se non registrati al *Padrón Municipal*. Nelle *Comunidades de Cataluña* e de Madrid, invece, non sono stati previsti strumenti volti ad innalzare il livello di tutela già previsto dalle normative statali, facendo essenzialmente rinvio ad esse. (F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., pp. 180 ss.)

²⁴⁷ F. Scuto, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, cit., p. 181.

quello all' assistenza sanitaria, che per stessa disposizione costituzionale sono attribuiti ad ogni individuo. Il diritto di ognuno a godere delle cure mediche viene sancito esplicitamente nella Costituzione spagnola dall' art. 43, nel quale viene inoltre esplicitato l' obbligo da parte dello Stato di garantire il suddetto diritto. Nella carta italiana esso viene proclamato in modo più dettagliato dall' art. 32, interpretandolo non semplicemente come diritto del singolo ma anche come interesse della collettività.

Le corti costituzionali dei due Paesi hanno affermato l' inderogabilità del nucleo essenziale del diritto alla salute spettante ad ogni persona in quanto tale, ma hanno sostenuto altresì che oltre questo contenuto essenziale il godimento dello stesso sia subordinato alle disposizioni legislative. Si consente in tal modo al legislatore di effettuare delle disparità di trattamento sulla base della regolarità del soggiorno. Questa discriminazione è maggiormente manifesta nella legislazione italiana in quanto in quella spagnola, attraverso il sistema del *Padrón Municipal*, si attua una distinzione fondata sull' iscrizione a tale registro. Indirettamente, anche in questo caso, la residenza regolare permetterebbe allo straniero di godere pienamente dell' assistenza sanitaria in condizioni di parità con i cittadini. Generalmente si può notare come la normativa spagnola si caratterizzi per la sua maggiore portata garantista rispetto a quella italiana, almeno fino alle modifiche apportate dalla *Ley Organica 14/2003*, come mostra appunto la potenziale piena garanzia del diritto alla salute per gli stranieri anche “irregolari” che si iscrivono al *Padrón* del municipio nel quale risiedono abitualmente. Il legislatore spagnolo ha individuato in questo sistema il requisito che consente di certificare l' integrazione sociale e l' attaccamento del migrante al territorio, laddove quello italiano lo ha rintracciato nel possesso del permesso di soggiorno. I cambiamenti introdotti nel 2003 in Spagna nella normativa agevolano l' accesso ai dati contenuti nel registro da parte delle forze di polizia incidendo fortemente sulla concreta possibilità dello straniero di beneficiare dell' assistenza sanitaria. Il non cittadino infatti, essendo privo dell' autorizzazione a soggiornare sul territorio, teme di essere identificato e dunque espulso. L' evoluzione normativa incentivata in ambedue i casi dalla finalità di fronteggiare l' immigrazione clandestina ha portato ad una tendenziale equiparazione delle legislazioni in esame.

Un' ulteriore similitudine è rinvenibile nel fatto che in entrambi i Paesi vengano riconosciute le cure di emergenza da prestare ad ogni individuo, indipendentemente dalla sua situazione amministrativa (e dall' *empadronamiento* in Spagna), purchè si trovi in uno stato di urgenza. Vengono inoltre garantite particolari tutele alle categorie

“protette” come le donne in gravidanza ed i minori, ai quali si riconosce pienamente l'accesso all'assistenza sanitaria.

La legislazione italiana si presenta come meno garantista in quanto il migrante “irregolare” non potrà usufruire delle stesse prestazioni riconosciute agli stranieri iscritti al *Padrón Municipal*, dato che in Italia esso può beneficiare solamente del nucleo essenziale del diritto (ovvero delle prestazioni d'emergenza); laddove in Spagna la registrazione consente l'accesso all'assistenza sanitaria in condizione di parità rispetto agli spagnoli. La normativa italiana, tuttavia, oltre agli interventi prettamente d'urgenza ricomprende tra le prestazioni sanitarie garantite anche le vaccinazioni, gli interventi di profilassi e le cure delle malattie infettive, che la legislazione spagnola tralascia di menzionare. Il legislatore italiano ha inoltre introdotto un elemento di fondamentale importanza per l'effettività del diritto in questione, ovvero il divieto di segnalazione alle autorità pubbliche della presenza di uno straniero privo di documenti da parte del personale medico. Dal punto di vista della gratuità delle prestazioni sanitarie l'art. 35 T.U. la dispone per gli stranieri, anche privi del permesso di soggiorno, che non hanno le risorse economiche sufficienti; mentre l'art. 12 della LO 4/2000 non la prevede espressamente, ma la dottrina ha dedotto da tale disposizione l'esenzione dello straniero da qualsiasi pagamento (indipendentemente dalla propria condizione economica)²⁴⁸.

Un'analogia tra Italia e Spagna che non si può omettere di menzionare è la previsione di una competenza dello Stato esclusiva in materia di immigrazione (principalmente il suo aspetto giuridico-amministrativo) e allo stesso tempo il riconoscimento dei poteri agli enti locali nell'ambito delle politiche sociali. Il primo delinea una generica tutela del diritto alla salute ed i secondi sono tenuti a concretizzarlo sul territorio.

I problemi relativi all'effettivo accesso da parte dei migranti “irregolari” alle strutture sanitarie sono comuni ad entrambi gli Stati. Lingue e culture diverse, carenza di mediatori linguistici, scarsità di informazioni, nonché la diffidenza degli stranieri generata dal timore di essere identificati e poi espulsi, sono tutte questioni che ostacolano il concreto godimento del diritto alla salute. Dai dati raccolti attraverso le interviste svolte dall'associazione internazionale “Medici del mondo” nel 2007, come già accennato, si nota come in Italia sia maggiore il numero di migranti senza documenti che usufruiscono effettivamente delle prestazioni sanitarie (55,2 %) rispetto alla Spagna (38,2%).

248 R. Rueda Valdivia, *Art. 12. Derecho a la asistencia sanitaria. Comentario*, in C. Esplugues Mota (a cura di), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 343 ss.

CAPITOLO 4. IL DIRITTO ALL' ISTRUZIONE

4.1 Italia

4.1.1 La Costituzione

Il diritto allo studio viene definito come “libertà di studiare, cioè libertà del singolo di consacrare la propria attività all' acquisizione di conoscenze e di attitudini, secondo la propria scelta (...) nasce come diritto di libertà e si sviluppa come diritto civico o sociale”²⁴⁹. Esso risulta dunque particolarmente fondamentale in quanto consente ad ogni individuo la partecipazione alla vita sociale. La conoscenza, seppur inquadrata nei dogmi della scuola contemporanea, è un diritto a cui ciascuno dovrebbe poter accedere. Il diritto all' istruzione si configura come sociale, ossia come il potere del singolo di rivendicare nei confronti dello Stato una determinata prestazione ed il dovere di quest' ultimo di riconoscerla. Come già accennato, l' erogazione di servizi da parte dei poteri pubblici richiede un esborso finanziario che l' autorità centrale sovente non può o non vuole elargire. Tale diritto, per la sua attuazione, necessita dunque di un intervento attivo da parte del legislatore. Ciò è contemplato dalla Costituzione, da cui emerge una figura di Stato come sociale, il quale dovrebbe essere volto a favorire l' agiatezza dei suoi cittadini ed in generale delle persone che si trovano sul territorio nazionale. Nel corso del tempo la sua funzione è tuttavia cambiata in seguito a decisioni politiche volte a ridurre le risorse destinate ai servizi prestati agli individui, favorendo d' altro canto la privatizzazione degli stessi²⁵⁰.

Il diritto all' istruzione risente di questo quadro preoccupante, rendendo la questione delicata in quanto il beneficiario è principalmente il minore, ovvero una “categoria” di soggetti meritevole di particolari attenzioni²⁵¹. La tutela di tale diritto è in linea di

249 M. Mazziotti Di Celsio, *Studio (diritto allo)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, p. 1.

L' autore asserisce che il diritto allo studio è un diritto personale, ovvero un diritto che deve essere garantito ad ogni individuo. Sul diritto all' istruzione spettante ai minori stranieri si veda anche P. Bonetti, F. Gualandi, *L' accesso all' istruzione scolastica, all' università e alle professioni*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 1044 ss.

250 Le risorse provenienti dai cittadini e dagli stranieri sono state sempre più utilizzate per fini diversi da quelli del benessere delle persone. Laddove si spende per la costruzione di armi, di opere nocive, per le guerre c.d. “umanitarie”, per finanziare le grandi industrie che si dislocano all' estero sfruttando la manodopera locale e per le spese di una classe politica indifferente alle esigenze delle persone; i servizi rivolti agli individui vengono declassati e spesso privatizzati, subordinandoli così all' interesse (ovvero profitto) dell' imprenditore di turno.

251 Nel paragrafo si farà riferimento esclusivamente ai minori figli di migranti “irregolari”, tralasciando di menzionare i minori non accompagnati che in quanto “tipologia” particolarmente vulnerabile è oggetto di specifiche norme e tutele. Il minore non accompagnato viene definito dallo SCEP (*Separated Children in Europe Program*) come “il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell' Unione Europea che, non avendo presentato domanda d' asilo, si trova nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente

principio estesa sia a livello internazionale²⁵² che nazionale. Ciò consente anticipatamente di affermare che il diritto all'istruzione in quanto fondamentale spetta anche ai minori stranieri, seppur presenti irregolarmente sul territorio italiano, dato che viene espressamente riconosciuto nel testo costituzionale e ribadito dall' art. 2, co. 1, T.U., il quale introduce i diritti fondamentali istituiti nell'ordinamento interno e a livello internazionale tra le norme di rango primario²⁵³.

La Costituzione italiana sancisce il diritto allo studio nell' art. 34 affermando che “la

responsabili in base alle leggi dell'ordinamento italiano”. (G. De Marco, *I minori stranieri tra normativa, giurisdizione e prassi amministrative*, in *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 37 ss.).

252 La dichiarazione universale dei diritti dell' uomo all' art. 26 sostiene che “ogni individuo ha diritto all'istruzione”, inoltre essa deve essere gratuita e obbligatoria almeno per il livello elementare e fondamentale. La seconda parte dell' articolo aggiunge che “l'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali” in un'ottica volta alla tolleranza ed alla reciproca comprensione tra i vari popoli. Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali sancisce all' art. 13 che “gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo all'istruzione. Essi convengono sul fatto che l'istruzione deve mirare al pieno sviluppo della personalità umana e del senso della sua dignità e rafforzare il rispetto per i diritti dell' uomo e le libertà fondamentali. Essi convengono inoltre che l'istruzione deve porre tutti gli individui in grado di partecipare in modo effettivo alla vita di una società libera, deve promuovere la comprensione, la tolleranza e l'amicizia fra tutte le nazioni e tutti i gruppi razziali, etnici o religiosi ed incoraggiare lo sviluppo delle attività delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace”. Nel secondo comma si stabiliscono i doveri degli Stati affinché tale diritto sia effettivo, ovvero: obbligatorietà e gratuità della scuola primaria, libera accessibilità alla scuola secondaria e superiore, nonché la progressiva gratuità di entrambe ed infine viene esortata l'istruzione di base per coloro che non l'hanno ricevuta. All' art. 14 dello stesso Patto si obbligano gli Stati che non hanno ancora previsto l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione primaria a farlo. Rileva in questo contesto soprattutto la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo che all' art. 28 sancisce il diritto all'educazione, il quale dev'essere garantito in misura crescente ed in base all'ottica dell'uguaglianza delle possibilità. L'articolo prosegue elencando i doveri degli Stati contraenti nel rendere effettivo tale diritto. L' art. 29 prevede le finalità che ogni Stato deve perseguire in riferimento all'educazione. Degno di nota è inoltre il necessario collegamento tra questi due articoli e l' art. 2, il quale recita “gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella presente Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori o rappresentanti legali, dalla loro origine nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza”. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all' art. 14 proclama che “ogni individuo ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua”, nonché ad un'istruzione obbligatoria gratuita. Il Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali stabilisce all' art. 2 che “il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno”.

253 Dall'elaborazione dei dati del Miur (Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca) si nota il costante incremento dei minori stranieri presenti nelle scuole italiane a partire dall'anno scolastico 1998/1999 (circa 85 mila presenze pari all' 1,1% della popolazione scolastica totale) fino al 2008/2009 (circa 630 mila minori stranieri, ovvero il 7% del totale). Il 2008/2009 è stato considerato un anno caratterizzato da una certa maturità ed una stabilizzazione del numero di minori con cittadinanza non italiana. Questo è dovuto al rallentamento della loro crescita nel sistema scolastico italiano, tuttavia nel 2011 è previsto un incremento fino a 720-750 mila soggetti. (M. Santagati, *La scuola*, in *Quindicesimo Rapporto sulle migrazioni 2009*, Fondazione Ismu (a cura di), Franco Angeli, Milano, 2009). La maggior parte dei minori stranieri oggi frequenta la scuola primaria, ma stanno aumentando in quella secondaria di primo e di secondo grado per effetto del consolidamento della presenza straniera in Italia. Molti di loro sono arrivati in tenera età o sono nati in Italia, stranieri per cittadinanza ma non per l'ambiente in cui vivono e per le prospettive di crescita. Dai dati emergono problemi legati al ritardo scolastico, alla dispersione ed all'insuccesso, confermando che la scuola

scuola è aperta a tutti” (co. 1) e che l'istruzione inferiore, della durata di almeno otto anni, deve essere obbligatoria e gratuita. Si configura in tal modo un diritto-dovere, “un obbligo che è insieme un diritto (...) ed è senza dubbio principio generalmente accettato e vigente presso di noi che nessuno può essere escluso dalla scuola obbligatoria”²⁵⁴. Oltre alla libertà di accesso al sistema scolastico, l'articolo 34 prevede l'azione dello Stato volta a garantire la pienezza del diritto agli studenti capaci e meritevoli fino ai livelli più elevati, anche se privi delle risorse economiche indispensabili, attraverso borse di studio, assegni familiari ed altri strumenti.

L'art. 33 della Costituzione tratta del lato strutturale e funzionale di tale diritto stabilendo l'istituzione di scuole pubbliche e private, nonché la libertà d'insegnamento. Il diritto all'istruzione è definibile dunque come un diritto sociale costituzionalizzato che consente l'accesso universale ad esso (l'art. 34 configura: un'istruzione inferiore obbligatoria e gratuita, nonché un'istruzione superiore caratterizzata dal sostegno statale in base al reddito ed al merito) e prevede un complesso di scuole di ogni ordine e grado (art. 33 cost.)²⁵⁵. Il carattere fondamentale del diritto sociale all'istruzione è rinvenibile: nella sua connessione con la qualità della vita (in quanto permette al minore uno sviluppo in grado di renderlo una persona autonoma), nel fatto di consentire una partecipazione attiva alla società nonché nel configurarsi come un interesse collettivo e non solo del singolo²⁵⁶. L'essenzialità di tale diritto si desume altresì dalle disposizioni costituzionali in materia, tuttavia non vi è nella giurisprudenza della Corte alcuna dichiarazione in tal senso.

Al fine di completare il quadro costituzionale del diritto allo studio è necessario menzionare l'art. 30 che, al comma 1, stabilisce il diritto-dovere dei genitori di “mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”. Tale principio è stato trasposto a livello legislativo per cui una violazione di tale obbligo si caratterizza come infrazione della legge a cui seguono le relative sanzioni²⁵⁷. In tal senso si è voluto affermare sia il diritto dei genitori ad educare e scegliere il percorso di studio dei propri figli, sia il loro dovere di espletare tale compito (se incapaci di assolverlo

italiana continua a collocare al margine le famiglie immigrate. (L. Miazzi e P. Morozzo della Rocca, *Che cosa è cambiato per i bambini stranieri*, *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 7 ss. e A. Silvestrini, *I minori stranieri in Italia*, *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 30 ss.).

254 M. Mazziotti Di Celsio, *Studio (diritto allo)*, cit., p. 1.

255 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., p. 6.

256 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., p. 32.

257 La scolarizzazione del minore sarebbe, in modo indiretto, incentivata da quanto previsto nel decreto legislativo n. 297 del 1994, il quale stabilisce la responsabilità dei genitori del minore o di chi ne fa le veci affinché esso assolva l'obbligo scolastico. A ciò si aggiungono le sanzioni comminate in caso di inosservanza di tale disposizione (artt. 111 e seguenti).

spetta alle istituzioni statali).

Dalle disposizioni costituzionali si può dunque desumere l' inammissibilità di discriminazioni basate sulla cittadinanza, nonché di disparità di trattamento tra gli stessi minori stranieri, almeno per quanto riguarda l' istruzione classificata come inferiore. I titolari del diritto allo studio sono tutti i minori indipendentemente dalla loro cittadinanza, il costituente lo aveva reso chiaro affermando appunto che “la scuola è aperta a tutti”, senza con ciò escludere la possibilità di richiedere agli stranieri l' assolvimento di particolari adempimenti per l' accesso ad un particolare livello scolastico²⁵⁸.

4.1.2 La legislazione antecedente alla legge n. 94/2009

Anteriormente al decreto legislativo n. 286/1998 (legge Turco-Napolitano) il quadro normativo posto a salvaguardia del diritto all' istruzione era carente, affidando ad una serie di circolari ministeriali la sua disciplina. Tra le altre, la c.m. n. 301 del 1989 (recante “inserimento degli stranieri nella scuola dell' obbligo: promozione e coordinamento delle iniziative per l' esercizio del diritto allo studio”) incentivava gli istituti scolastici ad adottare una serie di misure volte a garantire “alla generalità degli immigrati l' esercizio del diritto allo studio”. Essa disponeva come punto di partenza la scolarizzazione degli stranieri nella fascia dell' obbligo in un' ottica volta all' interculturalità. La circolare ministeriale n. 205 del 1990 (inerente alla scuola dell' obbligo per gli alunni stranieri ed all' educazione interculturale) tratta nel dettaglio le competenze e gli aspetti funzionali che favoriscono il godimento di tale diritto.

La rilevanza del diritto all' istruzione si evince dalle carte internazionali, dal testo costituzionale e dalla legislazione nazionale. Il testo unico sull' immigrazione (1998) esplicita tale diritto attraverso una suddivisione dei diversi livelli di istruzione: il primo riguarda la scuola obbligatoria per i minori, poi vi è la scolarizzazione di base per gli adulti, quella superiore ed infine quella universitaria. Viene inoltre posto l' accento sulle funzioni che l' istruzione svolge nella fase di crescita dell' individuo e nell' integrazione sociale del minore straniero. L' inserimento scolastico e sociale deve essere basato su un' educazione di tipo interculturale al fine di ottenere dei risultati positivi. Il fulcro della disciplina educativa tracciata dal testo unico è l' articolo 38 il cui comma 1 stabilisce che “i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all' obbligo

²⁵⁸ M. Mazziotti Di Celsio, *Studio (diritto allo)*, cit., pp. 4-5. Il riferimento va anche a G. D' Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1992.

scolastico”, ricomprendendo con tale asserzione anche gli “irregolari” e sancendo di fatto la parità di trattamento. Il primo comma prosegue affermando che tutti i minori stranieri sono sottoposti alle norme relative al diritto all'istruzione, all'accesso ai servizi educativi ed alle disposizioni che regolano la partecipazione alla vita della comunità scolastica. La normativa era mossa dall'intento di rendere libero l'accesso alla scuola, non limitandosi esclusivamente all'istruzione obbligatoria²⁵⁹. Si può inoltre desumere dal testo la volontà del legislatore di non discriminare tra minori italiani e stranieri, nonché tra “regolari” ed “irregolari”. La legge del 1998 rappresenta dunque un netto passo in avanti nel rendere organica la regolazione della materia dell'immigrazione e nel conferire al migrante una serie di diritti.

Il testo unico, attraverso il comma 3 dell'art. 38, incentiva l'educazione interculturale negli istituti scolastici come strumento di inclusione, enunciando che “la comunità scolastica accoglie le differenze linguistiche e culturali come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza; a tale fine promuove e favorisce iniziative volte alla accoglienza, alla tutela della cultura e della lingua d'origine e alla realizzazione di attività interculturali comuni”. Un approccio all'educazione, questo, che consente di apportare non solo dei benefici al singolo ma si muove altresì nell'interesse collettivo. Il dettato dell'articolo prosegue sostenendo che l'obiettivo perseguito deve essere realizzato a partire dalla rilevazione delle esigenze a livello locale e attraverso una programmazione integrata coadiuvata anche dalle associazioni dei migranti, di quelle di volontariato e dalle rappresentanze diplomatiche. Le affermazioni di principio contenute nel testo unico sono volte all'attuazione di varie attività formative nonché all'adozione di misure finalizzate al mantenimento del legame con la cultura d'origine. Tuttavia esse non vengono sovente integrate da concrete previsioni sugli strumenti da utilizzare, sulla programmazione da effettuare e sulla destinazione delle risorse²⁶⁰.

Il modo in cui viene realizzata l'integrazione del minore incide notevolmente sulla buona riuscita dell'inserimento scolastico e sociale, nonché sulle probabilità di dispersione scolastica, di insuccesso e di ritardo. In questo contesto l'educazione interculturale gioca un ruolo fondamentale²⁶¹. L'aspetto dell'interculturalità, se

259 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 2/2008, p. 406.

260 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, *Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti*, cit., p. 8.

261 Vari documenti ministeriali hanno individuato una sorta di “via italiana per la scuola interculturale e per l'integrazione degli alunni stranieri”. Essa si basa su quattro principi: universalismo, scuola

implementato, risulta di notevole rilievo al fine di scardinare fin dall' infanzia quella diffidenza insita nella società che si genera nei confronti dell' altro, di colui che viene considerato “diverso” (per il solo fatto di avere per esempio la pelle di un altro colore o di parlare una lingua diversa dalla nostra). Una diffidenza che origina timore e discriminazione.

Il secondo comma dell' art. 38, T.U., stabilisce che lo Stato, le regioni e gli enti locali, al fine di garantire l' effettività del diritto all' istruzione, istituiranno dei corsi o simili per favorire la diffusione della conoscenza della lingua italiana. Tale previsione, nonostante rappresenti un importante veicolo per l' integrazione e sia strumentale al godimento del diritto allo studio, è tuttavia circoscritta agli stranieri “regolari”. Sulla base di quanto previsto dall' art. 6 T.U., anche prima della recente riforma, viene richiesta infatti l' esibizione del permesso di soggiorno agli adulti che intendono iscriversi a qualsiasi corso o attività simile. Il diritto allo studio per gli stranieri “irregolari” è dunque circoscritto ai minori.

Corollario del testo unico è il suo regolamento attuativo del 1999 (ovvero il d.p.r. numero 394), il quale interviene agevolando la tutela del diritto all' istruzione nonché la configurazione della scuola come istituzione aperta a tutti. Specificatamente l' art. 45 dichiara che tutti i minori stranieri presenti in Italia “hanno diritto all' istruzione indipendentemente dalla regolarità della posizione in ordine al loro soggiorno, nelle forme e nei modi previsti per i cittadini italiani”, essendo inoltre sottoposti all' obbligo scolastico. A ciò viene aggiunto che l' iscrizione presso gli istituti scolastici, di qualsiasi grado, dei minori stranieri avviene conformemente a quanto previsto per i minori italiani e può essere richiesta in qualunque periodo dell' anno scolastico. L' art. 45 del regolamento attuativo del testo unico in questo modo, ricollegandosi all' art. 38 T.U., stabilisce il diritto allo studio per tutti i minori senza circoscriverlo esclusivamente agli anni dell' obbligo scolastico (relativamente al quale vi è un diritto-dovere). In riferimento all' iscrizione alle scuole dei minori privi di un documento che certifichi la registrazione anagrafica viene prevista un' iscrizione con “riserva”. Quest' ultima non compromette il conseguimento del titolo di studio relativo al percorso scolastico

comune, centralità della persona in relazione con l' altro e intercultura. “Si sono individuate nelle pratiche volte all' accoglienza e all' inserimento, nei corsi di italiano come seconda lingua, nella valorizzazione del plurilinguismo, nella relazione con le famiglie straniere e nell' orientamento, nelle relazioni a scuola e nel tempo extrascolastico, negli interventi sulle discriminazioni e sui pregiudizi, nelle prospettive interculturali nei saperi e nelle competenze, nel ruolo del personale scolastico, *in primis* dei dirigenti scolastici, le azioni e i riferimenti nei quali e verso i quali muoversi per la piena realizzazione della scuola interculturale”. (M. Ferrazzano, *La tutela del diritto allo studio dei minori stranieri e la via italiana all' integrazione*, in *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, p. 128).

intrapreso di qualsiasi ordine e grado. In tal caso infatti il titolo verrà rilasciato con il nominativo fornito al momento dell' iscrizione.

L' articolo 45 del regolamento attuativo incorpora altre misure degne di nota. Ne è un esempio l' inserimento del minore straniero, sottoposto all' obbligo scolastico, nella classe corrispondente alla sua età anagrafica, tranne i casi in cui il collegio docenti disponga diversamente. Quest' organo deve comunque tenere in considerazione una serie di elementi connessi al precedente percorso scolastico del soggetto²⁶². Al collegio docenti vengono conferiti ulteriori poteri come quello di ripartire gli alunni stranieri nelle varie classi in modo da non formarne alcune con una predominante presenza straniera. Esso ha altresì l' obbligo di adeguare i programmi educativi in base alla preparazione dell' alunno in modo da cogliere meglio le sue esigenze. Gli insegnanti possono inoltre implementare degli interventi singoli o collettivi al fine di agevolare la conoscenza della lingua italiana ed adottare strumenti volti a migliorare il collegamento scuola-famiglia, avvalendosi in caso di necessità di mediatori culturali. Tutte le misure citate hanno in linea di principio l' obiettivo di evitare la ghettizzazione dei minori stranieri e favorire la loro integrazione sociale. Lo scopo di questi provvedimenti non è tuttavia scontato in quanto potrebbero altresì essere volti al fine di evitare che nelle classi vi sia un numero consistente di minori stranieri i quali vengono considerati un elemento di intralcio all' apprendimento degli studenti italiani²⁶³.

Il quadro che esce dal testo unico, prima delle modifiche apportate dalla legge n. 94/2009, sembrava caratterizzare un livello di tutela del diritto all' istruzione sufficiente. Nonostante ciò, non è possibile riscontrare l' assenza di ostacoli all' accesso alle strutture scolastiche da parte dei minori “irregolari”. La condizione creata dalla mancanza del permesso di soggiorno dei genitori, unitamente ad eventuali situazioni di emarginazione sociale e differenze culturali (e/o religiose), non favoriscono tutt' ora la scolarizzazione dei minori stranieri, configurandosi come imponente barriera all' effettività del diritto all' istruzione²⁶⁴.

Il testo unico sull' immigrazione incorpora alcuni elementi significativi che prestano

262 Il minore straniero può essere iscritto ad una classe leggermente inferiore o superiore rispetto a quella corrispondente alla sua età anagrafica sulla base degli studi effettuati nel Paese d' origine, delle competenze possedute e dei titoli di studio conseguiti.

263 In una circolare dell' 8 gennaio 2010 il MIUR ha stabilito una serie di linee guida che gli istituti scolastici dovranno seguire in riferimento all' integrazione degli alunni stranieri. Specificatamente viene prevista una soglia massima del 30% di minori stranieri presenti in una classe rispetto alla totalità degli alunni.

264 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: *livelli di tutela*, cit., p. 409.

particolari attenzioni alle esigenze di istruzione dello straniero, tuttavia alle dichiarazioni di principio a volte non seguono i relativi strumenti di attuazione. La normativa incentiva infatti gli istituti scolastici a “promuovere” determinate attività formative le quali dovrebbero poi essere implementate attraverso una programmazione sul territorio con l' ausilio delle regioni e degli enti locali. Le misure individuate dalla legge devono essere quindi realizzate concretamente al fine di rendere effettivo il godimento del diritto all' istruzione per il minore straniero. Questo dipende dalla volontà delle istituzioni ma altresì da finanziamenti adeguati e costanti che i poteri pubblici non sembrano in grado di fornire; tra le cause di tale inerzia vi è la disseminazione delle competenze e delle responsabilità sul territorio²⁶⁵. Le differenziazioni a livello locale incidono fortemente sul principio di uguaglianza connesso ad un diritto fondamentale come quello all' istruzione. Aprendo la strada alla discrezionalità di varie istituzioni sparse sul suolo nazionale si inficia il diritto di ogni individuo a godere in condizioni di uguaglianza del diritto allo studio.

4.1.3 Le modifiche introdotte dalla legge n. 94/2009

La recente legge n. 94/2009 (c.d. pacchetto sicurezza)²⁶⁶ non interviene direttamente sul titolo V del testo unico (recante “disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale”) il quale ricomprende l' art. 38. L' effettivo godimento del diritto all' istruzione viene tuttavia inficiato dalla modifica apportata all' art. 6, comma 2, T.U., il quale prevedeva l' obbligo per gli stranieri di esibire il permesso di soggiorno nel momento in cui richiedevano alla pubblica amministrazione il rilascio di “licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti” di proprio interesse. Le eccezioni ammesse riguardavano: le attività sportive e ricreative temporanee, gli atti di stato civile (ovvero nascita, matrimonio, decesso), l' accesso ai pubblici servizi (genericamente riferito all' assistenza sociale, alla scuola, alla sanità, ecc.). Relativamente alle attività sportive e ricreative la non esibizione del permesso di soggiorno era volta a non gravare sulla gestione delle stesse, mentre il fine delle altre eccezioni previste dal legislatore era quello di garantire anche agli stranieri “irregolari” l' esercizio di diritti, fondamentali o sociali, comunque essenziali per il soggetto e per la collettività²⁶⁷.

265 B. Pezzini, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, cit., p. 7.

266 La legge n. 189/2002 (Bossi-Fini) non apporta cambiamenti inerenti il diritto all' istruzione.

267 ASGI, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto all' istruzione dopo l' entrata in vigore della legge n. 94/2009*, settembre 2009, www.asgi.it, p. 1.

Il legislatore del 2009 è intervenuto restrittivamente a riformare l' art. 6, co. 2, T.U., stabilendo appunto che “fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli inerenti all' accesso alle prestazioni sanitarie di cui all' articolo 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie, i documenti inerenti al soggiorno di cui all' articolo 5, comma 8, devono essere esibiti agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati”. Le deroghe alla regola generale di esibizione del permesso di soggiorno per la richiesta di atti o provvedimenti presso le pubbliche amministrazioni vengono ristrette dalla legge 94/2009. La nuova normativa quindi se da un lato non interviene direttamente sulla disposizione che sancisce il diritto allo studio, dall' altro ha l' intento di limitare l' accesso all' istruzione del minore “irregolare” in quanto pare restringere alla sola scuola dell' obbligo il proprio diritto.

Al fine di delineare la posizione del minore “irregolare” rispetto al diritto all' istruzione, si impone un' interpretazione del nuovo quadro normativo. L' analisi si focalizzerà principalmente sul significato di “prestazioni scolastiche obbligatorie”. A tal proposito rileva la legge-delega n. 53/2003 nella quale si precisa la definizione del sistema educativo di istruzione e di formazione, il quale ricomprende la scuola dell' infanzia (materna), la scuola primaria e quella secondaria di primo grado (elementari e medie, rientranti nel primo ciclo), nonché il sistema dei licei, dell' istruzione e formazione professionale (secondo ciclo). Vi è quindi un unico complesso che ha inizio con la scuola dell' infanzia e termina con quella secondaria superiore (o con la formazione professionale); in tal senso assume rilievo proprio la scuola materna. Essa, anche se non espressamente prevista come obbligatoria, rientra in quella consequenzialità di livelli di scolarizzazione che le permette di essere “protetta” dai principi costituzionali in materia, similmente alle altre scuole. Questo trova conferma nella norma (decreto legislativo n. 59/2004) che riconosce il ruolo fondamentale svolto dalla scuola dell' infanzia nel percorso educativo del minore e nel consentire ad ogni individuo pari opportunità educative, senza distinzione alcuna. Le “prestazioni scolastiche obbligatorie” possono essere interpretate come quelle prestazioni che lo Stato è tenuto a fornire ai minori (come gli edifici scolastici, gli insegnanti, ecc.) al fine di rendere effettivo il diritto all' istruzione costituzionalmente tutelato. In questo senso, in tali prestazioni rientra anche la scuola dell' infanzia la quale si innesta nel sistema di educazione e formazione che lo Stato deve garantire; ne consegue che l' accesso ad essa non può essere subordinato dall'

esibizione del permesso di soggiorno²⁶⁸.

La legge-delega 53/2003 è stata implementata dal decreto legislativo n. 76/2005 il quale all' articolo 1 comma 3 sancisce il diritto di ognuno all' istruzione ed alla formazione per almeno 12 anni (termine ridotto a 10 dalla legge n. 296/2006²⁶⁹) o fino al conseguimento di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. Il comma 6 del suddetto decreto legislativo introduce una rilevante affermazione, ovvero che “la fruizione dell' offerta di istruzione e di formazione” rappresenta per tutti i minori stranieri presenti sul territorio, coerentemente con l' art. 38 T.U., oltre che un diritto del soggetto, anche un dovere sociale in base all' art. 4 della Costituzione che proclama la solidarietà sociale.

L' asilo nido, pur non rientrando nell' obbligo scolastico e nel sistema di istruzione e formazione, assolve a compiti rilevanti quali: il sostegno ai genitori e la formazione del bambino nell' età pre-scolare. Ciò viene stabilito dalla legislazione vigente²⁷⁰ e dalla Corte Costituzionale la quale ha sostenuto che la funzione dell' asilo nido non è solamente quella di assistere le famiglie ma altresì di favorire la socializzazione e la formazione dei minori, essendo orientato a promuovere la manifestazione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino. La Consulta ha chiarito inoltre che in seguito all' equiparazione delle finalità degli asili nido rispetto a quelle degli istituti scolastici, operata dal legislatore, l' ambito dei primi rientra di fatto nel contesto dell' istruzione²⁷¹. Ne consegue che la disciplina degli asili nido sia sottoposta ai principi sanciti a livello internazionale, costituzionale e legislativo, tra cui l' art. 6 T.U. Questo articolo, per una corretta interpretazione, deve essere letto congiuntamente all' art. 38 dello stesso testo unico il quale sancisce l' applicabilità a tutti i minori stranieri presenti sul territorio nazionale delle disposizioni in materia di accesso ai servizi educativi. L' art. 6 T.U., sopra citato, stabilisce l' obbligo di esibizione del permesso di soggiorno per il rilascio di atti di interesse dello straniero, tuttavia risulta evidente come l' iscrizione del minore all' asilo nido non sia di interesse esclusivo del richiedente, ovvero il genitore, ma rappresenta anche un interesse proprio del minore, nonché un interesse pubblico. Adottando un' interpretazione costituzionalmente

268 E. Rozzi, *Il diritto dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno all' istruzione, alla formazione e all' accesso ai servizi socio-educativi dopo l' entrata in vigore della legge n. 94/09*, 18 dicembre 2009, www.meltingpot.org.

269 Nel d.lgs. 296/2006 si stabilisce che “l' obbligo di istruzione si assolve anche nei percorsi di istruzione e formazione professionale”.

270 Rif. art. 70 legge n. 448 del 2001.

271 Rif. alle sentenze n. 467/2002 e n. 370/2003.

orientata della normativa vigente, si può constatare come l'accesso agli asili nido non possa in alcun modo essere condizionato all'esibizione del permesso di soggiorno previsto dall'art. 6, co. 2, T.U.²⁷².

Attraverso l'analisi delle varie disposizioni sopra citate si può notare come esse si concentrino principalmente sull'acquisizione di un titolo di studio secondario superiore (o qualifica professionale) da parte dello straniero ed in modo minore sull'istruzione dell'obbligo (di 10 anni)²⁷³. In relazione a quanto appena detto si può sostenere che “la durata decennale è, infatti, quella imprescindibile minima ma non significa affatto che al/alla minore che sceglie di completare il proprio percorso educativo oltre quel minimo possa essere negato il diritto all'istruzione o alla formazione, nei termini delineati dalla normativa scolastica, ovverosia fino al conseguimento del titolo di studio o alla qualifica professionale”²⁷⁴. Dalla scuola materna (anche se non obbligatoria) fino al conseguimento di un diploma di scuola secondaria superiore (o qualifica professionale) si concretizza il diritto-dovere all'istruzione ed alla formazione spettante ad ogni individuo, nelle sue diverse accezioni di: diritto soggettivo, obbligo nonché dovere sociale. Dalle norme si desume appunto che solamente con il conseguimento del titolo di scuola secondaria superiore, o qualifica professionale, si possa dichiarare pienamente esercitato il diritto di ognuno all'istruzione ed alla formazione.

La previsione dell'obbligo scolastico di 10 anni può generare un'incongruenza data dal fatto che il minore potrebbe espletare l'obbligo a 16 anni senza però aver conseguito alcun titolo di studio. Si pone quindi un problema dato dalla possibilità o meno per lo straniero di concludere il percorso di studi anche se ha terminato la scuola dell'obbligo e ha raggiunto la maggiore età (corrispondente al quarto-quinto anno di scuola secondaria superiore). Il groviglio di norme e l'illogicità del legislatore vengono chiarite attraverso una corretta interpretazione dell'art. 6, co. 2, T.U., la quale mostra l'inammissibilità delle richieste di esibizione del permesso di soggiorno relativamente al periodo che ha inizio con la scuola materna e termina con il conseguimento di un titolo di studio o di una qualifica professionale (almeno triennale). Tuttavia può ben palesarsi

272 E. Rozzi, *Il diritto dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno all'istruzione, alla formazione e all'accesso ai servizi socio-educativi dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/09*, cit. Il Ministro dell'Interno, attraverso un parere di aprile 2010, ha sostenuto che gli stranieri non sono tenuti ad esibire il permesso di soggiorno per iscrivere il figlio all'asilo nido anche successivamente alle modifiche introdotte dal pacchetto sicurezza.

273 Il decreto del Ministero della pubblica istruzione n. 139/2007 dichiara che il compimento dell'obbligo scolastico “è finalizzato al conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età”.

274 ASGI, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto all'istruzione dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/2009*, cit., p. 4.

l' eventualità del superamento della soglia del diciottesimo anno per il corretto completamento del percorso di studi. In tal caso si può considerare plausibile una proroga del diritto in quanto è irrazionale pensare ai 18 anni come epilogo del diritto all' istruzione dello straniero “irregolare”²⁷⁵. I 16 anni rappresentano oggi l' età minima alla quale si può accedere al lavoro, tuttavia ciò non consente di affermare che a quell' età si possa considerare assolto il diritto-dovere all' istruzione, il quale si compie solamente con l' ottenimento di un titolo di scuola secondaria superiore, con una qualifica professionale di durata almeno triennale o con il compimento della maggiore età²⁷⁶.

Come già affermato, l' art. 6, co. 2, T.U., dopo le recenti modifiche, circoscrive l' esenzione di esibire il permesso di soggiorno alle “prestazioni scolastiche obbligatorie”, la cui definizione necessita di una corretta interpretazione al fine di evitare il concretizzarsi di situazioni discriminatorie. L' esplicazione maggiormente conforme ai principi costituzionali di tale locuzione consente di affermare che “al minore straniero iscritto o che intenda iscriversi in una scuola o in un corso di formazione professionale non può essere richiesto il permesso di soggiorno sino al termine del percorso scolastico e/o formativo, a prescindere dal fatto che abbia superato i 10 anni di scolarizzazione”²⁷⁷.

Il sistema scolastico ha la sua origine con la scuola dell' infanzia e termina con il conseguimento del titolo di studio di scuola secondaria superiore, con la qualifica professionale o con la conclusione dell' apprendistato. Si può quindi ribadire che tutti i minori stranieri, anche “irregolari”, godono del diritto di accedere alla scuola dell' infanzia e di completare l' istruzione secondaria superiore a prescindere dal compimento della maggiore età, purché abbiano intrapreso il percorso scolastico prima dei 18 anni.

L' espressione “prestazioni scolastiche obbligatorie” è inoltre da intendere non solamente come la mera iscrizione ad un istituto scolastico, ma altresì alla possibilità per ogni minore di accedere a quei servizi educativi extrascolastici (come ad esempio quelli di sostegno, linguistici, mense, trasporti, libri, ecc.) che consentono di rendere effettivo il diritto allo studio. Considerando unicamente il riformato secondo comma dell' art. 6, T.U. si dovrebbe evincere che tali servizi non spettino al minore “irregolare”.

275 Il Ministero dell' istruzione è intervenuto con una nota datata 7 giugno 2009 (inerente ad una fattispecie diversa da quella in esame) nella quale dichiara inaccettabile precludere il conseguimento della maturità a coloro che sono privi del codice fiscale in quanto irregolarmente soggiornanti. Il Consiglio di Stato, inoltre, con la sentenza n. 1734 del 2007 ha sostenuto che è irragionevole vietare allo straniero non in possesso del permesso di soggiorno l' accesso all' esame di maturità, impedendo di fatto il compimento del percorso di studi per il solo motivo di aver raggiunto la maggiore età.

276 E. Rozzi, *Il diritto dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno all' istruzione, alla formazione e all' accesso ai servizi socio-educativi dopo l' entrata in vigore della legge n. 94/09*, cit.

277 ASGI, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto all' istruzione dopo l' entrata in vigore della legge n. 94/2009*, cit., p. 4.

Risulta tuttavia necessario valutare il quadro normativo alla luce di ulteriori elementi. In tal senso rileva l' art. 38, co.1, T.U., nella parte in cui asserisce che ai minori stranieri presenti sul territorio nazionale, in ottemperanza del principio di non discriminazione, “si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all' istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica”. La deroga al principio generale di esibire il permesso di soggiorno si estende quindi altresì alla fruizione di tali servizi, delineando così un pieno godimento del diritto all' istruzione, affinché esso non rimanga esclusivamente un' affermazione di principio. Il dovere di erogare le prestazioni scolastiche spetta ai vari istituti, agli enti locali, alle regioni ed in generale allo Stato, come sancito dal comma 2 dell' art. 38, T.U. In tal senso si obbligano queste istituzioni ad adottare delle misure volte a favorire concretamente il godimento dei benefici connessi al diritto all' istruzione a tutti i minori .

Il personale scolastico non è tenuto a richiedere ai genitori del minore straniero di dimostrare la regolarità del soggiorno al momento dell' iscrizione all' istituto scolastico o relativamente al godimento dei servizi educativi complementari; di conseguenza non potrà segnalare alle autorità la posizione irregolare dei soggetti. In caso contrario si configurerebbe un' elusione della legge con automatica violazione del diritto all' istruzione del minore dato che, in seguito alla constatazione dell' irregolarità, alla segnalazione ed all' espulsione, il minore verrebbe privato del godimento di un diritto fondamentale come quello allo studio. Nonostante esso sia inespellibile in base a quanto previsto dall' art. 19 del testo unico, nel momento in cui i suoi genitori vengono allontanati, a tale diritto si accompagna quello di poter seguire i familiari. All' impossibilità di espellere in qualsiasi caso il minore straniero (art. 19, co. 2, lett. a), T.U.) è connesso il diritto di ottenere un particolare permesso di soggiorno valido fino alla maggiore età (art. 28 d.p.r. 394/1999). Questo consente di affermare che un minore non è mai irregolare²⁷⁸.

La legislazione ha previsto un permesso di soggiorno specifico che può essere riconosciuto dal Tribunale al genitore del minore straniero relativamente al quale si siano presentati gravi motivi legati al suo sviluppo psico-fisico, considerando la sua età e lo stato di salute (art. 31, co. 3, T.U.). Questa disposizione consente una deroga alle norme di ingresso e soggiorno sul territorio nazionale ed è dunque applicabile solamente in situazioni straordinarie²⁷⁹.

278 Nonostante questa constatazione di fatto, nel paragrafo per comodità e maggior chiarezza si indica il minore figlio di genitori privi del permesso di soggiorno come minore “irregolare”.

279 La Cassazione con la sentenza n. 5856 del 2010 è intervenuta sul ricorso presentato da un cittadino

La legge n. 94/2009 ha ostacolato ulteriormente la possibilità del minore “irregolare” di godere del diritto all' istruzione introducendo il reato di clandestinità, il quale si caratterizza come un reato di natura contravvenzionale (non penale) legato all' ingresso e/o al soggiorno illegale del cittadino extracomunitario (art. 10-bis T.U.). Il reato in questione viene correlato dall' obbligo per il pubblico ufficiale e per l' incaricato di pubblico servizio di denunciare all' autorità giudiziaria l' infrazione di cui sono venuti a conoscenza nell' esercizio delle loro funzioni (art. 331 codice di procedura penale). Il personale scolastico, venuto a conoscenza dell' irregolarità del soggiorno del minore e principalmente dei suoi genitori, dovrebbe dunque segnalare la loro presenza. Tuttavia l' obbligo di denuncia all' autorità giudiziaria (e non quella di polizia) sorge solo nel momento in cui si ha la piena certezza di tale fatto e l' inosservanza dell' obbligo implicherebbe una multa variabile ma comunque limitata. La previsione legislativa di questo reato ha l' effetto concreto di allontanare i minori figli di stranieri “irregolari” dalla scuola per il timore di essere identificati e successivamente espulsi. Questa è un' eventualità inquietante per svariati motivi tra cui: la violazione di un diritto fondamentale come quello allo studio (riconosciuto universalmente a tutti i minori a prescindere da qualsivoglia distinzione); la condanna del minore straniero ad un' infanzia vissuta nell' ombra e la sottrazione ai benefici dell' apprendimento. In tal modo si spinge inoltre il genitore a violare l' obbligo di assicurare un' istruzione ai propri figli. La normativa non introduce alcun riferimento riguardante la non segnalazione della presenza di genitori privi del permesso di soggiorno da parte degli istituti che accolgono i figli degli stessi. Questa è stata considerata una lacuna significativa che può di fatto ostacolare la scolarizzazione dei figli di migranti “irregolari”, a causa del fondato timore dei familiari di essere identificati e conseguentemente espulsi²⁸⁰. La mancata previsione di una norma specifica si scontra con il dovere dei genitori (o dei tutori) di far assolvere l' obbligo scolastico al minore, generando in caso di non adempimento una violazione

albanese relativamente al provvedimento di espulsione che lo aveva colpito. Il soggetto, genitore di un minore, chiedeva sulla base dell' art. 31 del testo unico di poter rimanere in Italia per assistere il figlio in età scolare. La Corte diede un' interpretazione restrittiva alla norma sostenendo che l' adolescenza non è una condizione sufficiente al fine di consentire una deroga alle norme sull' ingresso e il soggiorno, non configurandosi appunto come eccezionale. Nel bilanciare tra l' esigenza del minore e quella dello Stato di tutelare le proprie frontiere, la Corte fa prevalere quest' ultima. In tal senso l' azione della Cassazione si pone in contrasto rispetto all' art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo che stabilisce l' interesse superiore del minore. Si crea inoltre una spaccatura contraddittoria rispetto a due sue pronunce precedenti (sent. n. 22080 del 2009 ed ord. n. 323 del 2010) nelle quali affermava il danno provocato alla crescita del minore derivante dall' espulsione di un genitore. (A. Ciervo, *I diritti sociali dei migranti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010, pp. 8-9).

280 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, cit., p. 406-407.

della legge che comporta delle sanzioni.

L'azione del legislatore ha dunque l'effetto di creare due “categorie” di stranieri: i minori “regolari” assimilati agli studenti italiani da un lato e quelli “irregolari” dall'altro, rispetto ai quali inciderà notevolmente la loro condizione di “illegale” ed i rischi ad essa associati²⁸¹.

Dal quadro delineato emerge come sia necessario uno sforzo interpretativo al fine di assicurare ad ogni minore il riconoscimento del diritto all'istruzione. In una democrazia costituzionale non si dovrebbe ricorrere a ciò per difendere l'essenza della dignità umana in quanto la priorità della persona rispetto allo Stato (teoricamente al servizio di essa) si basa su principi solidi²⁸². Le osservazioni riportate finora sono il frutto dell'interpretazione delle norme il più possibile conforme alla Costituzione ed ai principi internazionali. Nella pratica può tuttavia verificarsi l'opposto ovvero che il personale scolastico, seguendo alla lettera l'art. 6 T.U., richieda il permesso di soggiorno per qualsiasi situazione che vada oltre il mero obbligo scolastico. In tal modo si comprometterebbe l'accesso ai minori stranieri “irregolari” ad uno dei pochi canali che consentono il riscatto sociale. Tra le diverse interpretazioni dell'art. 6 T.U. deve tuttavia essere privilegiata quella maggiormente affine ai principi enunciati nella Costituzione, nonché nelle dichiarazioni proclamate a livello comunitario ed internazionale.

4.1.4 Il “caso” della circolare del Comune di Milano

La circolare del Comune di Milano n. 20 del 17 dicembre 2007 (c.d. circolare Moratti, dal nome dell'allora sindaco della città) introduceva l'obbligo di esibire il permesso di soggiorno per l'iscrizione dei minori stranieri alle scuole di infanzia. Il testo stabiliva che “le famiglie prive di regolare permesso di soggiorno avranno la possibilità di iscriversi, purché ottengano il permesso di soggiorno entro la data del 29 febbraio 2008”, in caso contrario non sarà accordato l'accesso. La circolare, impedendo di fatto l'ingresso alla scuola materna ai figli di immigrati “irregolari”, suscitò fin da subito varie reazioni tra cui quella del Ministro dell'istruzione Fioroni il quale invitò il Comune a ritirare il documento entro 10 giorni pena la sospensione dei contributi finanziari. La motivazione addotta dal Ministro riguardava il collegamento del diritto all'istruzione con la dignità umana e l'impossibilità di introdurre deroghe a tale beneficio.

281 L. Miazzi e G. Perin, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 4/2009, p. 208.

282 L. Miazzi e G. Perin, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, cit., p. 206.

Le conseguenze della circolare non tardarono a presentarsi. Il Tribunale di Milano venne, infatti, chiamato a pronunciarsi sul ricorso presentato da una donna di nazionalità marocchina (residente in Italia da 15 anni), la quale non aveva potuto iscrivere la figlia alla scuola materna in quanto momentaneamente priva di regolare permesso di soggiorno²⁸³. Veniva invocata la violazione degli artt. 43 e 44²⁸⁴ del testo unico in quanto il contenuto della circolare era considerato discriminatorio. La discriminazione, secondo il ricorrente, sarebbe derivata dall' incompatibilità tra la previsione contenuta nella circolare e l' art. 38 T.U., nella parte in cui stabilisce che ai minori stranieri presenti sul territorio spetti il diritto di accedere ai servizi educativi in condizione di uguaglianza con i minori italiani. Il Comune di Milano, costituendosi in giudizio, ha sostenuto che la scuola dell' infanzia non è né obbligatoria né gratuita, aggiungendo inoltre che i diritti fondamentali attribuiti agli stranieri “irregolari” sono quelli attinenti al nucleo dei diritti inviolabili come il diritto alla salute ed all' assistenza sanitaria, escludendo di fatto tra essi il diritto all' istruzione. La tesi della difesa del Comune di Milano che non considera il diritto allo studio come appartenente a quei diritti inderogabili spettanti ad ognuno, appare non condivisibile e contraria ai principi sanciti a livello internazionale, costituzionale e nazionale²⁸⁵.

Il Tribunale di Milano emette sulla questione un' ordinanza datata 11 febbraio 2008 (n. 2380/08) nella quale il giudice, confermando la non obbligatorietà della scuola dell' infanzia, sostiene che essa sia comunque incorporata nel sistema scolastico italiano per la sua continuità con la scuola primaria (d. lgs. 59/2004). A parere del giudice è la stessa normativa italiana sull' ordinamento scolastico che pone esplicitamente in connessione la scuola materna con quella dell' obbligo, estendendo in tal modo l' applicabilità dell' art. 45 del d.p.r. 394/99 anche agli “irregolari”. Questa disposizione stabilisce che i “minori stranieri presenti sul territorio nazionale hanno diritto all’ istruzione indipendentemente dalla regolarità della posizione in ordine al loro soggiorno, nelle

283 La donna aveva sempre risieduto in modo regolare, ma durante la maternità, essendo precaria, era stata licenziata e per effetto della legge Bossi-Fini che subordina la regolarità del soggiorno al contratto di lavoro, non aveva potuto rinnovare il permesso.

284 Il primo comma dell' art. 43 T.U. definisce discriminatorio “ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l' ascendenza o l' origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l' effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l' esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”. Il secondo comma dello stesso articolo stabilisce quando un comportamento tenuto da un soggetto è da ritenersi discriminatorio, mentre l' art. 44 T.U. prevede le azioni civili contro tali condotte.

285 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, cit., p. 412.

forme e nei modi previsti per i cittadini italiani”. La posizione assunta dal Tribunale è particolarmente importante, soprattutto per il fatto che, “se da un lato è vero che il minore irregolare, senza permesso di soggiorno, non può considerarsi a tutti gli effetti un cittadino residente di un determinato Comune, con tutto ciò che ne consegue in termini di godimento di determinati servizi, è altrettanto vero, però, che, nel caso di specie, e nel prisma delle garanzie offerte dal riconoscimento positivo del diritto all’istruzione (o, meglio, di una sua rinnovata e peculiare dimensione), i figli, per così dire, non possono pagare alcuna pena per le colpe dei padri, e pertanto l’ applicazione della disciplina sulle iscrizioni anagrafiche, di competenza locale, non deve costituire un ostacolo”²⁸⁶.

Il giudice riscontra, quale elemento più critico della circolare, il requisito del possesso del permesso di soggiorno da parte dei familiari del minore per ottenere l’ iscrizione di quest’ ultimo alla scuola dell’ infanzia. Viene rilevato come la posizione giuridica del minore sia ben diversa da quella dei suoi genitori, come previsto appunto sia dalla legislazione nazionale che dalle convenzioni internazionali. Il Tribunale fa un importante riferimento all’ art. 19, co. 2, lett. a), T.U., nel quale si sancisce l’ inespellibilità del minore straniero, il cui diretto corollario è il diritto ad ottenere un particolare permesso di soggiorno per minore età (art. 28, co. 1, lett. a), d.p.r. 349/99), indipendentemente dalla condizione amministrativa dei suoi familiari. Il giudice prosegue sostenendo che, a prescindere dalla posizione dei genitori, non è possibile considerare un minore “irregolare” relativamente alla sua presenza sul territorio nazionale. Quanto affermato è di indiscussa incisività in quanto si ripercuote positivamente sulla condizione giuridica del minore²⁸⁷. La pronuncia del giudice si basa dunque da un lato sull’ inespellibilità dei minori stranieri e dall’ altro sul loro diritto a soggiornare sul territorio nazionale. La circolare emanata dal Comune di Milano, subordinando l’ esercizio del diritto del minore al possesso del permesso di soggiorno dei genitori, si pone in forte contrasto con la posizione che gli viene riconosciuta dall’ ordinamento italiano. Relativamente alle dichiarazioni internazionali, la circolare è inconciliabile con il principio del superiore interesse del minore sancito all’ art. 3 della Convenzione dei diritti del fanciullo e all’ art. 34 della Carta dei diritti dell’ Unione Europea.

286 F. Cortese, *Scuole dell’ infanzia e discriminazione: la circolare “Moratti” e la rinnovata dimensione del diritto all’ istruzione*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, p. 4.

287L. Miazzi, *I bambini non sono mai irregolari e hanno tutti diritto all’ istruzione*, in *Minorigiustizia*, fasc. 2/2008, p. 339.

Degna di essere menzionata è inoltre l' affermazione del Tribunale il quale sostiene che la protezione dei minori, sia italiani che stranieri, non debba rimanere una dichiarazione meramente di principio ma è necessaria la sua concretizzazione nella quotidianità. Si deve infatti consentire a tutti i bambini l' accesso alla scuola materna evitando l' introduzione “di ostacoli meramente formali e privi di effettiva giustificazione, obbiettivamente in contrasto con l' obbligo di tenere in primaria considerazione l' interesse superiore del minore”²⁸⁸.

Il Tribunale di Milano con l' ordinanza dell' 11 febbraio 2008 sostiene il carattere discriminatorio della circolare, ordinando al Comune di Milano la cessazione di tale comportamento nonché la rimozione dei suoi effetti. In un primo momento la giunta comunale aveva intenzione di presentare ricorso ma poi desistè, nonostante la convinzione di agire per la legalità, per la tutela degli interessi dei minori milanesi e di quelli stranieri ma “regolari”.

La circolare aveva delineato un quadro particolarmente iniquo, subordinando un diritto del minore ad una condizione dei propri genitori e non riconoscendo il diritto all' istruzione appartenente a quel nucleo essenziale universalmente riconosciuto anche ai minori stranieri “irregolari”. “Il caso della circolare del Comune di Milano è un altro esempio di come i diritti (sociali) della persona rischiano di non essere rispettati nel momento in cui il loro esercizio viene messo in discussione sulla base della volontà di contrastare il fenomeno dell' immigrazione clandestina”²⁸⁹. Al contrario, l' importante pronuncia del Tribunale di Milano apre la strada ad un rinnovamento dei diritti contenuti nella Costituzione italiana, quale il diritto all' istruzione. Questo, come altri diritti sociali, è stato oggetto di una reinterpretazione da parte del legislatore che coinvolge per la sua implementazione diversi poteri pubblici i quali devono essere gestiti in modo coerente se si vuole evitare di incorrere in derive irrazionalmente discriminatorie²⁹⁰.

288 Ordinanza del Tribunale di Milano n. 2380/08 dell' 11 febbraio 2008.

289 F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”*: livelli di tutela, cit., p. 414.

290 F. Cortese, *Scuole dell' infanzia e discriminazione: la circolare “Moratti” e la rinnovata dimensione del diritto all' istruzione*, cit., p. 5.

4.2 Spagna

4.2.1 Il quadro costituzionale

In Spagna, così come in Italia, si è registrato nell'ultimo decennio un forte aumento del numero di minori stranieri negli istituti scolastici²⁹¹, a causa dei ricongiungimenti familiari che sono seguiti ad una prima fase di immigrazione composta principalmente da manodopera maschile. I nuovi alunni sono concentrati principalmente nella scuola dell'obbligo ma, con la stabilizzazione della presenza straniera, nel tempo andranno ad occupare anche i banchi delle scuole di grado superiore²⁹². Il fenomeno della presenza di alunni stranieri nelle scuole spagnole genera benefici e sfide a cui il sistema scolastico dovrà rispondere in modo adeguato. I vantaggi sono sia per il singolo, il quale grazie ad una buona educazione potrà partecipare attivamente alla vita politica, economica, sociale e culturale del Paese; sia per la collettività, in quanto l'immissione dell'elemento della diversità culturale nella società consente ad essa di svilupparsi in modo dinamico e nell'ottica del pluralismo²⁹³.

Il diritto all'istruzione, come già affermato, è un diritto sociale relativo ad ambiti nei quali lo Stato dovrebbe intervenire al fine di: ridurre le disuguaglianze materiali tra le persone, garantire un livello minimo di benessere alla collettività e tutelare i gruppi

291 La percentuale del numero di minori stranieri nelle scuole spagnole passa dallo 0,7% nell'anno scolastico 2000-2001, al 2,6% nel 2006-2007 fino al 3,5% circa nel 2009-2010. La maggior concentrazione di studenti stranieri si registra nell'educazione primaria ed in quella secondaria obbligatoria, le quali compongono la scuola dell'obbligo (da 6 a 12 anni). Tuttavia un numero rilevante è presente anche nella scuola dell'infanzia. La zona di provenienza maggiormente rappresentata nell'anno scolastico 2009-2010 è l'America del sud (38,7%) seguita dall'Europa (28,5%) e dall'Africa (21,9%). (Fonte Ministero dell'educazione www.educacion.es).

292 La struttura del sistema scolastico spagnolo è stata delineata dalla *Ley de Ordenación General del Sistema Educativo* (n. 1/1990), poi modificata dalla *Ley Orgánica de Educación* (n. 2/2006) non in modo sostanziale. Il complesso educativo si struttura in cicli, tappe, livelli, gradi di insegnamento, ecc. in modo consequenziale. La scuola dell'infanzia non è obbligatoria e comprende i bambini da 0 a 6 anni. Viene suddivisa in due cicli: asilo nido e scuola materna, di cui solo il secondo è gratuito. Poi vi è la scuola dell'obbligo che inizia per il minore a 6 anni e si conclude a 16. Essa si divide in educazione primaria (durata 6 anni e composta da 3 cicli di 2 anni ciascuno) ed educazione secondaria obbligatoria (ESO, durata 4 anni di cui 2 cicli da 2 anni ciascuno). A conclusione di quest'ultima si ottiene il titolo di "graduato in educazione secondaria obbligatoria" il quale consente di accedere all'educazione secondaria post-obbligatoria che si scinde in: *bachillerato* (liceo), formazione professionale di grado medio, insegnamenti artistici di grado medio ed educazione sportiva di grado medio. A ciò segue l'educazione superiore formata da: università, vari insegnamenti artistici superiori, formazione professionale ed educazione sportiva di grado superiore. L'ingresso nel mercato del lavoro è possibile solo dopo il conseguimento del titolo di graduato in ESO; coloro che non riescono ad ottenerlo riceveranno comunque un certificato che attesti la frequenza ed attraverso una prova specifica potranno accedere alla formazione professionale di grado medio. (M. Arbeláez, *Derecho a la educación*, in <http://www.idpbarcelona.net>, 2008). Si veda anche il sito internet del Ministero dell'istruzione spagnolo www.educacion.es ed il sito del *Network on education systems and policies in Europe* (EACEA) www.eurydice.org.

293 M. J. Carazo Liébana, *La integración del alumnado inmigrante a través del derecho fundamental a la educación*, 2008, www.acoes.es/pdf/CARAZOLIEBANA.pdf, p. 1.

sociali più svantaggiati. La rilevanza dei diritti sociali è dunque legata al loro scopo, ovvero quello di perseguire a livello generale l'uguaglianza sociale ed economica, laddove nel caso specifico aspirano ad apportare benefici ai soggetti marginalizzati dall'ordinamento giuridico, come gli stranieri²⁹⁴. Tali fini sono racchiudibili nell'espressione "giustizia sociale". Il diritto all'istruzione rientra pienamente tra gli strumenti idonei a realizzare questo fine in quanto si configura come mezzo potenzialmente in grado di scardinare gli schemi di una società gerarchica suddivisa in classi. Il godimento, ed in particolare la reale fruizione, di tale diritto è un'arma che consente di eliminare la percezione negativa dell'"altro" (con le tensioni che ciò provoca nella società), grazie all'importante funzione di integrazione sociale degli stranieri che svolge sulla base del rispetto delle varie culture²⁹⁵.

Il diritto all'educazione è un diritto fondamentale che presuppone un intervento positivo da parte dello Stato per il suo effettivo godimento. Il *Tribunal Constitucional*, attraverso la rilevante sentenza n. 86/1985 (del 10 luglio), ha riconosciuto proprio il carattere fondamentale di tale diritto, sostenendo inoltre che l'istruzione oltre ad essere un diritto di libertà incorpora altresì il dovere dei poteri pubblici di fornire materialmente delle prestazioni al fine di renderlo concretamente fruibile. Il giudice ribadisce in tale pronuncia il dato costituzionale nella parte in cui attribuisce il diritto allo studio a tutti, nel senso più ampio del termine.

L'articolo 27 della Costituzione spagnola (1978), al primo comma, proclama che "tutti hanno diritto all'educazione", a cui aggiunge che "si riconosce la libertà d'insegnamento". In tal modo il diritto all'istruzione viene consacrato come fondamentale, consentendo di affermare che esso è riconosciuto ad ogni persona a prescindere da qualsiasi differenziazione, comprendendo di fatto tutti coloro che sono presenti sul territorio spagnolo, tra cui i minori "irregolari"²⁹⁶. Conformemente a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 10 CE, tale disposizione deve essere interpretata

294 A. Solanes, *Inmigración, derechos y exclusión*, febbraio 2008, Valencia, www.girona.cat, p. 16.

295 S. García Vázquez, *El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 9 2005, <http://ruc.udc.es>, p. 447.

296 In Spagna la condizione del minore "irregolare" che si evince dalla legislazione in materia di immigrazione non risulta molto chiara. La *Ley de Extranjería* 4/2000, come modificata dalle successive riforme, dispone particolari tutele per il minore non accompagnato mentre omette di regolare espressamente la posizione del minore straniero accompagnato ma con genitori privi del permesso di soggiorno. Si può comunque desumere che coloro che non hanno l'autorizzazione a risiedere sul territorio nazionale siano considerati "irregolari". La *Ley de Extranjería*, all'art. 57, disciplinando l'espulsione dello straniero, non stabilisce esplicitamente l'impossibilità di allontanare i minori stranieri non regolarmente soggiornanti. Altrettanto vago è l'art. 62 della stessa legge sul trattenimento nei C.I.E. dei migranti minorenni. (Relazione dell'Unicef "ni ilegales ni invisibles" del 2009, www.unicef.es).

sulla base della Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo e dei trattati internazionali in materia²⁹⁷. La lettura congiunta della disposizione sul diritto all' istruzione ed i trattati internazionali rileva al fine di delineare il contenuto essenziale di tale diritto. Ad esso si riferisce anche un altro articolo della Costituzione (art. 53, co. 1) nel quale si afferma che i diritti inclusi nel secondo capitolo (tra cui quello all' educazione) possono essere regolati dai poteri pubblici solamente tramite il mezzo della legge, ma senza inficiare il loro nucleo imprescindibile. L' art. 27 della Costituzione deve inoltre essere posto in relazione con l' art. 13, co. 1, il quale sancisce che le libertà pubbliche proclamate nel testo costituzionale devono essere riconosciute altresì agli stranieri, in conformità alla legge ed ai trattati internazionali²⁹⁸.

Il secondo comma dell' art. 27 CE stabilisce che “l' educazione avrà per oggetto il pieno sviluppo della personalità umana nel rispetto dei principi democratici di convivenza e delle libertà fondamentali”. Il terzo comma concerne, invece, il diritto dei genitori affinché il figlio riceva un insegnamento consono alle proprie convinzioni religiose e morali. Il quarto comma dell' art. 27 CE afferma l' obbligatorietà e la gratuità dell' insegnamento di base (educazione primaria e secondaria dell' obbligo). L' articolo prosegue asserendo che “i pubblici poteri garantiscono a tutti il diritto all' educazione”, attraverso una programmazione generale dell' insegnamento, con la partecipazione effettiva di tutti i settori interessati nonché per mezzo della creazione di scuole (art. 27, co. 5, CE). In tal senso il diritto in questione viene configurato come una prestazione costituzionale che lo Stato è tenuto a garantire e che è direttamente esigibile da parte del singolo. Si può dunque dedurre che gravi sullo Stato il compito di favorire l' intergrazione degli stranieri nella società attraverso l' accesso al sistema scolastico ed il reale godimento del diritto fondamentale all' educazione ad ogni persona indipendentemente dalla nazionalità, al fine di consentire il pieno sviluppo della personalità umana²⁹⁹.

297 Similmente all' Italia, anche per la Spagna ci si riferisce ai principi che tutelano il diritto all' istruzione sanciti nella Dichiarazione universale sui diritti dell' uomo, nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, nel Protocollo addizionale alla CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea. In riferimento a ciò si rimanda alla nota n. 140.

298 S. García Vázquez, *El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo*, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 9 2005, <http://ruc.udc.es>, pp. 444 ss. Il *Tribunal Constitucional* è intervenuto specificando che le limitazioni poste alle libertà pubbliche non possono intaccare quel nucleo imprescindibile connesso con la dignità umana (STC 99/1985). Il giudice costituzionale ha inoltre sostenuto che tale contenuto essenziale viene inficiato nel momento in cui il legislatore rende impraticabile il diritto, lo restringe oltre il limite ragionevole o lo spoglia della necessaria protezione (STC 11/1981).

299 M. J. Carazo Liébana, *La integración del alumnado inmigrante a través del derecho fundamental a la educación*, 2008, www.acoes.es/pdf/CARAZOLIEBANA.pdf, pp. 4 ss.

Nonostante il dettato costituzionale sia abbastanza chiaro sul contenuto essenziale del diritto all' educazione, l' intervento del *Tribunal Constitucional* è servito per delineare il quadro completo della sua attribuzione allo straniero. La giurisprudenza dell' organo di giustizia costituzionale, a partire dalla sentenza 107/1984, facendo perno sui principi essenziali sanciti nella Costituzione, ha tentato di estendere i diritti fondamentali a tutti gli stranieri presenti in Spagna, interpretando di fatto l' art. 13 CE.

4.2.2 La regolazione del diritto all' educazione nella legislazione in materia di immigrazione

a) Dalla Ley Organica 7/1985 alla sentenza 236/2007 del Tribunal Constitucional

La prima legge organica in materia di immigrazione è la 7/1985, sui diritti e le libertà degli stranieri, che all' art. 9 sancisce il diritto all' educazione e alla libertà d' insegnamento per gli stranieri che si trovano legalmente in Spagna, così come il diritto ad istituire scuole conformemente a quanto previsto dalle disposizioni vigenti ed al principio di reciprocità. La legge era un primo tentativo di regolare il fenomeno dell' immigrazione che in quegli anni non aveva ancora la portata attuale. Si può dunque notare l' iniziale circoscrizione del diritto all' istruzione solamente agli stranieri che risiedevano regolarmente sul territorio nazionale, con omissione di chi vi soggiornava illegalmente. Tuttavia il regolamento che dava attuazione alla legge, il *Real Decreto* 155/1996, ne ampliava il godimento ricomprendendo tutti gli stranieri, in condizione di parità con gli spagnoli (art. 2, co. 2 e art. 7)³⁰⁰; generando una paradossale contraddizione tra il testo legislativo ed il regolamento che lo implementava.

Intervenire in deroga la *Ley Organica* 4/2000 (11 gennaio), disponendo all' articolo 9 che tutti gli stranieri minori di 18 anni potessero beneficiare del diritto all' educazione in condizione di parità con gli spagnoli. Il diritto in questione comprendeva l' accesso all' istruzione di base, gratuita ed obbligatoria, il conseguimento del relativo titolo di studio, nonché la possibilità di essere ammesso al sistema pubblico delle borse di studio e dei sussidi. Relativamente all' educazione non obbligatoria (scuola dell' infanzia e secondaria non dell' obbligo) la disposizione ne riconosceva il pieno accesso a tutti gli

³⁰⁰ Il regolamento è conforme all' art. 10, co. 3, della *Ley de Protección del Menor* 1/1996 nella quale si riconosce esplicitamente che i minori stranieri presenti in Spagna godono del diritto all' educazione a prescindere dalla regolarità del soggiorno.

stranieri presenti sul territorio nazionale, includendo la possibilità di beneficiare degli aiuti economici allo studio. Si richiedeva la regolarità del soggiorno per svolgere attività di insegnamento, di ricerca scientifica, per istituire e dirigere istituti scolastici.

Si può notare come nella *Ley organica 4/2000* scompare il requisito della regolare residenza, in modo da riconoscere a tutti gli stranieri il diritto all' educazione, sia obbligatoria che non, in condizione di uguaglianza rispetto ai cittadini spagnoli, conformemente al testo costituzionale ed ai trattati internazionali. La normativa in generale guardava alla figura dell' immigrato in modo positivo: ampliando i diritti soggettivi, facilitando la permanenza, riducendo l' arbitrarietà delle autorità e le possibilità di espulsione. In tal senso l' educazione aperta anche agli stranieri “irregolari” incideva ulteriormente in un quadro legislativo favorevole. D' altro canto proprio il nuovo contesto agevolava l' integrazione sociale del soggetto ripercuotendosi favorevolmente sull' inserimento dello straniero nel sistema educativo³⁰¹.

Questa apertura verso i migranti “irregolari” ebbe vita breve in quanto la *Ley Organica* venne modificata a dicembre dello stesso anno dalla LO 8/2000³⁰². Il riformato art. 9 prevedeva che “tutti gli stranieri minori di 18 anni hanno il diritto e il dovere all' educazione nelle stesse condizioni degli spagnoli, diritto che comprende l' acceso all' insegnamento di base, gratuito ed obbligatorio, al conseguimento del titolo accademico corrispondente e l' accesso al sistema pubblico di borse di studio e sussidi” (co. 1). Relativamente alla scuola dell' infanzia, volontaria, le amministrazioni pubbliche si dovranno adoperare al fine di garantire un numero di posti sufficienti per assicurare la scolarizzazione a tutti coloro che la richiedono (art. 9, co. 2, *Ley Organica 8/2000* ed art. 15, co. 2, *Ley Organica 10/2002 de Calidad de la Educación LOCE*). Dal testo si

301 D. Eliseo Aja Fernández, *La regulación de la educación de los inmigrantes*, in D. Eliseo Aja Fernández, F. Carbonell, Colectivo Ioé, J. Funes, I. Vila (a cura di), *La inmigración extranjera en España*, Colección Estudios Sociales, n° 1 2000, www.aulaintercultural.org, pp. 3 ss.

302 La successiva *Ley Organica 14/2003* non è intervenuta direttamente sul diritto all' istruzione, bensì indirettamente. Le modifiche introdotte relativamente all' accesso ai dati contenuti nel *Padrón Municipal* da parte delle autorità di polizia, nonché all' interscambio degli stessi tra le varie amministrazioni, disincentivano notevolmente l' iscrizione da parte degli stranieri privi di regolare residenza. In tal modo viene inficiata la possibilità di godere del diritto all' educazione in quanto per la sua fruizione è necessaria tale registrazione. Il Regolamento attuativo della *Ley Organica 14/2003 (Real Decreto 2393/2004)* alla disposizione addizionale n. 14 favorisce il diritto all' educazione post-obbligatoria al minore straniero “irregolare”, vincolando l' esercizio di tale diritto alla condizione dell' iscrizione del soggetto al *Padrón Municipal*. In base a tale disposizione le amministrazioni educative potranno agevolare l' ammissione del minore straniero iscritto nel *Padrón* ai livelli di insegnamento post-obbligatori (anche se non universitari) ed al conseguimento dei titoli accademici corrispondenti, parimenti ai cittadini spagnoli. Risulta evidente la potenziale funzione di integrazione degli stranieri “irregolari” svolta dal registro, tuttavia in seguito alla riforma del 2003 il *Padrón* può essere il mezzo attraverso il quale le autorità perseguono scopi ben diversi. (J. Zarauz, *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2007, www.ararteko.net, pp. 178 ss.).

può desumere l' inclusione della scuola dell' infanzia nell' ambito dell' educazione non obbligatoria, escludendo di fatto l' accesso ai figli degli stranieri privi del permesso di soggiorno. L' educazione impartita al bambino da 0 a 6 anni non viene riconosciuta come essenziale e dunque legata allo sviluppo della personalità; questione che appare discutibile data l' importanza della funzione svolta dalla scuola dell' infanzia nella crescita e nella formazione della persona³⁰³. Il requisito della regolarità del soggiorno viene, inoltre, sollecitato per l' istruzione post-obbligatoria, consentendo solamente agli stranieri residenti di accedere ai livelli di educazione ed insegnamento secondari, l' ottenimento dei relativi titoli e l' accesso al sistema di borse di studio e sussidi (co. 3)³⁰⁴. Il diritto all' educazione previsto dalla *Ley Organica 8/2000* si estrinseca dunque su tre livelli: un insegnamento di base gratuito ed obbligatorio (diritto-dovere), un' educazione infantile (volontaria, ma che presuppone l' azione da parte delle amministrazioni pubbliche) ed infine tutti i gradi di insegnamento post-obbligatori i quali vengono espressamente riservati agli stranieri “regolari”³⁰⁵.

La LO 8/2000 prefigurava inoltre una rilevante differenziazione tra i minori e i maggiori d' età, in quanto relativamente ai primi non ineriva la regolarità del soggiorno mentre ai secondi sì. Il diritto riconosciuto ai minori pareva riguardare solamente l' educazione obbligatoria la quale si conclude a 16 anni, conformemente all' art. 4, co. 2, della *Ley Organica de Educación 2/2006*. Si apre dunque una contraddizione in quanto il minore che ha concluso la scuola dell' obbligo, conseguendo il relativo titolo di studio, non potrà accedere ai seguenti livelli di insegnamento a meno che non abbia la residenza legale in Spagna. I minori stranieri che hanno tra i 16 e i 18 anni che si trovano sul territorio nazionale in condizione irregolare non potranno accedere all' educazione post-obbligatoria a condizione di parità con gli spagnoli, contraddicendo nettamente quanto sancito dal primo comma dell' art. 9 nonché violando l' art. 27 della Costituzione³⁰⁶.

L' essenzialità del diritto all' educazione evidenzia l' inammissibilità di subordinare il suo godimento al possesso di un permesso di soggiorno. Questo invece è quanto ha

303 S. García Vázquez, *El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 9 2005, <http://ruc.udc.es>, pp. 4 ss.

304 Il testo dell' articolo 9 della *Ley Organica 8/2000* prosegue stabilendo che: gli stranieri regolarmente residenti possono beneficiare di una formazione volta a favorire la loro integrazione sociale sulla base del rispetto della propria cultura di origine (co. 4); essi avranno inoltre la facoltà di creare e dirigere istituti scolastici, nonché svolgere attività di insegnamento e ricerca scientifica, conformemente alla legge (co. 5). Entrambe le disposizioni sono dunque riservate esclusivamente agli stranieri regolarmente residenti.

305 C. Ortega Carballo, *Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*, *IV Simposio Internacional de Inmigración, Fundación Ciudadanía y Valores*, Valencia 9 aprile 2010, www.funciva.org, p. 5.

306 C. Ortega Carballo, *Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*, cit., p. 13.

previsto la legge 8/2000 in riferimento alla scuola dell' infanzia ed all' educazione post-obbligatoria per il minore che ha terminato la scuola dell' obbligo ma non ha ancora compiuto i 18 anni. Tale regolazione ha rappresentato una notevole involuzione rispetto a quella precedente, in una società in cui dovrebbe invece essere privilegiata la protezione del minore straniero sopra ogni altro argomento³⁰⁷.

b) La STC 236/2007 e le conseguenze sul piano normativo

L' esclusione di fatto del minore straniero “irregolare” dal sistema educativo dopo i 16 anni diede luogo ad un ricorso di incostituzionalità che culminò nella già citata sentenza 236/2007 del *Tribunal Constitucional*. La posizione del ricorrente si basava sulla considerazione che per realizzare il pieno sviluppo della personalità del soggetto il diritto all' educazione doveva essere esteso a tutte le persone a prescindere dal limite della scuola dell' obbligo, prediligendo viceversa il criterio del merito scolastico.

Il giudice costituzionale, esaminando il caso, prese le mosse dal contenuto essenziale del diritto all' istruzione, soprattutto nella sua accezione di prestazione, per rilevare se l' esclusione del minore “irregolare” dall' educazione post-obbligatoria fosse conforme all' art. 27 della Costituzione. Si sostenne fin da subito che il dettato costituzionale riconosceva a tutti il diritto all' educazione, il cui movente era il pieno sviluppo della personalità dell' individuo, nel rispetto dei principi democratici di convivenza nonché dei diritti e libertà fondamentali. La Costituzione riconosce dunque tale diritto ad ognuno per il solo fatto di essere persone, a prescindere dalla nazionalità e dalla condizione amministrativa dello straniero³⁰⁸. Il carattere fondamentale del diritto all' educazione si evince altresì dai trattati internazionali in materia i quali evidenziano la stretta connessione tra il diritto in questione e la dignità umana, in quanto l' istruzione svolge un ruolo fondamentale per lo sviluppo della personalità del soggetto e gli consente di partecipare alla vita sociale. Dalla lettura congiunta delle disposizioni costituzionali rispetto alla Dichiarazione universale dei diritti dell' uomo, nonché ai trattati internazionali in materia, il *Tribunal* deduce che il contenuto costituzionalmente garantito del diritto all' educazione, quale diritto di prestazione, non può essere circoscritto all' insegnamento di base ma deve includere i livelli superiori, seppur la

307 S. García Vázquez, *El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo*, cit., p. 6.

308 A. Solanes, *Inmigración, derechos y exclusión*, cit., pp. 3 ss. A giudizio dell' Autrice, l' articolo 27 della Costituzione spagnola letto in relazione all' art. 1 CEDU (il quale si riferisce “a tutte le persone che dipendono dalla giurisdizione di uno Stato contraente”), può essere ampliato fino a ricomprendere tutti i non cittadini che si trovano sul territorio nazionale in condizione irregolare.

Costituzione non ne preveda né l' obbligo né la gratuità. Il giudice costituzionale prosegue sostenendo che l' art. 27 CE ha riconosciuto il diritto in questione a tutti indipendentemente dalla cittadinanza e altresì dalla regolarità del soggiorno. Il *Tribunal* concludendo afferma che il contenuto, costituzionalmente sancito dai principi a cui si riferisce l' art. 10, co. 1, CE³⁰⁹, del diritto all' educazione (art. 27 CE) “include non solo l' accesso all' insegnamento di base, ma anche all' insegnamento non obbligatorio, del quale non possono essere privati gli stranieri che si trovano in Spagna e non possiedono l' autorizzazione per risiedervi”³¹⁰. L' accesso all' istruzione post-obbligatoria per i minori stranieri deve avvenire in condizione di parità con gli spagnoli e può essere subordinato esclusivamente al requisito del merito scolastico, non al possesso dell' autorizzazione a risiedere. La pronuncia del giudice costituzionale ha dunque chiarito il campo di applicazione nonché il contenuto del diritto fondamentale all' istruzione, in modo tale da non rilevare la regolarità del soggiorno del minore straniero al fine di accedere all' educazione post-obbligatoria. Il *Tribunal*, inoltre, conferisce una notevole importanza al carattere prestazionale del diritto in questione, ossia al dovere che grava sui pubblici poteri i quali devono garantire, attraverso un sistema educativo di qualità, una formazione orientata al pieno sviluppo della personalità del soggetto³¹¹. In seguito a queste constatazioni il giudice costituzionale ha dichiarato incostituzionale e nullo l' inciso “residente” dell' art. 9, co. 3, *Ley Organica* 4/2000 come modificato dalla LO 8/2000. Veniva dunque dichiarata non conforme alla Costituzione la distinzione che il legislatore spagnolo aveva operato rispetto al diritto di accedere alla scuola non obbligatoria in funzione della situazione amministrativa dello straniero.

Relativamente all' educazione dell' infanzia, nonostante l' art. 9, co. 2, non si pronunci espressamente sui beneficiari della stessa, si può sostenere in base alla pronuncia del *Tribunal Constitucional* che tutti i minori presenti in Spagna hanno il diritto ad accedervi³¹².

La recente normativa in materia di immigrazione, *Ley Organica* 2/2009, sul versante della regolazione dei flussi migratori interviene restrittivamente mentre dal punto di

309 Il primo comma dell' art. 10 della Costituzione spagnola sancisce che “la dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell' ordine politico e della pace sociale”.

310 Rif. STC 236/2007. Relativamente ad essa si veda anche il commento di F. Balaguer Callejón, *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*, cit., pp. 481 ss.

311 N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, 27-28 gennaio 2011, www.acoes.es, p. 6.

312 A. Solanes, *Inmigración, derechos y exclusión*, cit., pp. 18 ss.

vista, ora in esame, del diritto all' istruzione incorpora la linea interpretativa esposta dal *Tribunal Constitucional*. Il riformato articolo 9, al comma 1, prevede infatti che “gli stranieri minori di 16 anni hanno il diritto ed il dovere all' educazione, il quale include l' accesso all' insegnamento di base, gratuito e obbligatorio. Gli stranieri minori di 18 anni hanno il diritto all' insegnamento post-obbligatorio”. Tale diritto comprende “il conseguimento del titolo accademico corrispondente e l' accesso al sistema pubblico di borse di studio e sussidi alle stesse condizioni degli spagnoli” (co. 2). Il comma 3 dell' art. 9 introduce una rilevante precisazione affermando che nel caso in cui il soggetto abbia raggiunto la maggiore età durante il percorso scolastico, fino al suo completamento esso potrà beneficiare del diritto all' educazione. Relativamente agli stranieri maggiorenni, l' articolo 9 prevede la possibilità di accedere al sistema scolastico, anche post-obbligatorio, ottenere i titoli accademici corrispondenti ed accedere al sistema dei sussidi allo studio, solamente a coloro che soggiornano regolarmente.

Il testo dell' articolo 9 afferma inoltre il compito dei poteri pubblici di promuovere attività volte all' integrazione sociale degli stranieri. In tal senso la *Ley Organica 2/2009* immette nella normativa un' altra rilevante disposizione (art. 2 ter) nella quale si asserisce che compete alle autorità pubbliche, attraverso attività formative, favorire la diffusione della conoscenza dei valori costituzionali spagnoli, di quelli europei, dei diritti umani, della tolleranza, della democrazia e della parità tra uomo e donna. Le istituzioni sono inoltre tenute a sviluppare degli strumenti specifici al fine di: agevolare l' inserimento scolastico degli stranieri, garantire in qualsiasi caso la scolarizzazione nell' età dell' obbligo, promuovere l' apprendimento delle lingue ufficiali e l' accesso al mondo del lavoro. Tutti questi elementi sono visti come fattori essenziali ai fini dell' integrazione degli stranieri nella società spagnola.

Dalla lettura congiunta delle disposizioni costituzionali e legislative si evince che il contenuto essenziale di tale diritto riguarda l' educazione di base, obbligatoria e gratuita, senza possibilità di discriminare il godimento sulla base della nazionalità o della condizione amministrativa del soggetto³¹³. La titolarità e l' esercizio di tale diritto vengono dunque riconosciuti a tutti gli stranieri minorenni in condizione di parità con i cittadini spagnoli. La regolazione dell' educazione post-obbligatoria prevista dalla *Ley Organica 8/2000* di fatto ne impediva l' accesso ai minori “irregolari”. L' intervento del

313 N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, cit., pp. 3 ss.

Tribunal (STC 236/2007) permise di superare questo precetto restrittivo ed estendere il diritto all' insegnamento post-obbligatorio anche ai minori non regolarmente soggiornanti, consentendogli di conseguire il relativo titolo di studio anche dopo il compimento della maggiore età (art. 9, co. 3, *Ley Organica* 2/2009).

Il legislatore ha nel corso del tempo cambiato decisamente prospettiva, partendo dalla *Ley Organica* 7/1985 nella quale non veniva riconosciuto il diritto all' educazione al minore "irregolare", passando per una rilevante apertura operata dalla *Ley Organica* 4/2000, ma subito derogata dalla restrittiva LO 8/2000, fino alla recente LO 2/2009. La normativa ora vigente garantisce il diritto all' istruzione a tutti i minori sia relativamente alla scuola dell' obbligo (che termina a 16 anni) sia a quella post-obbligatoria, ovvero fino al conseguimento del relativo titolo di studio. È stato tuttavia presentato dal Parlamento di Navarra un ricorso per incostituzionalità della disposizione presente nel comma 2 dell' art. 9 nella parte in cui si vincola il diritto all' educazione post-obbligatoria degli stranieri maggiori di 18 anni al possesso dell' autorizzazione a risiedere in Spagna. A giudizio del ricorrente, quanto previsto si pone in contrasto rispetto all' art. 27 della Costituzione come interpretato dal *Tribunal Constitucional* nella sentenza 236/2007.

4.2.3 La legislazione in materia di istruzione e l' educazione multiculturale

Alla prolissa disposizione costituzionale è seguita una legislazione in materia di educazione instabile, caratterizzata da numerosi interventi del legislatore che hanno contribuito alla fragilità del quadro giuridico dei diritti e libertà dello straniero.

I pubblici poteri, di fronte alla moltitudine di situazioni che si creano dall' incontro tra il minore straniero e la scuola spagnola, non possono limitarsi a riconoscere generalmente il diritto all' educazione, ma devono fornire una risposta orientata al rispetto ed alla promozione della diversità culturale³¹⁴. L' educazione deve dunque essere volta alla reciproca comprensione, rappresentando un veicolo fondamentale per l' integrazione sociale dello straniero. Finalizzate al raggiungimento di tali obiettivi sono le numerose leggi in materia d' istruzione emanate dal legislatore, da ultimo la *Ley Organica* 2/2006 *de Educación* (LOE)³¹⁵.

314 N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, cit., p. 2.

315 L' art. 27 della Costituzione è stato sviluppato attraverso varie leggi riguardanti l' insegnamento non universitario. Tra queste si può menzionare: la *Ley Organica* 5/1980 che disciplinava lo statuto degli

La relazione tra l' ambito educativo e l' alunno straniero si impernia su due assi. Il primo è definibile come “l' uguaglianza delle opportunità”, ovvero il dovere di garantire a tutti, in condizione di parità, l' accesso ad un' educazione di qualità attraverso l' adozione di strumenti correttivi in casi particolarmente delicati (come ad esempio i problemi generati da un' eccessiva concentrazione di alunni stranieri in determinate scuole o la presenza di minori che necessitano di particolari attenzioni). Il secondo asse, invece, riguarda la rilevante e altrettanto complessa questione del trattamento della diversità culturale nel sistema scolastico³¹⁶.

a) Accesso all' educazione in condizioni di parità per tutti gli alunni

L' uguaglianza di opportunità nel contesto educativo si configura come fondamentale al fine di evitare la segregazione degli stranieri ai livelli più bassi della scala sociale. Non è sufficiente dunque l' accesso al sistema educativo se non si ha la possibilità di usufruirne secondo il criterio della parità delle opportunità. Già a partire dalla *Ley Organica* 8/1985 (LODE) si affermava l' uguaglianza del diritto all' educazione e dei doveri dell' alunno, senza alcuna distinzione. La *Ley Organica* 10/2002 sulla qualità dell' educazione interviene in maniera più incisiva riconoscendo la necessità di occuparsi di quegli alunni che mostravano particolari esigenze al fine di realizzare l' uguaglianza delle opportunità in una scuola di qualità. Perseguendo l' obiettivo di consentire la parità nell' accesso e nell' esercizio del diritto all' educazione venne prevista la facoltà di ottenere quanti sussidi si considerano necessari per compensare le carenze e gli svantaggi nell' ambito personale, familiare, economico, sociale e culturale. Coerentemente la *Ley Organica* 2/2006 *de Educación* sostiene che l' equità è uno dei principi che deve caratterizzare l' educazione al fine di garantire “l' uguaglianza delle opportunità, l' inclusione educativa e la non discriminazione” (art. 1). Suddetta legge specifica ulteriormente il diritto all' istruzione, da un lato rafforzando le strategie per garantire un' effettiva integrazione degli stranieri nel sistema educativo, dall' altro delineando dei metodi che permettono di realizzare pienamente le capacità relative ad ogni ciclo scolastico³¹⁷.

istituti scolastici (LOECE), la LO sul diritto all' educazione 8/1985 (LODE) la quale fu oggetto di varie modifiche, la *Ley Organica* 1/1990 generale del sistema educativo (LOGSE), la LO 10/2002 sulla qualità dell' educazione (LOCE), la LO 5/2002 riguardante le qualifiche e la formazione professionale (LOCFP) ed infine la *Ley Organica* 2/2006 *de Educación* (LOE).

316 D. Eliseo Aja Fernández e D. M. Jesús Larios Paterna, *Inmigración y Educación. Una visión desde la perspectiva jurídica en el Estado Español*, cit., pp. 4 ss.

317 N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, cit., p. 18.

Un elemento degno di nota è l' introduzione da parte del legislatore della specifica condizione di quegli alunni che presentavano necessità educative speciali (n.e.e.³¹⁸). Relativamente ad essi la LO del 2006 prevedeva una risposta positiva da parte del sistema educativo caratterizzata da azioni volte ad elidere le difficoltà di questi alunni nell' accesso o nella permanenza nelle scuole spagnole. Al fine di conseguire l' uguaglianza delle opportunità all' interno di un sistema scolastico di qualità vengono riconosciute dalla legislazione educativa le n.e.e., le quali consentono agli alunni che presentano svantaggi economici, sociali, culturali e personali, di ricevere importanti aiuti³¹⁹. La diversità culturale presente in molte scuole spagnole solleva numerosi problemi in relazione allo shock che si viene a creare per l' alunno straniero in seguito all' impatto con i valori della società di accoglienza, spesso contrastanti rispetto a quelli della società di origine. Il legislatore, mosso dall' intento di arginare le conseguenze derivanti da questo conflitto, ha previsto l' incorporazione del minore straniero che presenta particolari difficoltà nella “caterogia” delle n.e.e, ovvero nelle necessità educative speciali (art. 40 *Ley Organica* 10/2002 sulla qualità dell' educazione). Questo consente ai minori stranieri di godere di specifici programmi di apprendimento che incontrino più adeguatamente le sue esigenze, al fine di realizzare l' obiettivo dell' uguaglianza delle opportunità³²⁰.

Gli istituti educativi devono inoltre garantire la scolarizzazione a quei soggetti che entrano nel sistema scolastico con ritardo rispetto ai propri coetanei, prestando attenzione all' età del soggetto nonché alle conoscenze ed alle competenze scolastiche pregresse allo scopo di inserirlo nel livello più adeguato alle sue caratteristiche (art. 73, co. 2, LO 2/2006). Ricade sulle autorità delle varie *Comunidades Autónomas* che fanno capo al settore dell' istruzione il compito di sviluppare dei programmi specifici volti a supplire alle carenze linguistiche o conoscitive dell' alunno. Le stesse istituzioni possono inoltre riservare ed incrementare nelle scuole il numero di posti destinati a coloro che accedono differitamente all' istruzione, per rispondere prontamente alle loro

318 Questa fattispecie era stata prevista già dalla *Ley Organica* 10/2002 sulla qualità dell' educazione e venne successivamente specificata dalla LO sull' educazione 2/2006. In base a quanto previsto da quest' ultima normativa, gli alunni che presentano necessità educative speciali (n.e.e.) vengono definiti come quei soggetti che per un certo periodo di tempo o per l' intero arco del loro percorso scolastico abbisognano di particolari aiuti ed attenzioni. Ciò è motivato dal fatto che il minore presenta gravi carenze o per questioni legate alla condotta (art. 73 LO 2/2006).

319 M. J. Carazo Liébana, *La integración del alumnado inmigrante a través del derecho fundamental a la educación*, cit., p. 3.

320 N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, cit., p. 6.

necessità di scolarizzazione (art. 87, co. 2, LO 2/2006)³²¹.

b) La diversità culturale nel sistema educativo: aspetti positivi e problemi irrisolti

La *Ley Organica 2/2006 de Educación* ha riconosciuto l'importanza delle scuole come strumento in grado di realizzare l'obbiettivo dell'inserimento nella società di accoglienza degli alunni stranieri. Le attività degli istituti scolastici devono infatti essere permeate dal principio del rispetto e del riconoscimento della pluralità linguistica, culturale e dell'interculturalità, visti come fattori di arricchimento per la collettività nel suo complesso (art. 2 LO 2/2006). Il secondo asse sul quale fa perno il rapporto tra l'educazione e l'alunno straniero è appunto il riconoscimento della diversità culturale come principio fondamentale che informa l'ambito dell'educazione, come stabilito dalla LO 2/2006 (art. 4, co. 3).

Il sistema educativo in tal senso svolge un ruolo fondamentale ai fini del positivo inserimento degli alunni immigrati in quanto essi, nella maggior parte dei casi, hanno una lingua, una cultura ed un credo religioso differente, oltre ad assestarsi nei gradini più bassi della scala economico-sociale. Per questi motivi l'impianto delle scuole spagnole deve essere modificato in modo da rispondere alle esigenze derivanti da questa pluralità di punti di vista, essendo inoltre il veicolo preferenziale per conseguire l'integrazione sociale, non solo dei minori ma altresì dei loro genitori³²². A questo scopo è necessaria un'azione positiva da parte delle autorità, le quali devono combattere l'intolleranza, il rifiuto e l'esclusione. Questi fattori marginalizzano le persone provenienti da altre culture relegandole ai confini della società³²³. Risulta necessario dunque implementare al meglio un'educazione multiculturale caratterizzata dall'eliminazione dei pregiudizi attraverso un approccio che prende in considerazione le

321 Le *Comunidades Autónomas* hanno implementato le linee guida fornite a livello statale finalizzate a garantire a tutti i gradi della scala sociale la scolarizzazione. Il punto di partenza a livello locale è stata la consapevolezza dell'importanza dell'educazione per il pieno sviluppo della personalità del soggetto e per la sua integrazione nella società e nel mondo del lavoro. Le varie *Comunidades Autónomas* hanno dato risposte diverse in base alla maggiore o minore presenza sul territorio della popolazione straniera. In generale, sono stati attuati dei piani per l'integrazione degli stranieri attraverso l'educazione vista appunto come veicolo fondamentale per il perseguimento della stessa. La normativa locale, così come quella statale, ha prestato una elevata attenzione agli alunni stranieri che presentavano difficoltà linguistiche o carenze scolastiche, cercando attraverso programmi specifici di ridurre questo gap. (N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, cit., pp. 7 ss.).

322 D. Eliseo Aja Fernández e D. M. Jesús Larios Paterna, *Inmigración y Educación. Una visión desde la perspectiva jurídica en el Estado Español*, cit., p. 6.

323 M. J. Carazo Liébana, *La integración del alumnado inmigrante a través del derecho fundamental a la educación*, cit., p. 3.

varie ottiche.

Un fattore fondamentale in tal senso è rappresentato dall' apprendimento della lingua del Paese di accoglienza che consente agli alunni stranieri di inserirsi con successo nel sistema scolastico e nella società, conoscendone altresì i valori e la cultura. In questo processo la scuola deve prestare particolari attenzioni alle necessità dello straniero, affiancando all' insegnamento dei valori della cultura di arrivo quelli della cultura materna³²⁴.

Successivamente alla LO 2/2006 si sono realizzati sforzi per favorire l' inserimento dell' alunno straniero nel sistema scolastico spagnolo attraverso l' elaborazione di piani e la creazione di fondi appositi. Rileva in tal senso il Piano strategico sulla cittadinanza e l' integrazione (2007-2010), il quale in ambito educativo ha posto come obiettivi: l' uguaglianza delle opportunità dell' alunno straniero nell' accesso al sistema scolastico, l' adattamento del sistema alla diversità culturale, la promozione della conoscenza interculturale e l' acquisizione di competenze in questo campo. Degno di nota è altresì il Fondo per l' accoglienza e l' integrazione degli immigrati che negli scorsi ha visto incrementare le proprie risorse economiche. Ciò rappresenta un passo in avanti per la concreta integrazione degli stranieri nella società nel suo complesso. Tali fondi sono stati utilizzati infatti per finanziare programmi di accoglienza nelle scuole, per prevenire l' abbandono scolastico e per il rafforzamento dei sussidi allo studio.

Nel sistema educativo spagnolo permangono tuttavia molte lacune rappresentate dall' insufficiente investimento di risorse da parte dello Stato. Non basta riconoscere il diritto all' educazione affinché il sistema funzioni adeguatamente, ma se si vuole favorire la reale integrazione sociale degli alunni stranieri è indispensabile dotare le scuole di maggiori risorse economiche ed umane³²⁵. Le conseguenze derivanti da questa lacuna sono rappresentate da una serie di disfunzioni che affliggono il sistema scolastico spagnolo, il quale nonostante i passi in avanti registra alti tassi di abbandono scolastico. Tale fenomeno è sovente connesso al contesto di esclusione sociale in cui vivono molte famiglie immigrate. Le autorità pubbliche dovrebbero intervenire in modo deciso al fine di ridurre l' assenteismo scolastico, spesso causato dalla mancanza dei trasporti, ed evitare l' eccessiva concentrazione di alunni stranieri in determinate scuole. Quest' ultima disfunzione del sistema educativo crea un sentimento di rifiuto da parte dei genitori spagnoli che di conseguenza tendono ad evitare di iscrivere i propri figli nelle

324 N. Pérez Sola, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, cit., p. 10.

325 S. García Vázquez, *El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo*, cit., pp. 7 ss.

scuole frequentate quasi esclusivamente da studenti stranieri.

In conclusione si deve sottolineare come al di sopra della diversità culturale, la quale va rispettata e tutelata, c'è l'uguaglianza di tutte le persone in quanto tali (a prescindere da ogni artificiale differenziazione)³²⁶.

4.2.4 Comparazione tra contesto spagnolo e italiano

Entrambi i Paesi ora in esame, come affermato più volte, sono caratterizzati da un'evoluzione del fenomeno migratorio simile. Per tale motivo nell'ultimo decennio hanno registrato un progressivo aumento del numero di alunni stranieri tra le fila dei banchi delle scuole, originando problemi ma altresì risposte positive. L'incontro tra la famiglia straniera ed il sistema scolastico, da un lato, ha posto a confronto culture diverse, dall'altro, ha incentivato le scuole ad adattarsi al mutamento avvenuto nella società. La reazione degli istituti scolastici e delle autorità di ambedue i Paesi di fronte a tale cambiamento è di fondamentale importanza in quanto la scuola rappresenta un veicolo per l'integrazione sociale non solo dei minori ma anche dei loro genitori.

Il diritto di accedere al sistema educativo è dunque essenziale e come tale viene difatti sancito sia dal testo costituzionale italiano che spagnolo, nei quali vi è uno specifico articolo che riconosce a tutte le persone tale diritto. Il carattere fondamentale del diritto all'istruzione si evince dunque sia dal dato letterale che dal collegamento operato in ambedue le costituzioni rispetto alle norme dei trattati internazionali in materia di diritti fondamentali. Tuttavia, se nel contesto spagnolo il *Tribunal Constitucional* ha esplicitamente riconosciuto tale diritto come appartenente al novero di quelli fondamentali (STC 86/1985), in Italia la Corte Costituzionale non si è espressa in merito.

Nonostante le disposizioni costituzionali volte a garantire ad ogni individuo il diritto all'educazione, la legislazione in materia è intervenuta in maniera più restrittiva. Ad eccezione della *Ley Organica 7/1985*, la quale riconosceva tale diritto solo agli stranieri regolarmente residenti, la legislazione più risalente di entrambi i Paesi era volta ad una maggiore apertura sia sul versante della regolazione dei flussi migratori che su quello del riconoscimento dei diritti al singolo. Così la *Ley Organica 4/2000* ed il testo unico del 1998 garantivano al minore straniero, indipendentemente dalla condizione amministrativa, il diritto ad accedere all'istruzione. La normativa spagnola riconosceva

326 D. Eliseo Aja Fernández e D. M. Jesús Larios Paterna, *Inmigración y Educación. Una visión desde la perspectiva jurídica en el Estado Español*, cit., p. 9.

inoltre il diritto all' educazione post-obbligatoria a tutti gli stranieri presenti sul territorio dello Stato, ma venne ben presto ridimensionata dalla LO 8/2000 nella quale si ostacolava l' accesso dello straniero al livello superiore rispetto a quello dell' obbligo nonostante la minore età del soggetto. Intervenne allora il *Tribunal Constitucional* a dichiarare tale disposizione incostituzionale attraverso una rilevante pronuncia (STC 236/2007) che venne incorporata nella seguente LO 2/2009, la quale consente (solamente) al minore straniero di accedere all' istruzione post-obbligatoria fino al conseguimento del relativo titolo. Se in Spagna è l' azione del giudice costituzionale a placare gli eccessi del legislatore, in Italia è necessaria l' interpretazione della dottrina al fine di riconoscere anche ai figli di genitori “irregolari” il diritto allo studio. La recente riforma (legge 94/2009), volta in senso particolarmente restrittivo, subordina all' esibizione del permesso di soggiorno le prestazioni scolastiche non obbligatorie. Al fine di valutare cosa si debba invece intendere per “prestazioni scolastiche obbligatorie” è stata operata una lettura congiunta rispetto alle precedenti norme, le quali hanno consentito di individuare nel percorso scolastico un *continuum* che ha inizio con la scuola materna e si compie con il conseguimento del titolo di scuola secondaria superiore. Per questo intero arco temporale, sostiene la dottrina, non deve essere richiesta l' esibizione del permesso di soggiorno al fine di iscriversi presso gli istituti scolastici.

La normativa dei due Paesi, benchè simile, si differenzia per l' accento che viene posto su uno specifico aspetto dell' ambito dell' educazione piuttosto che un altro. Laddove le leggi italiane si preoccupano di assicurare agli studenti i servizi educativi complementari, ovvero trasporti, mense, ecc., quelle spagnole ribadiscono più volte la possibilità di ognuno, anche se “irregolare”, di accedere al sistema pubblico dei finanziamenti allo studio. La legislazione spagnola, inoltre, pone una certa enfasi sull' importanza del rispetto della diversità culturale e sulla conseguente evoluzione del sistema educativo in un' ottica sempre più marcatamente multiculturale. In Italia, viene altresì favorita un' educazione permeata dai valori dell' interculturalità, ma mentre la legislazione italiana si limita a promuovere formalmente delle attività volte in tal senso, quella spagnola cerca di concretizzarla nella pratica. In questo contesto, infatti, sono stati implementati e finanziati vari programmi finalizzati a favorire l' uguaglianza delle opportunità educative per gli alunni stranieri nonché la promozione della diversità culturale nelle varie realtà scolastiche. Nonostante ciò permangono numerosi problemi a cui la scuola dovrà far fronte in quanto rappresenta un fondamentale veicolo per l'

integrazione sociale degli stranieri.

Degno di essere menzionato è, infine, il maggiore grado di tutela di cui il minore pare godere in Italia rispetto alla Spagna. Infatti, mentre la legislazione italiana prevede espressamente l' inespellibilità del minore straniero e la conseguente possibilità di ottenere un permesso di soggiorno, la normativa spagnola non lo indica esplicitamente risultando poco chiara in merito.

CONCLUSIONI

Il fenomeno dell'immigrazione nell'epoca contemporanea è essenzialmente l'effetto degli squilibri economici tra gli Stati, generati dal colonialismo tradizionale prima e da varie forme di neocolonialismo poi. Popolazioni indigene sottoposte alla volontà della madrepatria che ai giorni nostri ha il volto delle multinazionali occidentali. I Paesi c.d. "sottosviluppati" o "in via di sviluppo" si trovano al margine del sistema capitalistico globale ed i loro abitanti sono spinti di conseguenza ad emigrare inseguendo l'idea di una "vita migliore". Milioni di persone che mettono in pratica la più antica delle libertà, ovvero la libertà di movimento, indotte a rincorrere una speranza al di fuori del loro Paese d'origine. In questo viaggio incontrano però i vecchi Stati coloniali i quali incoraggiavano le migrazioni nel momento in cui esse perseguivano il loro interesse di conquistare nuove terre, mentre oggi erigono muri (talvolta non solo immaginari) per impedire ai non europei l'ingresso nella fortezza.

Tra i principi che informano lo Stato, nell'epoca attuale, vi è l'ordine pubblico, la sicurezza, così prima è necessario creare un nemico e poi contrastarlo attraverso una legislazione che propende alla compressione dei diritti soggettivi, anche a rischio della disumanizzazione dell'individuo. Si configura così una sorta di razzismo istituzionale, funzionale al potere per creare coesione sociale. Lo straniero è il diverso, colui che delinque, che ci ruba il posto di lavoro, colui che fa paura. Pervasa da questo sentimento la società è spinta ad avallare le politiche di uno Stato che tende a sacrificare i diritti fondamentali della persona umana sull'altare del proprio interesse³²⁷. In questo quadro

327 Un rilevante commento sulla visione che la società contemporanea ha dello straniero è fornito da G. Zagrebelsky nell'articolo "*La Costituzione ai tempi della democrazia autoritaria*" apparso su La Repubblica il 22 luglio 2008. Come rileva l'Autore "alla politica, che pur si disprezza, si chiede attenzione ai propri interessi, alla propria identità, alla propria sicurezza, alla propria privata libertà. L'ossessione per il proprio ha, come corrispettivo, l'indifferenza e, dove occorre, l'ostilità per l'altrui. In termini morali, quest'atteggiamento implica una pretesa di plusvalenza. In termini politici, comporta la semplificazione dei problemi, che si guardano da un lato solo, il nostro. In termini costituzionali, si traduce in privilegi e discriminazioni. Esempi? A casa nostra vogliamo comandare noi: espressione pregnante, che sottintende un titolo di proprietà tutt'altro che ovvio. Detto diversamente: ci sono persone che, pur vivendo accanto a noi, sono come in casa altrui, nella diaspora, senza diritti ma solo con concessioni, revocabili secondo convenienza. Gli immigrati pongono problemi? Li risolviamo con quote d'ingresso determinate dalle nostre esigenze sociali ed economiche e, per quanto eccede, ne facciamo dei clandestini, trattandoli da delinquenti. Non pensiamo che anche noi, gli aventi diritto, portiamo una responsabilità delle persone che muoiono in mare o nascoste nelle stive, indotte da questa nostra legislazione ad agire, per l'appunto, da clandestini. La criminalità si annida nelle comunità che vivono ai margini della nostra società (oggi, i rom e i sinti; domani, chissà). Allora, spianiamo per intanto i campi dove vivono e pigiamone i pollici, grandi e piccoli, perché lascino un'impronta. Basta non guardare la loro sofferenza e la loro dignità. (..) I diritti si rovesciano in strumenti di esclusione quando, per garantire i nostri, non guardiamo il lato che riguarda gli altri. In una società di uguali, il lato sarebbe uno solo: il mio è anche il tuo. Ma in una società di disuguali, l'unilateralità è la premessa dell'ingiustizia, della discriminazione, dell'altrui disumanizzazione.

si innesta la figura del migrante caratterizzata dalla precarietà, sottoposto ad una moltitudine di norme che spesso nemmeno conosce, eppure hanno l'effetto di rendere instabile ogni aspetto della vita. Tra i migranti vi sono quelli considerati “irregolari”, “clandestini”, “illegali”, i quali ricoprono l'ultimo gradino della scala che gerarchizza le esistenze. Soggetti particolarmente vulnerabili, costretti a vivere nell'ombra, privati dei più elementari diritti umani, ma “utili” allo sviluppo economico del Paese di destinazione. Intorno a questa figura si è focalizzato il lavoro svolto.

A livello internazionale gli Stati si sono impegnati ad elaborare dichiarazioni, convenzioni, carte, che espongono una serie di diritti sovente riconosciuti a tutti gli individui, senza distinzione alcuna. Il problema sorge nel momento in cui alle proclamazioni formali si deve affiancare un'effettiva tutela giurisdizionale. Ed è qui che il potere statale si chiude nella sua irremovibile sovranità. Le svariate conferenze internazionali rappresentano l'occasione per mostrare a tutto il mondo la democrazia dei Paesi occidentali, il loro interesse per i diritti umani, ma quando devono fare i conti con un fenomeno migratorio consistente, tendono a non curarsi dei principi universalmente riconosciuti a tutte le persone. Le priorità statali vengono dunque sovente anteposte alla necessità di rendere effettivi i diritti umani, inficiando la loro concreta osservanza.

Sul versante comunitario, l'evoluzione istituzionale dell'Unione europea ha mostrato una sempre maggior attenzione all'immigrazione in generale ed a quella irregolare nello specifico. Con il mutamento dello scenario internazionale, a partire dalla metà degli anni '70, caratterizzato da flussi migratori non più solamente in direzione del nord Europa, ma altresì verso il sud, ed una trasformazione nella composizione degli stessi (con un aumento della manodopera proveniente da Paesi con un livello di benessere economico ridotto), l'attenzione si è rivolta al contrasto dell'immigrazione clandestina. Politiche europee contraddistinte dalla fortificazione delle frontiere esterne da un lato e dall'abolizione di quelle interne funzionali al mercato unico dall'altro; a scapito di una volontà appena accennata all'integrazione sociale degli stranieri. Le competenze delle istituzioni comunitarie in materia di immigrazione sono aumentate col tempo dettando linee generali agli Stati membri che tuttavia hanno sempre mantenuto un pressoché totale potere nel decidere chi ammettere o meno sul proprio territorio, in che condizioni farlo soggiornare e secondo quali modalità espellerlo. Ultimo esempio della deriva

Quando si prende questa china, non si sa dove si finisce. Perfino a teorizzare la tortura, in nome della sicurezza”.

discriminatoria comunitaria è la c.d. direttiva rimpatri (n. 115/2008) la quale, oltre a riconoscere ancora una volta agli Stati membri un ampio margine discrezionale nella regolazione del fenomeno migratorio, prevede: potenziali lunghi tempi di detenzione dei migranti negli appositi centri, incidendo fortemente sulla libertà personale, un impegno non vincolante nel tutelare soggetti deboli come i minori e regole processuali distinte per gli stranieri “irregolari”. I diritti fondamentali dei migranti non vengono sufficientemente tutelati nonostante le dichiarazioni di principio contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea (2000) e le sentenze della Corte di Giustizia che talvolta hanno l' effetto di limitare il potere statale di allontanare coloro che sono privi del permesso di soggiorno³²⁸.

In seno al Consiglio d' Europa la tutela dei diritti fondamentali della persona umana e dunque altresì dei migranti “irregolari” è maggiormente estesa rispetto all' ambito comunitario, come emerge dalla proclamazione della Convenzione europea dei diritti dell' uomo (1950), dai Protocolli aggiuntivi e dalle sentenze della Corte preposta al controllo della sua effettività. Questo organo, nonostante abbia riconosciuto più volte la sovranità dello Stato nel decidere chi ammettere sul proprio territorio e chi espellere, si è sovente pronunciato riducendone l' arbitrarietà nel disporre il trattenimento dei migranti senza documenti presso i centri di permanenza temporanea, la negazione del diritto al ricongiungimento familiare, l' allontanamento verso Paesi in cui il soggetto potrebbe subire trattamenti inumani o degradanti, nonché i casi di espulsioni collettive.

A livello nazionale, il riconoscimento dei diritti fondamentali nella Costituzione italiana ha richiesto l' intervento della Corte Costituzionale. Nonostante le rilevanti dichiarazioni che riconoscono a tutti gli stranieri, anche irregolarmente soggiornanti, i diritti fondamentali della persona umana, la Corte ha salvato più volte una legislazione che ha l' effetto di comprimere i diritti dei migranti, intervenendo (soprattutto relativamente alle garanzie procedurali) a frenare gli eccessi legislativi solo in occasione di manifeste incostituzionalità, come nel caso della legge Bossi-Fini (n. 189/2002). L' attività del giudice costituzionale è stata in linea generale permeata dalla volontà di difendere il nucleo imprescindibile dei diritti fondamentali connessi alla dignità umana, evitando di disumanizzare il trattamento degli stranieri presenti sul territorio nazionale privi del permesso di soggiorno.

Nel contesto spagnolo, caratterizzato da un fenomeno migratorio simile rispetto all'

328 *Ex plurimis: Mouvement contre le racisme, l' antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contro Belgio* (25 luglio 2002), *Zurita Garcia e Choque Cabrera contro Spagna* (22 ottobre 2009) e il caso *Kadzoev contro Bulgaria* (30 novembre 2009).

Italia, vengono riconosciuti espressamente nella Costituzione del 1978 i diritti fondamentali agli stranieri, richiamando inoltre i trattati internazionali in materia. Necessaria, anche in tal caso, è l'attività del *Tribunal Constitucional*, contraddistinta a sanzione dell' indissolubile legame tra i diritti fondamentali e la dignità umana e dalla dichiarazione di incostituzionalità di quelle norme che inficiano il nucleo inderogabile dei diritti spettanti alla persona in quanto tale. La recente sentenza n. 236/2007 (7 novembre) interviene decisamente in favore dei migranti “irregolari” i cui diritti erano stati soppressi dalla *Ley Organica 8/2000*, la quale negava il diritto: allo sciopero, di associazione, di manifestazione, all'istruzione post-obbligatoria del minore. La Spagna sembra dunque maggiormente garantista nei confronti dei diritti dei migranti “irregolari”, tuttavia non mancano elementi di ambiguità. In generale si può desumere che le Corti costituzionali dei due Paesi siano orientate a tutelare l'essenza dei diritti fondamentali riconosciuti anche a coloro che sono privi dell'autorizzazione a risiedere sul suolo nazionale, in quanto connessi alla dignità umana.

Lo Stato garantisce più agevolmente le libertà civili ad ogni individuo, mentre i diritti sociali, esigendo un esborso economico, vengono estesi con una certa reticenza ai migranti “irregolari”³²⁹. Tuttavia il loro carattere fondamentale impone un livello di tutela minimo. Ed è così che si configura il diritto alla salute in Italia: minimo. La Costituzione lo sancisce sia come diritto del singolo sia come interesse della collettività affinché vi sia un livello di benessere generalizzato. La Corte costituzionale afferma la potenziale estensione dell'accesso ai servizi sanitari condizionandolo d'altra parte all'azione legislativa. In ambito sanitario si riscontra inoltre un'elevata discriminazione tra migranti “regolari” ed “irregolari”, laddove i primi godono di un diritto pressoché paritetico rispetto ai cittadini italiani, i secondi possono accedere esclusivamente alle cure d'urgenza, salvo il favore riconosciuto a soggetti particolarmente vulnerabili come le donne in stato di gravidanza ed i minori. Durante l'*iter* che ha portato all'approvazione della recente legge n. 94/2009 si era paventata l'abrogazione della disposizione, contenuta nel Testo Unico, riguardante il divieto per il personale sanitario di segnalare alle autorità pubbliche la presenza di “clandestini”. Le pressanti

329 Una rilevante osservazione viene ancora una volta da G. Zagrebelsky, nel cui articolo “*Lo straniero che bussava alle porte dell'Occidente*” (La Repubblica del 13 novembre 2007), relativamente al migrante “irregolare” afferma che “per non essere scoperto nella sua posizione, l'irregolare che subisce minacce, violenze, taglieggiamenti non si rivolgerà al giudice; se vittima di un incidente cercherà di dileguarsi, piuttosto che essere accompagnato in ospedale; se ammalato, preferirà i rischi della malattia al ricovero, nel timore di una segnalazione all'Autorità; se ha figli, preferirà nascondere l'esistenza e non inviarli a scuola; se resta incinta, preferirà abortire (presumibilmente in modo clandestino)”.

opposizioni provenienti da più parti hanno indotto il Governo a rinunciare ad un' azione che avrebbe avuto l' effetto di allontanare ulteriormente gli stranieri “irregolari” dalle strutture sanitarie.

In Spagna il *Tribunal Constitucional* ha riconosciuto l' essenzialità del diritto all'assistenza sanitaria, tuttavia condizionandolo alle disposizioni normative in materia. D' altro canto ha posto l' accento su un fattore determinante, ovvero sull' obbligo dei pubblici poteri di renderlo effettivo. Il sistema del *Padrón Municipal* (registro in cui i municipi iscrivono i residenti in quella zona senza richiedere la regolare residenza) potenzialmente consente ai migranti “irregolari” di usufruire delle cure mediche non esclusivamente d' urgenza. La *Ley Organica* 14/2003 è intervenuta ostacolando tale diritto attraverso la possibilità da parte delle autorità di polizia di accedere ai dati contenuti in tale registro. Se dunque l' accesso ai servizi sanitari risulta ridotto, d' altra parte la legislazione garantisce comunque le cure d' urgenza a tutti gli individui. Ancora una volta il grado di tutela apprestato dalla Spagna ai migranti “irregolari” si configura come maggiormente garantista rispetto all' Italia, almeno fino alla *Ley Organica* 14/2003. Il punto della questione è tuttavia un altro, infatti, al di là delle leggi nazionali, ciò che realmente rileva è l' effettivo accesso alle strutture sanitarie da parte di coloro che sono privi del permesso di soggiorno. Una serie di fattori come la scarsa conoscenza dei propri diritti, le barriere linguistiche e culturali nonché la condizione di emarginazione sociale in cui vivono questi individui, impediscono loro di fruire delle cure mediche.

Altro rilevante diritto sociale è il diritto all' istruzione, considerato universalmente fondamentale per lo sviluppo della personalità dell' essere umano. La Costituzione italiana (art. 34) dichiara che “la scuola è aperta a tutti” prefigurando un livello ampio di protezione del diritto. Il quadro legislativo delineato dalla legge Turco-Napolitano (1998) sembrava riconoscere un sufficiente livello di tutela del diritto allo studio, tuttavia l' emanazione del c.d. pacchetto sicurezza (legge 94/2009) ha subordinato l'iscrizione alla scuola non obbligatoria all' esibizione del permesso di soggiorno. Solamente con l' ausilio dell' interpretazione delle nuove disposizioni ad opera della dottrina si può sostenere l' esistenza di un diritto all' istruzione che si sviluppa a partire dall' asilo nido e termina con il conseguimento del titolo di scuola secondaria superiore. Degna di nota è inoltre la disposizione (art. 19, co. 2, T.U.) che sancisce l' inespellibilità del minore straniero il cui corollario è rappresentato dal diritto ad ottenere un particolare permesso di soggiorno valido fino ai 18 anni (art. 28 d.p.r. 394/1999).

In Spagna alla previsione costituzionale (art. 27) che riconosce il diritto all' educazione in capo a tutti gli individui, ha fatto seguito l' azione del *Tribunal Constitucional* volta all' affermazione dello stesso come appartenente al novero dei diritti fondamentali. Dal punto di vista legislativo la *Ley Organica 4/2000* garantiva l' accesso a tutti gli stranieri al sistema scolastico, anche post-obbligatorio, senza distinzione alcuna. La successiva *Ley Organica 8/2000* ne limitò fortemente la portata prevedendo il diritto ad una scolarizzazione di base, ovvero circoscritta all' istruzione dell' obbligo (in Spagna coincide con il compimento dei 16 anni). Solo con l' intervento del *Tribunal Constitucional* (STC 236/2007) e il conseguente recepimento della linea interpretativa costituzionale nella *Ley Organica 2/2009* viene riconosciuta la facoltà per il minore che ha assolto l' obbligo scolastico di accedere all' educazione post-obbligatoria. Sul versante del diritto all' istruzione non sembrano profilarsi particolari disparità tra il caso italiano e quello spagnolo se non per il maggiore accento che la Spagna ha posto nell'implementazione di una scuola multiculturale, vista come veicolo preferenziale per l' integrazione degli stranieri nella società d' accoglienza.

Concludendo si può rilevare come vi sia un netto scarto tra le dichiarazioni formali che riconoscono i diritti fondamentali al singolo e l' effettivo godimento degli stessi da parte dei migranti “irregolari” che sono forse oggi una delle “categorie” maggiormente vulnerabili nella società. Condizione, questa, generata dal semplice fatto di non possedere un documento (o meglio “un foglio di carta”). La visione utilitarista dello Stato che guarda al migrante esclusivamente in quanto manodopera si scontra con l'obbligo di garantire quel contenuto minimo dei diritti sociali connesso con la dignità della persona umana. In tal senso gli organi di giustizia costituzionale, pur non esenti da critiche, cercano di garantire quel nucleo imprescindibile che il potere statale tende a comprimere in ragione dell' osannata lotta all' immigrazione clandestina.

Bibliografia

- A. ALGOSTINO, *La direttiva "rimpatri": la fortezza Europa alza le mura*, in www.forumcostituzionale.it, 16 luglio 2008.
- A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2/2003, pp. 622 ss.
- A. ALGOSTINO, *Lo status degli stranieri in Spagna: brevi note sulla nuova legge organica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3/2000, pp. 983 ss.
- A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2002, p. 909.
- M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna, 2005.
- M. ARBELÁEZ, *Derecho a la educación*, in www.idpbarcelona.net, 2008.
- ASGI, *I minori stranieri extracomunitari e il diritto all'istruzione dopo l'entrata in vigore della legge n. 94/2009*, in www.asgi.it, settembre 2009.
- Asociación Salud y Familia, *El derecho de los extranjeros a la protección de la salud en España*, in www.saludfamilia.es, marzo 2010.
- P. C. ATEHORTUA CASTAÑO, J. M. VENGOECHEA BARRIOS, *El estatuto jurídico constitucional de los extranjeros en España*, in <http://works.bepress.com>, 2007.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, *I diritti degli stranieri in Spagna*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 2/2003, pp. 662 ss.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, *Manual de derecho constitucional*, volume II, Tecnos, Madrid, 2008.
- F. BALAGUER CALLEJÓN, *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, fasc. 10/2008, www.ugr.es, pp. 481 ss.
- R. BARATTA, *La convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori*, in *Rivista di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 764 ss.
- R. BARATTA, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L'Aquila, 2008.

- G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2007.
- G. BASCHERINI, *La Corte costituzionale dichiara l' illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in www.costituzionalismo.it, 20 luglio 2004.
- P. BONETTI, M. PASTORE, *L' assistenza sanitaria*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova.
- P. BONETTI, F. GUALANDI, *L' accesso all' istruzione scolastica, all' università e alle professioni*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004.
- M. J. CARAZO LIÉBANA, *La integracion del alumnado inmigrante a través del derecho fundamental a la educacion*, in www.acoes.es/pdf/CARAZOLIEBANA.pdf, 2008.
- L. L. e F. CAVALLI SFORZA, “*Europei razza padrona*”, *La Repubblica*, 1 luglio 1997.
- G. CELLAMARE, *La disciplina dell' immigrazione nell' Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2006.
- L. CIAURRO, *I diritti fondamentali dello straniero*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L' Aquila, 2008.
- A. CIERVO, *I diritti sociali dei migranti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010.
- M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, A. LANG (a cura di), *Cittadinanza dell' Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2003.
- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2002.
- C. CORSI, *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2005, pp. 36 ss.
- F. CORTESE, *Scuole dell' infanzia e discriminazione: la circolare “Moratti” e la rinnovata dimensione del diritto all' istruzione*, in www.forumcostituzionale.it, 2008.
- I. M. DELGADO, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Revista Derecho y salud*, vol. 10, n. 2/2002, www.ajs.es, pp. 197 ss.
- V. DELICATO, *La gestione dei flussi migratori e gli accordi di riammissione*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L' Aquila, 2008.
- G. DE MARCO, *I minori stranieri tra normativa, giurisdizione e prassi amministrative*, in *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 37 ss.

- P. DE PASQUALE, *Respingimenti, rimpatri e asilo: la tutela degli immigrati irregolari nell' UE*, in *Il diritto dell' Unione Europea*, fasc. 1/2010, pp. 19 ss.
- P. DE SENA, *Diritti dell' uomo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- G. D' ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1992.
- D. ELISEO AJA FERNÁNDEZ, *La regulación de la educación de los inmigrantes*, in D. ELISEO AJA FERNÁNDEZ, F. CARBONELL, Colectivo Ioé, J. FUNES, I. VILA (a cura di), *La inmigración extranjera en España*, Colección Estudios Sociales, n° 1 2000, www.aulaintercultural.org.
- D. ELISEO AJA FERNÁNDEZ, D. M. JESÚS LARIOS PATERNA, *Inmigración y Educación. Una visión desde la perspectiva jurídica en el Estado Español*, Relazione in occasione delle giornate dedicate al tema “*Inmigración y Educación. La Intervención de la Comunidad Educativa*”, Madrid 4-5 febbraio 2003, www.aulaintercultural.org.
- D. ELISEO AJA FERNÁNDEZ, L. DIEZ, *La normativa sull' immigrazione negli Stati e nella Comunità europea*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2005, pp. 13 ss.
- C. FAVILLI, *I diritti dell' immigrato non regolarmente soggiornante*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L' Aquila, 2008.
- C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall' Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 3/2009, pp. 13 ss.
- C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell' espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 7 febbraio 2009.
- C. FAVILLI, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell' Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 2/2010, pp. 13 ss.
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- M. FERRAZZANO, *La tutela del diritto allo studio dei minori stranieri e la via italiana all' integrazione*, in *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 126 ss.
- M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano, 2009.
- S. GAMBINO, G. D' IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2010.

- S. GARCÍA VÁZQUEZ, *El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 9 2005, <http://ruc.udc.es>, pp. 441 ss.
- S. GARCÍA VÁZQUEZ, J. GOIZUETA VÉRTIZ, *Un análisis en clave constitucional del régimen jurídico de los extranjeros en España: especial referencia al derecho a la libertad de circulación y residencia*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 11 2007, <http://ruc.udc.es>, pp. 257 ss.
- L. GILI, *Considerazioni sul diritto alla salute degli stranieri, anche alla luce delle modifiche al titolo V della Costituzione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2003, pp. 19 ss.
- J. M. GOIG MARTÍNEZ, *Derechos de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo*, in *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n° 1 2006, www.uned.es, pp. 1 ss.
- M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración*, in *Revista catalana de dret públic*, n° 40 2010, www10.gencat.net, pp. 1 ss.
- E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- A. GUAZZAROTTI, *Lo straniero, i diritti, l' eguaglianza*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1/2009, pp. 88 ss.
- F. IPPOLITO, *L' Europa dei diritti e il sud del mondo*, in *Questione giustizia*, fasc. 4/2009, pp. 132 ss.
- M. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, *La inmigración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, in www.tribunalconstitucional.ad, 3 ottobre 2003.
- D.T. KAHALE CARRILLO, *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, in *Revista derecho y salud*, vol. 15, n. 1/2007, www.ajs.es, pp. 99 ss.
- C. LAZZERI, *Il diritto alla salute e la nuova apertura della Corte di Cassazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2007, pp. 86 ss.
- G. LICASTRO, *L' immigrazione nell' Unione Europea: un cammino difficile*, in www.diritto.it, settembre 2004.
- A. LIGUORI, *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l' espulsione dei migranti in Europa*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 3/2009, pp. 29 ss.

- S. MAGNANENSI, P. PASSAGLIA, E. RISPOLI, *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25-26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it.
- M. MAZZIOTTI DI CELSIO, *Studio (diritto allo)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991.
- L. MELICA, *La legislazione spagnola in materia di immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 1/2001, pp. 43 ss.
- L. MIAZZI, *I bambini non sono mai irregolari e hanno tutti diritto all'istruzione*, in *Minorigiustizia*, fasc. 2/2008, pp. 338 ss.
- L. MIAZZI, P. MORROZZO DELLA ROCCA, *Che cosa è cambiato per i bambini stranieri*, in *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 7 ss.
- L. MIAZZI, G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 4/2009, pp. 178 ss.
- R. MIELE, *Il quadro della disciplina italiana della immigrazione e la condizione dello straniero. L'evoluzione, il diritto vigente e le prospettive di riforma*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, L'Aquila, 2008.
- B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nell'ordinamento internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984.
- B. NASCIMBENE, *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. CARBONE, R. LUZZATO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- B. NASCIMBENE, intervento al Convegno “*Diritti umani e cittadinanza, le sfide dell'immigrazione*”, 2006, www.ispionline.it/it/documents/ronzittiintervento.doc.
- B. NASCIMBENE, C. FAVILLI, *Straniero (tutela internazionale)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006.
- B. NASCIMBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il corriere giuridico*, 2007, www.forumcostituzionale.it.
- Office of the United Nations High Commissioner for human rights, *The rights of non-citizens*, United Nations, New York and Geneva, 2006, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/noncitizensen.pdf>.
- V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Convegno nazionale dell'associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009,

www.associazionedeicostituzionalisti.it.

- A. ORITI, *Accesso alle cure degli stranieri presenti in Italia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, fasc. 4/2005, pp. 80 ss.
- C. ORTEGA CARBALLO, *Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia*, in *IV Simposio Internacional de Inmigración, Fundación Ciudadanía y Valores*, Valencia 9 aprile 2010, www.funciva.org.
- A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell' uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2 luglio 2010.
- S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico*, Agenzia X, Milano, 2009.
- G. PALMISANO, *Trattamento dei migranti clandestini e rispetto degli obblighi internazionali sui diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 3/2009, pp. 509 ss.,
- N. PÉREZ SOLA, *Nuevos retos en el ejercicio de los derechos educativos: la incorporación del alumnado inmigrante al sistema educativo y la educación en valores*, in *IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 27-28 gennaio 2011, www.acoes.es.
- B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, in *Convegno nazionale dell' associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- A. PUGIOTTO, *“Purchè se ne vadano”. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Convegno nazionale dell' associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- B. RANDAZZO, *Lo straniero nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell' uomo*, in *Quaderno predisposto in occasione dell' incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25 - 26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it.
- M. REVENGA SÁNCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell' immigrazione in Italia e Spagna, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale*, 3-4 ottobre 2003, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- E. ROSSI, *L' abolizione del divieto per le strutture sanitarie di denunciare gli stranieri irregolari*, in www.forumcostituzionale.it, 29 marzo 2009.
- E. ROZZI, *Il diritto dei minori stranieri privi di permesso di soggiorno all' istruzione, alla formazione e all' accesso ai servizi socio-educativi dopo l' entrata in vigore*

- della legge n. 94/09, in www.meltingpot.org, 18 dicembre 2009.
- R. RUEDA VALDIVIA, *Art. 12. Derecho a la asistencia sanitaria. Comentario*, in C. ESPLUGUES MOTA (a cura di), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 343 ss.
- R. RUSSO (a cura di), *I diritti sociali*, atti del seminario: “*I diritti fondamentali e le Corti in Europa*”, 21 maggio 2004, www.luiss.it.
- M. SANTAGATI, *La scuola*, in Fondazione Ismu (a cura di), *Quindicesimo Rapporto sulle migrazioni*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- G. SCACCIA, *Lo straniero nella giurisprudenza della corte di giustizia CE*, in *Quaderno predisposto in occasione dell' incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 25 - 26 settembre 2008, www.cortecostituzionale.it.
- F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all' istruzione e all' abitazione degli stranieri “irregolari”: livelli di tutela*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. 2/2008, pp. 381 ss.
- F. SCUTO, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1/2010, pp. 156 ss.
- N. SERRANO ARGÜELLO, *La protección de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, in *Revista de Administración sanitaria*, vol. 5, n. 20/2001, www.administracionsanitaria.com, pp. 113 ss.
- S. SICARDI, *L' immigrato e la Costituzione. Note sulla dottrina e sulla giurisprudenza costituzionale*, estratto da *Giurisprudenza italiana*, UTET, Torino, 1996.
- A. SILVESTRINI, *I minori stranieri in Italia*, in *Minorigiustizia*, fasc. 3/2008, pp. 30 ss.
- A. SOLANES, *Inmigración, derechos y exclusión*, in www.girona.cat, febbraio 2008.
- F. SOSSI (intervista a F. VASSALLO PALEOLOGO), *UE: Programma di Stoccolma*, in www.storiemigranti.org, gennaio 2010.
- P. STANCATI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: le libertà civili*, in *Convegno nazionale dell' associazione Italiana Costituzionalisti*, Cagliari 16-17 ottobre 2009, www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- J. TAJADURA TEJADA, *Los derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español*, in *Anuario da Facultade de Dereito*, 12 marzo 2004, <http://ruc.udc.es>, pp. 875 ss.
- UNICEF, *Ni ilegales ni invisibles*, in www.unicef.es, 2009.

- F. VASSALLO PALEOLOGO, *Approvata la direttiva rimpatri. Il filo spinato che accerchia l'Europa*, in www.meltingpot.org, 18 giugno 2008.
- F. VASSALLO PALEOLOGO, *Obblighi di protezione e controlli alla frontiera. La nuova dimensione esterna delle politiche comunitarie in materia di immigrazione e asilo*, in www.meltingpot.org, 30 marzo 2010.
- F. VASSALLO PALEOLOGO, *Esternalizzazione dei controlli di frontiera e diritti fondamentali dei migranti*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2008.
- W. WALTERS, *Welcome to Schengenland*, in S. MEZZADRA (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, Derive Approdi, Roma, 2004.
- G. ZAGREBELSKY, *La Costituzione ai tempi della democrazia autoritaria*, La Repubblica, 22 luglio 2008.
- G. ZAGREBELSKY, *Lo straniero che bussava alle porte dell'Occidente*, La Repubblica, 13 novembre 2007.
- J. ZARAUZ, *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2007, www.ararteko.net.