

Ludovica Alfani

Il diritto alla salute degli stranieri: un difficile equilibrio tra diritto alla cura, principio di non discriminazione ed esigenze di sicurezza

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Lo *status* costituzionale dello straniero – 2.1. Le proposte di ricostruzione sistematica – 2.2. L'orientamento della giurisprudenza costituzionale – 3. Il diritto alla salute nella Costituzione italiana come diritto fondamentale della persona – 4. La normativa nazionale in materia di assistenza sanitaria agli stranieri – 4.1. L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale – 4.2. L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale – 5. La prospettiva della sicurezza e dell'ordine pubblico. L'assistenza sanitaria all'interno dei “nuovi” CPR – 5.1. La responsabilità penale per omissione del gestore del CPR – 6. L'inespellibilità dello straniero bisognoso di cure – 7. Considerazioni conclusive

1. *Considerazioni introduttive*

La presenza sempre più massiccia di immigrati extracomunitari nel nostro Paese ha posto i servizi sociosanitari di fronte al difficile compito di rispondere alle richieste di cura di popolazioni provenienti da un diverso universo culturale e linguistico.

I problemi suscitati in campo sanitario dalla presenza di immigrati stranieri non riguardano solo l'efficienza della risposta istituzionale complessiva, ma anche le capacità dei singoli operatori sociosanitari di instaurare un dialogo terapeutico, essenziale per assicurare l'efficacia di ogni atto di cura.

La distanza culturale diventa infatti particolarmente apprezzabile in campo sanitario per la difficoltà sia di accedere ai servizi, dovuta in particolare a barriere burocratiche e linguistiche, sia di costruire una relazione fiduciaria tra medico e paziente quando non si condividono i modelli di interpretazione relativi alla salute e alla malattia.

Queste problematiche se, da un lato, hanno comportato grandi disagi organizzativi, dovuti soprattutto alla scarsa capacità di recepire i bisogni di una popolazione in transito, dall'altro non hanno impedito di ricavare

comunque degli spazi in cui quegli stessi bisogni hanno trovato una qualche forma di risposta.

Del resto l'osservazione sull'evoluzione dei flussi migratori porta a ritenere l'immigrazione da Paesi extracomunitari un fenomeno duraturo e di dimensioni crescenti, che porterà in un immediato futuro ad una stabilizzazione delle popolazioni immigrate¹. Ciò comporta, tra l'altro, la necessità di farsi carico dei loro bisogni sanitari, anche al fine di favorirne l'integrazione.

L'esigenza di una tutela del diritto alla salute dello straniero risulta connotata da profili di ulteriore criticità quando l'ordinamento è chiamato a confrontarsi anche con esigenze di sicurezza, derivanti, in particolare, dalla presenza irregolare dello straniero sul territorio dello Stato.

Si tratta quindi di verificare anzitutto l'ampiezza riconosciuta al diritto alla salute dello straniero nell'ordinamento italiano, per poi chiarire se e in che modo lo stesso subisca torsioni o compressioni al cospetto di esigenze securitarie.

2. *Lo status costituzionale dello straniero*

A causa della molteplicità e della varietà di fonti che si intersecano e si sovrappongono nella disciplina della condizione giuridica dello straniero, risulta assai difficile identificare degli elementi comuni a partire dai quali proporre una definizione sufficientemente unitaria dello *status* costituzionale che lo caratterizza².

Si è infatti assistito, soprattutto negli ultimi anni, ad un aumento quantitativo delle fonti normative che con diversa efficacia e a diverso livello – interno, internazionale e sovranazionale – definiscono i singoli elementi di tale *status*. Tale complessa disciplina, per quanto assai frammentaria, ha contribuito progressivamente, a dare attuazione, rivestendole di un più concreto contenuto normativo, alle disposizioni costituzionali che fissano

¹ Valga per tutti il rinvio al resoconto dell'intervento dell'On. Angelino Alfano (allora Ministro dell'Interno), *Immigrazione: improprio parlare di emergenza, è fenomeno strutturale*, in www.interno.gov.it, 15 luglio 2015 (ultimo accesso 12.04.2017). Sul punto cfr. anche la proposta presentata dalla Commissione europea il 20 aprile 2015 e la Risoluzione adottata in data 29 aprile 2015 dal Parlamento europeo, in www.europarl.europa.eu (ultimo accesso 12.04.2017).

² In tema di *status* costituzionale dello straniero, per tutti, V. ONIDA, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 3 ss.

alcuni principi fondamentali in materia di trattamento degli stranieri³.

La ricostruzione sistematica di tale coacervo di norme non consente tuttavia di risalire ad una nozione unitaria di straniero, cui sia riferibile un complesso di diritti e di doveri sufficientemente determinato. Le diverse figure giuridiche che vengono genericamente ricondotte al termine di straniero sembrano infatti essere caratterizzate da un solo dato comune: l'assenza, in capo al soggetto, della qualità di cittadino italiano. Ciò è sovente fonte di equivoci e contraddizioni, in quanto si tende talvolta a sovrapporre e a confondere situazioni giuridiche soggettive differenti, che danno luogo a sfere più o meno ampie di diritti e obblighi, che offrono garanzie più o meno accentuate⁴.

Si tratta di un'ambiguità che, del resto, sembra rinvenirsi già a livello costituzionale.

In Italia, come è noto, solo a partire dalla metà degli anni '70 è iniziato un fenomeno di immigrazione significativo, reso possibile anche dal fatto che, tra i Paesi industrializzati, fosse uno di quelli di più facile ingresso. La sostanziale carenza dei flussi migratori nella prima metà del Ventesimo secolo ha certamente influito sulla scrittura della Carta costituzionale e sull'evoluzione dell'ordinamento legislativo. La Costituzione, infatti, non affronta in modo netto né la questione della posizione giuridica dello straniero né il riconoscimento nei suoi confronti dei diritti costituzionalmente tutelati. Il problema all'epoca non era sentito e non poteva essere altrimenti: l'Italia era un Paese di emigrazione e la preoccupazione dei costituenti fu piuttosto quella di tutelare i lavoratori italiani all'estero (art. 35, quarto comma Cost.)⁵.

Ben si comprende, allora, come mai le disposizioni costituzionali relative ai diritti non facciano espresso riferimento allo straniero nel delineare l'ambito soggettivo di applicazione delle norme. La parola straniero compare solo nell'art. 10 Cost., in cui si riserva alla legge la disciplina della condizione giuridica dello stesso, in conformità delle norme e dei trattati internazionali (art. 10, secondo comma Cost.).

³ E. GROSSO, voce *Straniero* (status costituzionale dello), in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 158.

⁴ *Ibidem*. A tale conclusione perviene anche B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988, 8 ss.

⁵ Cfr. C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, 2001, 59; nonché P. BELLOCCHI, R. STAIANO, *Lo status giuridico degli immigrati extracomunitari tra repressione e legalizzazione del lavoro irregolare*, in *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, II, a cura di F. Rimoli, Napoli, 2014, 33-35.

2.1. *Le proposte di ricostruzione sistematica*

La dottrina italiana dal canto suo è divisa sulla definizione dello statuto costituzionale dello straniero nel nostro ordinamento.

Di gran lunga prevalente è l'orientamento che ritiene non decisivo l'argomento letterale offerto dalle disposizioni costituzionali⁶. In proposito si è detto che non solo il criterio letterale non è «applicabile riguardo alle disposizioni formulate senza specifico riferimento ad alcuna categoria di destinatari (come gli artt. 13, 14, 15, 41, 42)»⁷ ma che, più in generale non vi sono elementi da cui ricavare con sufficiente chiarezza che all'uso dell'uno o dell'altro termine corrisponda sempre una precisa volontà rivolta a determinare la cerchia dei destinatari delle singole norme⁸.

Sulla base di questo approccio interpretativo c'è chi ha sostenuto che «dall'inerenza dei diritti inviolabili in capo alla persona, in quanto tale, discende [...] il riconoscimento di essi anche nei confronti degli stranieri, a meno che disposizioni dello stesso testo costituzionale non ne limitino espressamente il godimento solo ai cittadini»⁹. Per quei diritti che la Costituzione riferisce espressamente ai cittadini si deve ritenere che gli stessi possano essere riconosciuti dal legislatore ordinario anche agli stranieri, senza però che tale estensione sia costituzionalmente garantita¹⁰. In questo quadro l'art. 10 Cost. interviene come rafforzamento del trattamento stesso dello straniero, in quanto fissa l'obbligo, per lo Stato italiano di dare esecuzione a quelle convenzioni di diritto internazionale che ne favoriscano la tutela¹¹.

⁶ In questo senso M.C. LOCCHI, *I diritti degli stranieri*, Roma, 2011, 94 ss., la quale riconduce a vario titolo in questo orientamento le opinioni di A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 23; E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 163 ss.; U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, 182 ss.; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, 168 ss.

⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1153.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 116.

¹⁰ *Ivi*, 116-117.

¹¹ *Ivi*, 116: «da questa premessa discende il riconoscimento costituzionale anche per gli stranieri delle libertà di manifestazione di pensiero, di stampa, di domicilio, di comunicazione e di professione religiosa, nonché della libertà personale [...]. Rimane affidata invece al legislatore ordinario la tutela della libertà di circolazione e soggiorno e delle libertà di riunione e associazione, espressamente garantite dagli artt. 16-18 ai soli cittadini».

Si afferma, sempre nella stessa linea interpretativa, che l'art. 2 Cost. riconosce l'esistenza di un nucleo comune di situazioni giuridiche soggettive garantite sia ai cittadini che agli stranieri¹², con la conseguenza per cui laddove siano positivamente individuabili nell'ambito stesso della Costituzione quelli che sono definiti come diritti inviolabili dell'uomo si realizza, per le due categorie di destinatari, una situazione oggettiva di (parziale) eguaglianza. L'assunzione a parametro dell'art. 2 Cost. fonda, pertanto, un minimo comune trattamento tra cittadini e stranieri, in termini di eguaglianza con riferimento ad una certa sfera giuridica risultante dalla specificazione dei successivi precetti; oltre quei limiti una più ampia equiparazione delle due categorie di soggetti potrebbe essere disposta dal legislatore, ma essa non sarebbe costituzionalmente garantita, così come, non sarebbe dalla Costituzione nemmeno preclusa¹³.

In quest'ottica il problema si sposta dunque sui limiti entro i quali il legislatore sarebbe libero di estendere certi diritti ai non cittadini, valorizzando in tal senso la natura della posizione giuridica tutelata¹⁴.

Sarebbero tre le situazioni prospettabili nei confronti dello straniero: di assoluta esclusione di quei diritti per loro stessa natura inerenti alla qualità di cittadino ed, in modo tipico, di tutti i diritti politici (*activae civitatis*); di necessario riconoscimento, in condizioni di parità con i cittadini, dei diritti che riguardano la tutela delle esigenze essenziali alla condizione umana (e pertanto di quelli di cui agli artt. 13, 14, 15, 19, 21, primo comma, 32, 33 Cost.); di discrezionale attribuzione dei diritti residui, con quelle limitazioni che possano rendersi necessarie a tutela della sicurezza o del buon costume¹⁵.

La tesi minoritaria fondata sulla concezione della Costituzione come «fatto politico, che vale, in linea di principio, per i soli cittadini», sottolinea,

¹² G. D'ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. soc.*, 2/1973, 957-958.

¹³ *Ibidem*. Sul punto v. anche U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 192 secondo cui fermo restando l'area dei diritti fondamentali garantita dall'art. 2 Cost., la condizione dello straniero, per il resto, è regolabile con legge conformemente al diritto internazionale generale e agli accordi sottoscritti dall'Italia, anche in difformità da quella del cittadino e purché sia osservata la ragionevolezza delle eventuali diversità di trattamento. Questo confinamento dell'art. 10, secondo comma Cost. in un ambito residuale comporta che le norme dei patti internazionali costituiscano elemento interpretativo ed integrativo diretto del complesso dei principi fondamentali della Costituzione, per cui è assicurata in Italia la loro vigenza immediata in virtù dell'art. 2 Cost., ed insieme è garantita la funzione supplementare, rispetto ad esse, da parte delle norme direttamente contenute nella Costituzione italiana, in quanto più stringenti nella garanzia dei diritti.

¹⁴ E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 162.

¹⁵ C. MORTATI, *op. cit.*, 1154.

al contrario, che l'art. 3 Cost. riguarda formalmente i soli cittadini; sarebbe pertanto la stessa Costituzione ad ammettere che la cittadinanza possa giocare un ruolo diversificante nella disciplina delle situazioni giuridiche soggettive: in questa prospettiva la condizione giuridica dello straniero viene rimessa alla disciplina della legge ordinaria, in conformità delle norme e dei trattati internazionali, secondo quanto stabilito dall'art. 10 Cost.¹⁶.

Le due teorie parrebbero, su un piano meramente logico-testuale, parimenti configurabili¹⁷: se da un lato, infatti, si comprende il punto di vista di chi coglie nell'art. 10 Cost. la norma chiave per ricostruire la condizione giuridica dello straniero, dall'altro lato parimenti apprezzabile è la posizione di coloro che valorizzando l'art. 2 Cost. ribadiscono l'inerenza dei diritti inviolabili alla persona in quanto tale, indipendentemente dal possesso della cittadinanza.

2.2. *L'orientamento della giurisprudenza costituzionale*

Muovendo da una lettura unitaria dei principi ricavabili dagli artt. 2, 3 e 10 Cost.¹⁸, la giurisprudenza costituzionale è attestata sulla tesi per la quale «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini¹⁹, è

¹⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1990, 144-145. A questa ricostruzione aderiscono anche N. AMODIO, *Espulsione e diritti dello straniero*, in *Giur. cost.*, 1/1987, 3322; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2000, 624 ss.: «qui interessa ribadire che quando la Costituzione dice espressamente "tutti" bisogna intendere questa espressione alla lettera, sia perché, nei casi in cui la Costituzione dice così, vengono garantiti diritti che dalla rivoluzione francese in poi sono stati e vengono considerati universalmente propri di ogni uomo e quindi indipendenti dalla cittadinanza [...]. Ugualmente alla lettera va interpretata la Costituzione quando usa espressamente la parola "cittadini". Non può essere casuale il fatto che in articoli contigui lo stesso costituente ora dica "tutti", ora dica "cittadini". Si tratta d'altra parte di diritti tradizionalmente riservati ai cittadini, perché essi garantiscono non l'uomo singolo, ma l'uomo nel suo rapporto con altri [...] e dunque già diritti politici o rilevanti politicamente [...]. Naturalmente la limitazione della garanzia ai soli cittadini non vuol dire che gli stranieri e gli apolidi non possono godere di tali diritti di libertà [...], ma significa che le leggi ordinarie possono (e non debbono) limitare questi diritti rispetto agli stranieri e agli apolidi in modo più penetrante e restrittivo di quanto possano fare rispetto ai cittadini».

¹⁷ Così U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 147 ss.

¹⁸ In proposito v. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1992, 213 secondo cui «qualunque approccio che si mostrasse incapace di imboccare contemporaneamente le strade segnate da ciascuno di questi punti di partenza sarebbe destinato al fallimento».

¹⁹ Sul punto cfr. C. CORSI, *op. cit.*, 71 ss., la quale, procedendo ad una disamina dei lavori dell'Assemblea costituente, evidenzia che sebbene il testo sul principio di eguaglianza licenziato dalla I sottocommissione esordisse con il termine «gli uomini», il comitato

anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali»²⁰. Secondo la Corte, infatti, la disciplina ivi contenuta non può essere considerata isolatamente, ma va interpretata in connessione con gli artt. 2 e 10 Cost., che, sia pure per vie diverse, attribuiscono anche allo straniero un patrimonio di diritti fondamentali: l'art. 2 Cost., in effetti, si riferisce ai diritti inviolabili dell'uomo senza distinzione alcuna tra cittadini e stranieri, mentre l'art. 10 Cost. rinvia a consuetudini e atti internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali dello straniero è ampiamente assicurata²¹.

È proprio l'allargamento dell'ottica di indagine al di là dei limiti del solo art. 3 Cost. che consente alla Corte di giungere alla conclusione per cui il principio di eguaglianza si estende anche ai rapporti fra cittadini e stranieri. Allo stesso tempo, però, le impedisce di prospettare una estensione di quel principio oltre l'ambito dei diritti fondamentali: il collegamento specifico fra l'art. 3 e l'art. 2 Cost. implica la scelta per una netta delimitazione del raggio di azione della eguaglianza²².

Un'attenta lettura della giurisprudenza costituzionale²³ induce infatti a ridimensionare la portata del riconoscimento del principio d'eguaglianza tra cittadini e stranieri sul terreno dei diritti fondamentali²⁴.

di redazione in sede di revisione formale lo sostituì con quello «i cittadini» e tolse la nazionalità tra gli elementi di non discriminazione. Con queste modifiche il testo andò in Assemblea e fu approvata la formulazione attuale dell'art. 3, primo comma Cost. Sottolinea l'A. che «come noto non esistono verbali del lavoro del comitato di redazione e come è stato rilevato si ha l'impressione che i membri del comitato nel modificare "in modo tanto sbrigativo quello che poi divenne l'art. 3, fossero (o quanto meno potessero mostrarsi) convinti di compiere una semplice opera di coordinamento, volta solamente ad eliminare un'incongruenza, una smagliatura nel tessuto costituzionale", senza realizzare che ad essa poteva corrispondere una reale restrizione dell'ambito di operatività del principio o che comunque si poneva in modo forte l'accento sul dato cittadinanza». Così anche M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 131-132.

²⁰ Così Corte cost., 15 novembre 1967, n. 120, in *Giur. cost.*, 2/1967, 1577 ss., con nota di M. CHIAVARO, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per reati doganali*; nello stesso senso anche numerose sentenze successive (Corte cost., 19 giugno 1969, n. 104; Corte cost., 2 luglio 1970, n. 144; Corte cost., 5 aprile 1974, n. 109; Corte cost., 10 luglio 1974, n. 244; Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 46; Corte cost., 1 luglio 1983, n. 215), nonché diverse ordinanze (Corte cost., 25 marzo 1971, n. 76; Corte cost., 30 maggio 1973, n. 78; Corte cost., 20 febbraio 1975, n. 40; Corte cost., 12 novembre-3 dicembre 1967, n. 460; Corte cost., 25 novembre-10 dicembre 1987, n. 503; Corte cost., 20-27 aprile 1988, n. 490).

²¹ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 214.

²² Ivi, 218.

²³ Per una approfondita analisi delle sentenze della Corte costituzionale cfr. ivi, 226 ss.

²⁴ In questo senso A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in

La medesima Corte, attraverso l'introduzione della distinzione tra titolarità ed esercizio dei diritti, lascia al legislatore ordinario un ampio margine di intervento per limitare in concreto i diritti riconosciuti in astratto a condizione che la disparità di trattamento sia ragionevole: le diverse posizioni, che giustificano discipline differenziate anche in materia di diritti fondamentali, possono derivare, secondo la Corte, non solo da differenti situazioni di fatto, ma anche da diverse valutazioni giuridiche operate dall'ordinamento²⁵.

Risulterebbe pertanto coerente con tale premessa il fatto che il legislatore italiano, in materia di diritti fondamentali, possa trattare diversamente cittadini e stranieri, come pure stranieri che si trovino in condizioni tra loro differenti, sempre che ciò sia ragionevolmente giustificato dalla diversità delle rispettive situazioni²⁶.

Queste argomentazioni sono messe in luce con chiarezza dalla sentenza n. 104 del 1969 della Corte costituzionale: dopo aver ribadito che il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 Cost. riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri, allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, la pronuncia elenca una serie di differenze tra cittadini e stranieri nel godimento, ma non nella astratta titolarità, dei diritti di libertà (ad esempio, il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato), per poi concludere: «questa differenza di situazioni di fatto e di connesse valutazioni giuridiche, la cui elencazione è superfluo continuare, sono rilevabili in ogni ordinamento e si fondano sulla basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che,

Quest. giust., 3/1999, 432. Al riguardo, anche M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 165 fa osservare come, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale, anche all'interno della categoria «diritti inviolabili» occorra operare una ulteriore distinzione tra quei diritti che appartengono all'uomo in quanto tale e quelli che gli spettano invece in quanto «membro» di una comunità politica, rendendosi così critica la stessa distinzione operata.

²⁵ A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 432.

²⁶ S. D'ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in *Immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali*, I, a cura di F. Rimoli, Napoli, 2014, 82. Si veda in argomento anche M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 3/2010, 571 ss., nonché A.O. COZZI, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, ivi, 551 ss. Per quel che concerne, infine, la diversità di trattamento tra stranieri regolari e irregolari in materia di assistenza sanitaria v., *infra*, par. 5.

mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»²⁷.

La limitata eguaglianza tra cittadini e stranieri non esclude che – nello stesso settore normativo in cui essa sussiste, e cioè quello dei diritti fondamentali – lo Stato italiano possa praticare trattamenti giuridici differenziati per le due categorie, a condizione, come già precisato, che la disparità di trattamento risulti non arbitraria, ma fondata su una effettiva diversità delle due situazioni, la cui rilevanza deve essere valutata secondo gli usuali canoni di ragionevolezza²⁸. Deve rilevarsi che più che le «differenze di fatto», la Corte ritiene significative le «valutazioni giuridiche», e sembra aprire le porte alla insoddisfacente conclusione che proprio il soggetto chiamato a non discriminare irragionevolmente tra cittadini e stranieri (lo Stato) sarebbe allo stesso tempo legittimato a determinare in che misura le loro condizioni sono davvero diverse. In realtà la Corte riconosce che le valutazioni normative non sono quelle che lo Stato – comunque – ritenga di fare con assoluta discrezionalità. Si tratta, invece, di valutazioni che da un lato debbono comunque essere «connesse» alle effettive differenze di fatto, e che dall'altro sono «rilevabili in ogni ordinamento», ricollegabili ad una sorta di fisionomia «*standard*» o «naturale» dello straniero sotto qualunque cielo e in ogni ordinamento. In altri termini, il legislatore italiano non può prospettare qualunque «valutazione giuridica» della condizione giuridica dello straniero per poi – comodamente – assumerla come causa giustificativa della disparità di trattamento. In caso contrario, infatti, la pur parziale eguaglianza dello straniero con il cittadino finirebbe per rivelarsi del tutto apparente, priva di qualunque garanzia da far valere di fronte al giudice costituzionale.

La logica conclusione, si ripete ancora una volta, è quella per cui il legislatore, nel campo dei diritti fondamentali, può trattare diversamente cittadini e stranieri «solo quando ciò sia ragionevolmente consentito dalla fattuale diversità delle due situazioni, ovvero dalla “normale” valutazione che se ne dà nel nostro e negli altri ordinamenti (democratici)»²⁹.

²⁷ Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104, in *Giur. cost.*, 2/1969, 1565.

²⁸ Sul punto, chiaramente, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 218-219.

²⁹ Ivi, 219. In questo senso vedi anche C. CORSI, *op. cit.*, 123-124, la quale, inoltre, precisa che la libertà di regolazione del legislatore con riferimento a tutte quelle posizioni non costituzionalmente garantite non è assoluta, ma deve essere contenuta nell'ambito della ragionevolezza. In questa ipotesi lo schema di controllo, non toccando problemi di parità/disparità di trattamento col cittadino comporterebbe un altro tipo di valutazioni: di adeguatezza, pertinenza, congruità, proporzionalità, ovvero di coerenza interna della legge. L'affermazione della Corte costituzionale per la quale in base al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10, secondo comma Cost. troverebbe applicazione, anche per gli stranieri,

Il discorso deve a questo punto completarsi con il principio contenuto nell'art. 10, secondo comma Cost. In proposito si è osservato³⁰ che se si ritenesse, sulla base di una interpretazione letterale di tale norma, che la legge italiana che regola la condizione giuridica dello straniero non debba far altro che riprodurre quanto disposto dalle norme internazionali si giungerebbe ad un paradosso dovuto all'ampiezza della protezione accordata ai diritti degli stranieri nel diritto internazionale. Questa infatti è tanto estesa che – senza correttivi – potrebbe addirittura comportare l'attribuzione allo straniero di diritti fondamentali che non spettano in quanto tali ai cittadini. L'esempio tipico è quello del diritto di proprietà, che, mentre nell'ordinamento italiano non sarebbe assistito dalle particolari garanzie che spettano ai diritti fondamentali, si vedrebbe riconosciuta una tutela più ampia in riferimento a soggetti stranieri³¹. Ad evitare questo possibile paradosso viene ancora in soccorso l'art. 3 Cost., giacché l'applicazione del principio di eguaglianza impedisce, salve le ipotesi di differenziazione

il principio di eguaglianza in ordine ai diritti fondamentali potrebbe infatti dare adito all'interpretazione che per tutte quelle situazioni non riconducibili ai diritti fondamentali, il legislatore non incontrerebbe il limite della ragionevolezza e sarebbe sciolto da ogni controllo. Tale indirizzo non è certamente percorribile, dato che il principio di eguaglianza informa tutto l'ordinamento a tutela della struttura e della coerenza interna dello stesso. Ne deriva che per quelle situazioni non costituzionalmente tutelate possa essere necessario, in ordine all'esame della ragionevolezza della disciplina normativa, un riscontro di come è stata valutata l'assenza della cittadinanza italiana, valutazione che andrà fatta alla stregua del contenuto costituzionale che la cittadinanza ha nel nostro ordinamento. Sul punto v. anche E. GROSSO, voce *Straniero*, cit., 166, il quale rileva come sia sul piano delle norme internazionali generalmente riconosciute, sia soprattutto sul piano del diritto internazionale pattizio e più recentemente con gli sviluppi del diritto comunitario, il margine di discrezionalità che residua allo Stato nella differenziazione del trattamento si è molto assottigliato, tanto che assai raramente la Corte ha potuto negare la spettanza di un diritto costituzionale al non-cittadino in base alla constatazione che non si trattasse di un diritto fondamentale. Dall'operare parallelo del precetto costituzionale e dell'apparato di norme provenienti dal diritto internazionale cui la legge ordinaria, ex art. 10, secondo comma Cost. deve adeguarsi, scaturisce pertanto un'applicazione sempre più estesa del principio di uguaglianza.

³⁰ M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 216.

³¹ Sul punto v. *ibidem*, ove si precisa che gran parte della dottrina italiana e la stessa giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 11 febbraio 1971, n. 22) escludono che il diritto di proprietà goda nella nostra Costituzione della qualifica di diritto fondamentale, mentre alcuni atti internazionali (v. ad esempio l'art. 1 del Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) la definiscono proprio in questo modo. Sulle ragioni che inducono a negare il carattere di diritto fondamentale alle situazioni economiche di vantaggio v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 39 ss. In particolare sulla disciplina costituzionale della proprietà privata v. G. ZAGREBELSKY, *Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes (Italie. Présentation générale)*, in *Ann. intern. justice const.*, 1985, 219 ss.

ragionevole, un trattamento di maggior garanzia dello straniero nei riguardi del cittadino³².

Queste considerazioni di carattere preliminare mostrano che, sebbene l'elaborazione giurisprudenziale abbia raggiunto il risultato di radicare direttamente nella Costituzione il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali degli stranieri, così da porre un solido argine alla discrezionalità del legislatore ordinario, ancora numerose sono le incertezze relative all'esatta individuazione del contenuto minimo di tali diritti, nonché quelle inerenti il loro elenco complessivo³³.

Un dato però sembrerebbe sufficientemente acquisito: accanto ai «significati “tradizionali” di cittadinanza come *nationalité* e *citoyenneté*, oggi è acclamato anche un concetto di cittadinanza in senso sostanziale quale espressione di sintesi di quell'insieme di diritti che normalmente è attribuito a ogni cittadino nella *koinè* delle democrazie pluraliste e che si identifica sostanzialmente con l'idea universale di dignità dell'uomo»³⁴.

3. *Il diritto alla salute nella Costituzione italiana come diritto fondamentale della persona*

Volgendo ora l'attenzione al diritto alla salute, pare che due siano i punti rilevanti dai quali si possa muovere per tentare di verificare se – ed eventualmente in che modo – lo stesso trovi un riconoscimento “pieno” anche per gli stranieri.

Innanzi tutto sembra si debba tener conto, pur nella consapevolezza del valore non esaustivo del dato testuale, della formulazione letterale dell'art. 32 Cost. e poi dell'inquadramento di questo diritto nella sistematica dei

³² E. ROSSI, *Profili di diritto costituzionale*, in *Immigrazione e salute: questioni di biogiuridica*, a cura di G. Dalla Torre, Roma, 1999, 123.

³³ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 82. Uno dei pochi punti fermi in questa materia è costituito dall'esclusione degli stranieri dalla garanzia costituzionale dei diritti politici, che per loro natura sarebbero inerenti al rapporto originario e stabile che lega in via esclusiva lo Stato sovrano ai suoi cittadini, e pertanto riservati a questi ultimi. Parimenti non sarebbe ricompreso nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo il diritto di ingresso e soggiorno del non cittadino, «per cui il legislatore ordinario disporrebbe di un certo margine di discrezionalità entro il quale disciplinare condizioni, requisiti, modalità e termini dell'ingresso e del soggiorno, secondo la “politica dell'immigrazione” che decida di adottare, senza tuttavia poter operare esclusioni irragionevoli o arbitrarie» (ivi, 83).

³⁴ E. ROSSI, *op. cit.*, 126.

diritti costituzionali³⁵.

La circostanza che l'art. 32 Cost. non faccia riferimento alla cittadinanza è stata considerata dalla dottrina maggioritaria una conferma del carattere universale di tale diritto³⁶. Secondo altri, per contro, l'intitolazione della Parte prima della Costituzione ai «Diritti e doveri dei cittadini» sarebbe di per sé idonea a circoscrivere ai titolari della cittadinanza italiana la garanzia costituzionale dei diritti ivi contemplati, salva la facoltà del legislatore ordinario di estenderli anche agli stranieri³⁷.

Il secondo elemento interessante ai fini della questione qui affrontata è poi l'inquadramento del diritto alla salute nel sistema dei diritti costituzionali.

Come già precisato, la Corte ha chiarito che in forza del principio di eguaglianza il legislatore ordinario non può introdurre una discriminazione tra cittadini e stranieri per quanto attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali³⁸; di conseguenza per poter concludere che la Costituzione riconosce il diritto alla salute, in condizioni di eguaglianza, tanto allo straniero quanto al cittadino, deve potersene affermare la natura di diritto fondamentale o inviolabile ai sensi della richiamata giurisprudenza costituzionale.

In proposito si è osservato che se oggi la qualificazione del diritto alla salute come diritto fondamentale è generalmente ammessa, si tratta tuttavia di una conquista relativamente recente, che è stata posta in relazione con l'evoluzione della forma di Stato dal modello dello Stato liberale a quello dello Stato sociale³⁹. Nel contesto dello Stato liberale, infatti, erano considerati diritti fondamentali esclusivamente i classici diritti di libertà, mentre restava estranea la tutela attiva di quella serie di bisogni dell'uomo che tipicamente formano oggetto dei diritti sociali. E poiché al diritto alla salute è sempre stato riconosciuto lo statuto di diritto sociale, ne è seguita, in una prima fase la sua esclusione dal novero dei diritti fondamentali. Solo con il graduale superamento della contrapposizione tra diritti sociali e diritti di libertà, a sua volta consentito da una visione sempre meno conflittuale del rapporto

³⁵ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 84.

³⁶ *Ibidem*. In questo senso si vedano soprattutto F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, in *Rass. parl.*, 2/2008, 392 ss.; ID., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, 276 ss.; C. CORSI, *op. cit.*, 341 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 157 ss.

³⁷ Cfr. A. PACE, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivistaaic.it*, 2 luglio 2010.

³⁸ Corte cost., 15 novembre 1967, n. 120. V. sul punto par. 2.2.

³⁹ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 85-86. Nell'impossibilità di dar conto della sterminata letteratura registratasi in materia di diritti sociali, si rinvia, per tutti, ad A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss.

tra principio di libertà e principio di eguaglianza, si è aperta la strada al riconoscimento del diritto alla salute come diritto fondamentale⁴⁰.

Ammissa la natura fondamentale e inviolabile del diritto alla salute, se ne deve allora ricavare, in forza dell'indirizzo seguito dalla giurisprudenza costituzionale, la titolarità in capo ad ogni persona. Questa tesi trova peraltro conferma in un solido e risalente orientamento giurisprudenziale.

La Corte costituzionale sin dal 1977⁴¹ ha affermato che il diritto alla salute deve essere considerato come un diritto pieno e incondizionato della persona – e quindi non soltanto del cittadino – a godere di un servizio pubblico che ha il carattere dell'universalità⁴². Successivamente la Consulta con la sentenza n. 252 del 2001 è tornata sulla questione ed ha ribadito che esiste un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto⁴³. Il diritto alla salute è un diritto fondamentale, che deve dunque essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»⁴⁴.

Non si è mancato di rilevare, tuttavia, come vi siano due ordini di limitazioni che possono incidere in modo significativo sulla titolarità e comunque sull'esercizio di tale diritto da parte degli stranieri⁴⁵.

⁴⁰ In senso affermativo si vedano M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 29. In chiave problematica cfr. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 3/1981, 755 ss. Per le questioni che si pongono a livello sovranazionale, con particolare riguardo al sistema CEDU, F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questo volume*.

⁴¹ Corte cost., 24 maggio 1977, n. 103.

⁴² A. CIERVO, *I diritti sociali degli stranieri: un difficile equilibrio tra principio di non discriminazione e pari dignità sociale*, in *Le nuove frontiere dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, Napoli, 2011, 372.

⁴³ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. it.*, 5/2002, 908 ss., con nota di A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*. Anche in precedenti sentenze (Corte cost., 13-20 novembre 2000, n. 509; Corte cost., 7-16 luglio 1999, n. 309; Corte cost., 7-17 luglio 1998, n. 267; Corte cost., 6-15 luglio 1994, n. 304; Corte cost., 23 maggio-2 giugno 1994, n. 218; Corte cost., 20 maggio-3 giugno 1992, n. 247), la Corte ha ripetutamente affermato che il diritto alla salute, previsto dall'art. 32 Cost., implica il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela ed è garantito ad ogni "persona", in quanto ambito inviolabile della dignità umana.

⁴⁴ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252.

⁴⁵ Così S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 86.

Innanzitutto è necessario tenere presente che quello alla salute è un “diritto finanziariamente condizionato”. Per considerare il diritto alla salute sotto questo profilo occorre preliminarmente ricordare che il suo contenuto non è monolitico ma articolato e complesso. È possibile individuare, infatti, due livelli di garanzia: «un primo livello di “garanzia negativa o passiva” che si risolve nella pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, predisponendo mezzi inibitori, ripristinatori e risarcitori nel caso di lesioni della sfera individuale; un secondo livello di c.d. “garanzia attiva”, a cui si collega la pretesa positiva dell’individuo alla esistenza ed utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari per la tutela della salute»⁴⁶.

Per la parte in cui il diritto in questione si configura quale “libertà negativa” ad esso corrispondono obblighi di astensione, secondo la struttura classica dei diritti di libertà: ciò comporta che tutti i consociati si trovino in una posizione di obbligo di astenersi da tenere comportamenti di pericolo o di danno⁴⁷.

Per quanto attiene invece all’altra faccia del diritto alla salute, ed in particolare al suo configurarsi come diritto ad una prestazione ad opera dello Stato e degli altri enti pubblici, è proprio in relazione a questa seconda tipologia che lo stesso è stato inserito nel catalogo dei diritti sociali, che hanno cioè ad oggetto una prestazione positiva da parte dei pubblici poteri per assicurare la partecipazione ai benefici della vita associata, o della attuazione del principio di eguaglianza, assumendo altresì il carattere di diritto finanziariamente condizionato⁴⁸. In quest’ottica al pari di ogni diritto tutelato come valore costituzionale primario, il diritto alla salute può essere assoggettato a limiti soltanto a seguito del bilanciamento con altri interessi costituzionali di pari rango, bilanciamento che, comunque, deve essere fatto in modo da salvaguardare il suo contenuto essenziale⁴⁹.

⁴⁶ M. DE MASI, *L'erogazione delle prestazioni sociali agli immigrati: il diritto all'istruzione e il diritto alla salute*, in *Immigrazione e integrazione*, I, cit., 128.

⁴⁷ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 26.

⁴⁸ S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 87. In merito alle critiche mosse dalla dottrina cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 30 ss.; nonché C.M. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 1023 ss.

⁴⁹ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., 26. Sul punto v. anche S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 88-89, la quale sottolinea che «la lettura che valorizza la portata precettiva dell'art. 32 non è però incompatibile con il riconoscimento del carattere condizionato del diritto alla salute, inteso come necessaria gradualità nella relativa soddisfazione, che può aversi solo nei limiti della disponibilità di bilancio e all'interno di un ragionevole bilanciamento con le esigenze finanziarie: “sotto la riserva del possibile o del ragionevole” [...]. Il condizionamento, in altri termini, non riguarda l'an e il *quid* del diritto, aspetti coperti da

Il secondo ordine di limitazioni si inserisce invece in quello spazio di “discriminazione ragionevole” che giurisprudenza e dottrina ritengono comunque aperto pur nel pieno rispetto del principio di uguaglianza⁵⁰.

Per un primo approccio, la linea di demarcazione tra ciò che deve essere assicurato anche allo straniero e ciò che invece rimane affidato alla discrezionalità del legislatore ordinario, potendo dunque, in assenza del requisito della cittadinanza, essere oggetto di limitazioni, passa tra il “contenuto minimo essenziale” del diritto alla salute e il contenuto ulteriore⁵¹.

Un secondo indirizzo, proponendo una ricostruzione alternativa, suggerisce invece di leggere i trattamenti differenziati come un riflesso delle circostanze di fatto oggettivamente divergenti – ad esempio la precarietà del soggiorno degli immigrati “irregolari” ovvero il non radicamento di quelli “regolari” – tali da giustificare, sul piano della ragionevolezza, soluzioni normative diversificate e cionondimeno rispettose del principio di uguaglianza⁵².

4. *La normativa nazionale in materia di assistenza sanitaria agli stranieri*

Passando dalla prospettiva giurisprudenziale a quella normativa, così da poter verificare se e in che misura sia data attuazione al quadro costituzionale, nell’ordinamento italiano il provvedimento che ha riconosciuto il diritto all’assistenza sanitaria agli immigrati è stato il d.lgs. n. 286 del 1998 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), emanato in forza della delega conferita con la l. n. 40 del 1998, (c.d. “Turco-Napolitano”) e a più riprese

garanzia costituzionale, ma soltanto il *quomodo* e il *quando* del relativo godimento, profili lasciati ad una discrezionalità legislativa sindacabile in punto di ragionevolezza. [...] il riconoscimento della garanzia costituzionale del diritto alla salute, relativa quanto meno all’*an* e al *quid* del diritto, implica non solo la sindacabilità, ai diversi livelli e nelle rispettive sedi, della discrezionalità legislativa ed amministrativa, ma anche l’esistenza di un contenuto minimo essenziale del diritto, tale da non tollerare compressioni» né ad opera della legge, né ad opera dell’amministrazione. Nella giurisprudenza costituzionale v., in particolare, Corte cost., 1 luglio 1983, n. 212 e Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27.

⁵⁰ Si rinvia a i paragrafi 2, 2.1., 2.2.

⁵¹ Così S. D’ANTONIO, *op. cit.*, 90. Aderiscono a questa ricostruzione E. MENICETTI, *Accesso ai servizi sociali e cittadinanza*, in *Dir. pub.*, 3/2000, 849 ss.; P. BONETTI, M. PASTORE, *L’assistenza sanitaria*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, 2004, 975 ss.

⁵² Sul punto v. S. D’ANTONIO, *op. cit.*, 90. In tal senso anche E. CODINI, *Immigrazione e stato sociale*, in *Dir. pub.*, 2/2012, 599 ss.

modificato⁵³.

Per lungo tempo, infatti, in Italia il tema dell'assistenza sanitaria agli stranieri è stato regolato da un numero impressionante di norme aventi diverso peso specifico; alcune questioni rilevanti sono state addirittura affrontate attraverso l'emanazione di decreti legge ripetutamente reiterati, di cui parte poi decaduti. Ne è risultata una frammentazione e una provvisorietà normativa, che evidentemente non ne ha favorito una diffusa conoscenza e una corretta applicazione. La situazione è radicalmente mutata con l'emanazione del suddetto decreto⁵⁴, che ha adeguato la normativa in tema di diritto alla salute, regolata dalla l. n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, estendendo l'erogazione delle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione anche alla popolazione

⁵³ Al d.lgs. n. 286 del 1998 ha fatto seguito innanzitutto il regolamento di attuazione, adottato con d.P.R. n. 394 del 1999; gli interventi normativi di maggior rilievo sono stati poi la l. n. 189 del 2002, c.d. "Bossi-Fini", la l. n. 94 del 2009, c.d. "Pacchetto sicurezza", nel quale si fa rientrare anche il precedente d.l. n. 92 del 2008, convertito in l. n. 125 del 2008 e, da ultimo, il d.l. n. 13 del 2017 recante «Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale». Tra le opere dedicate all'analisi del quadro normativo in materia si segnala, per sistematicità e completezza, A. LIBERATI, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Padova, 2009. Per un commento "a caldo" del d.l. n. 13 del 2017 cfr., invece, L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2017.

⁵⁴ Preme inoltre sottolineare che nel contesto italiano il livello normativo regionale si è rivelato negli ultimi anni un «laboratorio di sperimentazione di capacità integrative nei confronti degli stranieri talvolta superiori a quelle assicurate dallo Stato»: così A. ROMANO, *Salute e immigrazione. Prospettive di osservazione della relazione tra accesso alle cure del non cittadino e l'organizzazione sanitaria*, in *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta, Santarcangelo di Romagna, 2014, 73-74 il quale precisa che «seppure la riforma del Titolo V abbia introdotto il riconoscimento della competenza esclusiva dello Stato in materia di "immigrazione" ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. b), ciò non impedisce alle Regioni l'esercizio della funzione legislativa in ambiti appartenenti alla competenza concorrente e residuale che possono avere come destinatari anche cittadini stranieri. [...] Ebbene, l'intervento delle Regioni in materia di immigrazione è aumentato considerevolmente negli ultimi anni attraverso l'approvazione di leggi e regolamenti». Questa tendenza se per un verso ha portato ad un rafforzamento della dimensione sociale dei diritti dello straniero, dall'altro ha avuto come esito quello di accentuare il conflitto tra Stato e Regioni e la frammentazione nell'erogazione delle prestazioni sociali. Sul punto anche C.F. FERRAJOLI, *I diritti e la cittadinanza sociale dei migranti nei regolamenti e negli atti amministrativi delle Regioni*, in *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, a cura di L. Ronchetti, Milano, 2012, 110 ss.

straniera soggiornante in Italia⁵⁵.

I principi e le disposizioni contenute in questo decreto hanno trovato poi maggiore concretezza applicativa con l'emanazione del d.P.R. n. 394 del 1999 (regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998). Ulteriori chiarimenti sono stati infine forniti da una circolare del Ministero della Sanità, la n. 5 datata 4 marzo 2000 contenente indicazioni applicative delle disposizioni del testo unico in materia di assistenza sanitaria⁵⁶.

4.1. *L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale*

In tema di accesso alle prestazioni del Servizio sanitario nazionale, il legislatore ha previsto un regime differenziato tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno. I primi, infatti, nella misura e per il lasso di tempo in cui dispongono di un valido titolo di soggiorno o siano in attesa del suo rinnovo, sono equiparati, nei rapporti col servizio sanitario pubblico, ai cittadini; per i secondi, invece, la tutela è ridimensionata⁵⁷. Il testo unico

⁵⁵ Cfr. A. DE PETRIS, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in ordinamenti decentrati: una prospettiva comparata*, in *Immigrazione e integrazione*, I, cit., 156.

⁵⁶ L. PERI, F. SANTOMAURO, *Il quadro normativo di riferimento per l'assistenza sanitaria agli immigrati*, in *Immigrazione e salute: percorsi di integrazione sociale*, a cura di S. Nuti, G. Maciocco, S. Barsanti, Bologna, 2013, 35. In tema di accesso degli stranieri al sistema sanitario pubblico si vedano S. PECORINI, *L'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia*, in *Nuova rass.*, 2/2001, 224 ss.; M. GONDONI, E. MAGRI, *La disciplina dei servizi sanitari e assistenziali previsti per gli immigrati: condizioni di accesso e tipologia delle prestazioni erogabili*, in *San. pubbl.*, 7-8/2002, 881 ss. Con particolare riferimento agli stranieri irregolari si veda F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 276 ss.

⁵⁷ Va tuttavia precisato che si registrano diffuse disfunzioni che costituiscono delle vere e proprie barriere amministrative, organizzative ed economiche per lo straniero nel momento dell'iniziale inserimento nella nuova società. Si tratta, in taluni casi, del mancato coordinamento sui requisiti procedurali tra gli uffici preposti ai compiti di identificazione (dei rifugiati, richiedenti asilo e protezione internazionale) e quelli sanitari. La prevista iscrizione al Servizio sanitario nazionale dovrebbe, ad esempio, essere contestuale alla richiesta di protezione, che è presentata in questura o alla polizia di frontiera. Essa risulta invece spesso subordinata al possesso di un codice fiscale, che molti uffici territoriali rilasciano soltanto in presenza di determinati documenti, come ad esempio il cedolino di pagamento, non sempre disponibili al richiedente al momento della domanda. In assenza il rimedio adottato è assimilare il trattamento a quello degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale, attribuendo a soggetti che dovrebbero essere protetti, l'autorizzazione all'accesso ad

distingue, in particolare, tra stranieri iscritti e stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale⁵⁸: mentre agli stranieri iscritti è riconosciuta parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani, quelli non iscritti devono farsi carico del costo delle cure richieste, secondo il tariffario disciplinato dalla legislazione di settore⁵⁹.

L'art. 34 del d.lgs. n. 286 del 1998 disciplina l'«Assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio sanitario nazionale» e prevede che «gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento» e quelli «che abbiano richiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza» nonché «i familiari a carico» hanno l'obbligo di iscrizione al Servizio sanitario nazionale⁶⁰.

un numero minore di servizi, c.d. tesserino STP.

⁵⁸ A queste due categorie si affianca, nel testo unico, quella degli stranieri che entrano in Italia per motivi di cura, presa in considerazione dall'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998. La norma in questione prevede la possibilità di richiedere un permesso di soggiorno specifico per fruire nel nostro Paese di determinate prestazioni mediche. Lo straniero deve presentare una apposita dichiarazione rilasciata dalla struttura sanitaria italiana dove intende farsi curare, che indichi «il tipo di cura, la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico», nonché un'attestazione di un deposito cauzionale a garanzia del pagamento del costo delle cure da ricevere. Nel caso in cui lo straniero abbia il bisogno di farsi assistere da un accompagnatore, sarà necessario dimostrare anche la disponibilità di vitto e alloggio per lo stesso. Tale permesso di soggiorno non ha una durata prestabilita, ma viene rilasciato per il periodo di tempo necessario al trattamento terapeutico (come indicato nella dichiarazione della struttura sanitaria) ed è eventualmente rinnovabile se perdurano le esigenze sanitarie che lo giustificano. Sul punto cfr. A. DE PETRIS, *op. cit.*, 156-157 il quale precisa che il testo unico prende in considerazione tre categorie di soggetti: gli stranieri iscritti al SSN, gli stranieri non iscritti al SSN e gli stranieri presenti sul territorio nazionale per sottoporsi ad interventi terapeutici. Quest'ultima categoria si suddivide a sua volta in tre sottoinsiemi: gli stranieri che chiedono il visto di ingresso per motivi di cure mediche, gli stranieri trasferiti in Italia nell'ambito di interventi umanitari, e coloro che vengono trasferiti nell'ambito di programmi di intervento umanitario sottoscritti dalle Regioni.

⁵⁹ Sul punto v. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, 303, il quale precisa che l'intervento legislativo si articola tentando di coniugare la «tutela dei diritti fondamentali ed una politica sanitaria fondata sulla prevenzione generale e, per quanto concerne l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale e la possibilità di fruire delle sue prestazioni, distinguendo tra chi soggiorna regolarmente e chi no e, nel primo caso, diversificando le prestazioni riconosciute a seconda del tipo e durata del titolo di soggiorno e, dunque, in sostanza riconoscendo una tutela della salute direttamente proporzionale al grado di integrazione dell'immigrato».

⁶⁰ La circolare n. 5 del 24 marzo 2000 del Ministero della Sanità ha precisato che l'iscrizione

Gli stranieri regolarmente soggiornanti che rientrano nelle categorie indicate, invece, non sono obbligati ad iscriversi al Servizio sanitario nazionale ma ne hanno facoltà: sono infatti tenuti ad «assicurarsi contro il rischio di malattia, infortunio e maternità» e possono provvedervi o mediante «stipula di apposita polizza assicurativa» o mediante iscrizione al Servizio sanitario nazionale⁶¹, la quale sarà valida anche per i familiari a carico, dietro pagamento di un contributo annuale a titolo di partecipazione alla spesa calcolato in percentuale sul reddito. L'iscrizione è facoltativa anche per chi ha un permesso di soggiorno per motivi di studio o è collocato «alla pari» secondo l'accordo europeo di Strasburgo del 1969: in tal caso il contributo annuale da pagare è forfettario e non è valido per i familiari a carico. L'azienda sanitaria locale di riferimento, per lo straniero iscritto, è quella nel cui territorio risiede o, in mancanza di iscrizione anagrafica, ha effettiva dimora. La durata dell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale è commisurata a quella del titolo di soggiorno e si protrae nella fase del relativo rinnovo: l'iscrizione cessa per mancato rinnovo, revoca o annullamento del permesso di soggiorno, ovvero per espulsione, comunicati alla ASL a cura della questura, salvo che si documenti la pendenza di un ricorso avverso tali provvedimenti; cessa altresì per sopravvenuta mancanza delle condizioni legittimanti previste dal testo unico, come ad esempio la regolare attività di lavoro autonomo o subordinato⁶².

4.2. *L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998: assistenza per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale*

L'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998 disciplina, invece, l'erogazione dell'assistenza sanitaria agli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale. All'interno di tale categoria si distinguono coloro che, regolarmente soggiornanti, non sono tenuti all'iscrizione perché presenti in Italia solo per un breve periodo (ad es. per affari o turismo) e coloro che, invece, si

obbligatoria al Servizio sanitario nazionale di coloro che abbiano presentato richiesta di asilo sia politico che umanitario è prescritta per tutto il «periodo che va dalla richiesta di emanazione del provvedimento, incluso il periodo dell'eventuale ricorso contro il provvedimento di diniego del rilascio del permesso di soggiorno».

⁶¹ Precisa l'art. 42, comma 6 del regolamento di attuazione che l'iscrizione volontaria è ammessa per chi abbia richiesto un permesso di soggiorno di durata superiore a tre mesi: sono pertanto esclusi dalla possibilità di iscriversi i titolari di permesso di soggiorno per visite, affari e turismo, che per legge non può avere durata superiore a tre mesi (art. 5, comma 3, lett. *a*) del testo unico).

⁶² S. D'ANTONIO, *op. cit.*, 93. Su tali aspetti v. l'art. 42 del regolamento di attuazione.

trovano in una posizione di irregolarità nei confronti delle leggi italiane.

Ai primi è consentito ricevere le prestazioni sanitarie da parte del Servizio sanitario nazionale sebbene dietro pagamento delle tariffe determinate dalle regioni e province autonome, salve le norme che disciplinano l'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia in base a trattati e accordi internazionali bilaterali o multilaterali di reciprocità sottoscritti dall'Italia (art. 35, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 286 del 1998).

Per quel che concerne, invece, gli stranieri irregolari⁶³ l'art. 35, comma 3 del testo unico dispone che a questi ultimi sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia o infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva». Agli stessi sono poi in particolare garantiti la tutela sociale della gravidanza e della maternità a parità di trattamento con le cittadine italiane⁶⁴, la tutela della salute del minore, le vaccinazioni secondo la normativa vigente, gli interventi di profilassi internazionale, la diagnosi e la cura di malattie infettive⁶⁵. Il regolamento di attuazione ha

⁶³ Si trova in condizioni di irregolarità lo straniero che ha fatto clandestinamente ingresso nel territorio di uno Stato, sottraendosi ai controlli di frontiera, oppure colui che, già presente sul territorio dello Stato, non è più in possesso di un valido titolo di soggiorno, a causa, ad esempio, della sua scadenza oppure del venir meno delle condizioni che ne legittimano il rilascio o il rinnovo.

⁶⁴ Corte cost., 27 luglio 2000, n. 376 ha escluso l'espulsione della donna durante la gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, nonché del marito convivente e a tal fine viene rilasciato un apposito permesso di soggiorno per cure mediche.

⁶⁵ La norma presenta una formulazione esemplificativa e non tassativa degli interventi sanitari da erogare anche agli irregolari, la quale viene tendenzialmente intesa sia nella pratica medica sia nell'interpretazione giurisprudenziale in maniera sostanzialmente estensiva. In una decisione del TAR Lombardia del 2008 si legge espressamente che l'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998 si limita a stabilire che lo straniero presente sul territorio nazionale ha diritto, a prescindere dal suo *status*, di ottenere le cure mediche essenziali ed urgenti; quindi la norma richiamata conforma la disciplina dell'immigrazione ai principi generali dell'ordinamento espressi dall'art. 32 Cost. che non tollerano omissioni nell'erogazione delle prestazioni essenziali alla salute, anche se riferite ad immigrati clandestini, giacché, in caso contrario, verrebbe intaccato quel nucleo minimo e irriducibile che attiene al diritto alla salute da garantirsi a qualunque persona (TAR Lombardia, Sez. III, 30 maggio 2008, n. 1902, in *Defure*). Resta comunque esclusa dalla tutela in oggetto la condizione di tossicodipendenza, come confermato dalla stessa Corte di cassazione, secondo cui la «tossicodipendenza è uno stato patologico», ma si tratterebbe di una «malattia cronica» dalla quale non deriverebbe «necessariamente un imminente pericolo di vita». Da questo assunto la Corte deduce che, fino a quando non si trovi in una situazione di patologia acuta, un tossicodipendente non avrebbe bisogno di cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, facendo derivare da questo l'impossibilità che si possa riconoscere

esteso la tutela anche alle prestazioni farmacologiche (art. 43).

Il punto cruciale della disciplina in questione è l'esatta individuazione delle prestazioni che il servizio sanitario pubblico è tenuto ad assicurare a questa categoria di soggetti. Per individuare tale contenuto occorre chiarire i concetti di «cure urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative», ai quali l'art. 35, comma 3 t.u. imm. rimanda senza fornire ulteriori spiegazioni.

Un ausilio interpretativo può trarsi dalla circolare del Ministro della Sanità n. 5 del 24 marzo 2000, che chiarisce, fornendone le definizioni, cosa si debba intendere per cure «urgenti» ed «essenziali»⁶⁶. La circolare precisa inoltre che l'individuazione delle cure essenziali è di esclusiva competenza del Ministero della Sanità e l'accertamento della essenzialità della prestazione, come per l'urgenza, rientra nell'ambito della responsabilità del medico. La decisione finale sull'erogazione di una prestazione sanitaria allo straniero irregolare, se il dipendente è privo di mezzi, dipenderà pertanto dal riconoscimento del carattere urgente o essenziale della cura da parte del personale medico del Servizio sanitario nazionale, operato alla stregua delle indicazioni ministeriali.

L'art. 43, comma 3 del regolamento di attuazione prevede poi le procedure attuate per evitare che la condizione di clandestinità influisca sull'erogazione delle cure necessarie. A questo proposito il regolamento prevede che la prescrizione e la registrazione delle prestazioni erogate nei confronti degli stranieri privi di permesso di soggiorno vengano effettuate utilizzando il codice a sigla STP (straniero temporaneamente presente). Tale codice viene rilasciato da tutte le strutture sanitarie pubbliche; inoltre

ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 286 del 1998 la permanenza sul territorio nazionale dello straniero irregolare che ne faccia richiesta sulla base della propria condizione di dipendenza da sostanze stupefacenti (Cass., Sez. I civ., 26 settembre 2001, n. 15830, Alayevsha c. Pref. Massa Carrara). Sul punto cfr. anche C. GABRIELLI, *Il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche*, in *Percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, a cura di G. Caggiano, Torino, 2014, 633 secondo cui «un limite al diritto alla salute riguarda l'assistenza pediatrica dei figli degli stranieri irregolari, in quanto ad essi è riconosciuto il solo diritto di ricevere assistenza presso i consultori familiari/pediatrici, i servizi di pronto soccorso, gli ospedali e gli ambulatori territoriali per prestazioni urgenti, mentre è negato il diritto al pediatra di famiglia, cioè alla continuità alle cure. Tale limitazione è chiaramente in contrasto con la Convenzione sui diritti del fanciullo, che stabilisce che tutti i minori, senza discriminazioni, devono avere accesso all'assistenza sanitaria».

⁶⁶ Per cure urgenti si intendono «le cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona», mentre le cure essenziali sono «le 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)».

è riconosciuto su tutto il territorio nazionale ed identifica l'assistito per tutte le prestazioni previste.

Sempre all'art. 43, comma 8 del d.P.R. n. 394 del 1999 si stabilisce che «le regioni individuano le modalità più opportune per garantire che le cure essenziali e continuative previste dall'art. 35, comma 3, del testo unico, possano essere erogate nell'ambito delle strutture della medicina del territorio o nei presidi sanitari, pubblici e privati accreditati, strutturati in forma poliambulatoriale od ospedaliera, eventualmente in collaborazione con organismi di volontariato aventi esperienza specifica».

Nella consapevolezza poi che la condizione di irregolarità spesso si accompagna a condizioni di forte precarietà economica, l'art. 35, comma 4 t.u. imm. prevede che le prestazioni citate vengono erogate senza onere a carico dei richiedenti qualora essi non abbiano risorse economiche sufficienti, salvo le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani. Il comma 6 distingue invece i soggetti finanziatori delle prestazioni erogate sulla base della natura delle stesse. Come precisato dall'art. 43, comma 5 del regolamento di attuazione, nonché dalla circolare n. 5 del 2000, al Ministero dell'Interno spettano le spese inerenti le prestazioni ospedaliere essenziali o urgenti. Alla ASL competente spettano invece gli oneri per le prestazioni sanitarie di cui all'art. 35, comma 3 t.u. imm., comprese le quote di partecipazione alla spesa eventualmente non versate. Il regolamento di attuazione (art. 43, comma 4) prevede inoltre la possibilità di attestare l'eventuale stato di indigenza attraverso una autodichiarazione presentata all'ente sanitario erogante le prestazioni.

Infine l'art. 35, comma 5 t.u. imm. precisa che «l'accesso alle strutture sanitarie da parte del cittadino non in regola con le norme del soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano». La norma mira ad evitare che, innestando dinamiche di perseguibilità del soggetto portatore di un bisogno di salute sulla base del suo *status* giuridico, possa determinarsi una condizione di "clandestinità sanitaria", che di fatto impedirebbe la tutela della salute dell'intera collettività⁶⁷.

Il problema si è posto dopo l'introduzione nel nostro ordinamento, ad opera del c.d. "Pacchetto sicurezza"⁶⁸, del reato di immigrazione clandestina⁶⁹.

⁶⁷ P. BELLOCCHI, R. STAIANO, *L'integrazione degli immigrati extracomunitari: una verifica sull'assistenza socio-sanitaria*, in *Immigrazione e integrazione*, II, cit., 106 secondo cui l'introduzione del codice STP consentirebbe di rispettare l'anonimato del soggetto anche nelle comunicazioni effettuate ai fini di rimborso con il Ministero dell'Interno.

⁶⁸ L. n. 94 del 2009. Sul punto v. P. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo pacchetto sicurezza*, Napoli, 2009.

⁶⁹ In altri ordinamenti, quale ad esempio quello tedesco, gli uffici pubblici sono obbligati

La circolare n. 12 del 27 novembre 2009, emanata dal Dipartimento per le Libertà civili e per l'immigrazione del Ministero dell'Interno ha chiarito che il divieto di segnalazione stabilito all'art. 35, comma 5 t.u. imm. non è stato abrogato dalla novella legislativa e che, pertanto, tale divieto continua a trovare applicazione, fatto salvo il disposto dell'art. 365 c.p., che prevede comunque l'obbligo di referto, ma non nel caso del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, essendo questa tipologia di reato una mera contravvenzione e non un delitto⁷⁰.

L'effettività del diritto alla salute è garantita anche dall'art. 6, comma 2 del testo unico, il quale esclude espressamente la necessità di esibire i documenti relativi al soggiorno per l'accesso alle prestazioni sanitarie urgenti ed essenziali. La circolare ricorda infine che, per quanto riguarda la questione dell'esibizione dei documenti inerenti il soggiorno per l'accesso alle prestazioni della pubblica amministrazione, anche in questo caso restano escluse le prestazioni di carattere sanitario, che lo straniero irregolare può chiedere senza alcun bisogno di esibire i documenti comprovanti la regolarità del suo soggiorno in Italia.

Esiste quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il «nucleo irriducibile» del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.⁷¹.

ad informare le autorità competenti qualora apprendano dell'esistenza di immigrati presenti in modo illegittimo sul territorio tedesco: si tratta di un obbligo di "denuncia" generale, che ricade su dipendenti degli uffici per l'impiego, dei servizi sociali, degli uffici scolastici, degli uffici per le politiche giovanili, dei tribunali nonché delle autorità competenti per l'ammissione all'istruzione universitaria. Se un medico privato o l'amministrazione di una struttura ospedaliera forniscano prestazioni sanitarie dandone comunicazioni ai servizi sociali, questi inoltrano le informazioni ricevute alle autorità che gestiscono gli stranieri: quando il paziente è un immigrato irregolare, sussiste il rischio concreto che ciò conduca ad una misura di espulsione o di arresto finalizzato all'espulsione: così A. DE PETRIS, *op. cit.*, 164.

⁷⁰ E. BETTINELLI, *Immigrazione clandestina: gli operatori sanitari non diventano spie*, in *Corr. giur.*, 9/2009, 1273.

⁷¹ Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 21 gennaio 2001, n. 22; TAR Liguria, Sez. II, 15 marzo 2006, n. 218; TAR Sicilia Palermo, Sez. II, 08 giugno 2007, n. 1655; TAR Veneto Venezia, Sez. III, 12 maggio 2008, n. 1303; Cass., Sez. I civ., 27 gennaio 2005, n. 1690. Tutte consultabili in *DeJure*.

5. *La prospettiva della sicurezza e dell'ordine pubblico. L'assistenza sanitaria all'interno dei "nuovi" CPR*

Il tema dell'accesso alle cure da parte degli stranieri, e in particolare di quelli privi di un permesso di soggiorno, deve essere valutato anche alla luce della normativa sull'ingresso, soggiorno ed allontanamento: infatti l'esigenza per lo Stato di controllare le proprie frontiere si riflette sul piano della tutela della salute dei migranti⁷².

Un profilo che merita attenzione riguarda le condizioni di accesso alle cure da parte degli stranieri trattenuti nei "nuovi" centri di permanenza per i rimpatri (CPR)⁷³.

Come è noto, molti Paesi negli ultimi decenni hanno fatto ricorso allo strumento della detenzione degli stranieri o ad altri strumenti limitativi della libertà personale nel quadro delle politiche di controllo delle migrazioni⁷⁴. Si tratta di misure di natura amministrativa applicate dalle

⁷² A. ROMANO, *op. cit.*, 87.

⁷³ La denominazione "centri di identificazione ed espulsione" (CIE) è stata sostituita, ad opera dell'art. 19, comma 1 d.l. n. 13 del 2017, con l'espressione "centri di permanenza per i rimpatri". Tale disposizione prevede infatti che «la denominazione: "centro di identificazione ed espulsione" di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, è sostituita, ovunque presente in disposizioni di legge o regolamento, dalla seguente: "centro di permanenza per i rimpatri"». Per un'analisi dell'istituto della detenzione degli stranieri all'interno degli ex CIE si vedano G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giur. cost.*, 3/2001, 1680 ss.; A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit.; A. D'AGOSTINO, F. CORVAJA, *Centri di permanenza temporanea ed esercizio del diritto alla difesa*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2000, 67 ss.; L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (Irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, ivi, 11 ss.; E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2012, 33 ss.; A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 Maggio 2012; G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, ivi, 15 Maggio 2012; D. PERUGIA, *Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, ivi, 16 Maggio 2013; E. LANZA, *Gli stranieri e il diritto penale*, Padova, 2010; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi*, in *Dir. imm. citt.*, 4/1999, 26 ss.

⁷⁴ L. MASERA, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 28-29, per il quale «la politica in materia immigratoria del nostro legislatore si è concretizzata in un'escalation di misure (penali ed amministrative) sanzionatorie della condizione di irregolarità, con lo scopo più di rassicurare l'opinione pubblica, che di contribuire ad una gestione razionale del fenomeno storico che sta interessando il nostro, come altri Paesi europei». In questo senso cfr. anche la lucida analisi di V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 Maggio 2009, 15: «Si inseguono e si

autorità di pubblica sicurezza senza necessità di formalizzare un'imputazione penale. Esse riguardano soggetti accomunati dal fatto di essere privi di un'autorizzazione ad entrare o rimanere sul territorio dello Stato che si trovano così esposti al rischio di subire un provvedimento restrittivo della libertà per ragioni direttamente legate con l'amministrazione delle politiche migratorie.

L'introduzione di un sistema di detenzione amministrativa⁷⁵ rivolto

alimentano paure quotidiane di cittadini indotti a considerare l'immigrazione come una sorta di flagello da cui difendersi solo con misure di ordine pubblico, invece che avere il coraggio di affermare come necessarie, e di cominciare a praticare, politiche di lungo periodo che mirino alle radici del problema».

⁷⁵ A seguito del recepimento della Direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri) ad opera della l. n. 129 del 2011 lo straniero in Italia poteva essere sottoposto ad un regime di detenzione amministrativa che poteva giungere fino ad un massimo di diciotto mesi. Con la l. n. 161 del 2014 – la c.d. Legge europea 2013-*bis* – entrata in vigore il 25 novembre 2014, il tempo massimo di permanenza nei CIE è stato ridotto a novanta giorni. Le modifiche introdotte all'art. 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998 stabiliscono infatti che oltre i primi trenta giorni il giudice su richiesta del questore può concedere una proroga di ulteriori trenta giorni «qualora l'accertamento dell'identità e della nazionalità ovvero l'acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà»; che trascorso tale termine il questore può chiedere al giudice di pace una o più proroghe «qualora siano emersi elementi concreti che consentano di ritenere probabile l'identificazione ovvero sia necessario al fine di organizzare le operazioni di rimpatrio»; che in ogni caso «il periodo massimo di trattenimento dello straniero all'interno dei centri di identificazione ed espulsione non può essere superiore a novanta giorni». L'altra importante novità riguarda gli stranieri ex detenuti. Sul punto il nuovo testo dell'art. 14, comma 5 del d.lgs. n. 286 del 1998 prevede che «nei confronti dello straniero a qualsiasi titolo detenuto, la direzione della struttura penitenziaria richiede al questore del luogo le informazioni sull'identità e nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche. Ai soli fini dell'identificazione, l'autorità giudiziaria, su richiesta del questore, dispone la traduzione del detenuto presso il più vicino posto di polizia per il tempo strettamente necessario al compimento di tali operazioni [...]». La norma sancisce chiaramente che le autorità competenti (istituti penitenziari, questure, ambasciate e consolati) devono raccordarsi durante l'esecuzione penale ai fini dell'identificazione del detenuto straniero per evitare che – nei casi in cui sia da allontanare a fine pena – egli debba essere ulteriormente ristretto nei CIE. La norma in esame, così come modificata dalla l. n. 161 del 2014, prevedeva inoltre: «lo straniero che sia già stato trattenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni [...] può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni». Tale disposizione è stata ulteriormente modificata in seguito all'emanazione del d.l. n. 13 del 2017 che all'art. 19, comma 2 lett. a) prolunga di quindici giorni il termine massimo di permanenza nei «nuovi» CPR degli stranieri che già erano stati trattenuti in una struttura carceraria. La nuova disposizione prevede infatti che «nei casi di particolare complessità delle procedure di identificazione e di organizzazione del rimpatrio» tali stranieri possono ora essere trattenuti, dopo gli iniziali trenta giorni, per un ulteriore

agli stranieri ha trovato le sue radici in un sistema di securitarizzazione⁷⁶ che in Italia ha risposto alla duplice logica del governo del rischio e dello stato d'emergenza⁷⁷.

La matrice della detenzione amministrativa degli stranieri è infatti rappresentata, da un lato, dal diritto di polizia e dalle misure di prevenzione contro le “persone pericolose” in esso contenute, dall'altro, dalle misure cautelari previste dal codice di procedura penale. Tali misure, che rivestivano un carattere di eccezionalità nel quadro del sistema penale italiano, una volta trasposte nell'impianto della disciplina sull'immigrazione hanno assunto un carattere ordinario, erodendo le garanzie poste dalla Costituzione a tutela dei diritti inviolabili della persona⁷⁸.

Non a caso si è parlato di nascita di un “diritto speciale” di carattere penal-poliziesco rivolto agli stranieri⁷⁹, un diritto in base al quale è appunto ormai perfettamente legittimo detenere migranti e richiedenti asilo, anche in assenza di imputazione, nel quadro di un mero procedimento amministrativo legato alla disciplina dell'immigrazione e solo sulla base dell'assunto che i soggetti di tali procedimenti siano categorie “pericolose”⁸⁰.

I centri di permanenza per i rimpatri (CPR), così denominati con d.l. n. 13 del 2017⁸¹, sono gli ex centri di identificazione ed espulsione (CIE),

periodo di quindici giorni, previa convalida della proroga da parte del giudice di pace. *Amplius*, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, P. GUALTIERI, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in questo volume.

⁷⁶ F. GUILD, *Security and Migration in the 21st Century*, Cambridge, 2009.

⁷⁷ Sul punto, per tutti, G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, *passim*.

⁷⁸ Sul punto, per una approfondita ricostruzione, v. ancora *ibidem*.

⁷⁹ A. CAPUTO, *Verso un diritto speciale per gli immigrati*, in *Quest. giust.*, 6/2000, 1178 ss.; *Id.*, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, *ivi*, 2/2004, 359 ss.; *Id.*, *Verso un diritto penale del nemico?*, *ivi*, 6/2006, 625 ss.; *Id.*, *Irregolari, criminali, nemici: note sul “diritto speciale” dei migranti*, in *Studi quest. crim.*, 2/2007, 45 ss.

⁸⁰ Ci troveremo di fronte ad un «diritto penale del nemico» (G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007, 11 ss.), altrimenti detto «sottosistema penale d'eccezione» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, 724 ss. e 844 ss.), ossia un diritto penale “differenziato”, in quanto caratterizzato, da un lato, da una forte contrazione delle garanzie sostanziali e processuali fondamentali, dall'altro, dal fatto di essere destinato a determinati “tipi” d'autore ritenuti presuntivamente pericolosi.

⁸¹ Il Governo ha inoltre previsto un ampliamento della rete di tali centri in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale stanziando, a tal fine, la somma di 13 milioni di euro. L'art. 19, comma 3 d.l. n. 13 del 2017 prevede che la dislocazione dei centri di nuova istituzione dovrà essere effettuata, «sentito il presidente della regione o della provincia autonoma interessata, privilegiando i siti e le aree esterne ai centri urbani che risultino più facilmente raggiungibili e nei quali siano presenti strutture

istituiti dal legislatore con la l. n. 40 del 1998, con l'obiettivo di offrire una soluzione adeguata al problema del flusso dei clandestini nel territorio dello Stato.

La loro finalità è quella di consentire l'identificazione del cittadino straniero irregolare, cioè privo del diritto di entrare o risiedere in Italia, e la materiale esecuzione dei provvedimenti di allontanamento attraverso l'accompagnamento alla frontiera mediante la forza pubblica. Si tratta in altri termini di strutture istituite per "ospitare" gli stranieri in attesa di rimpatrio, secondo il modello di espulsione elaborato in sede europea⁸².

Questi centri, tuttavia, hanno assunto nel tempo carattere punitivo⁸³. A conferma di ciò sta il fatto che tutti i rapporti pubblicati sull'argomento rilevano come essi abbiano in tutto e per tutto funzionato come una propaggine del sistema carcerario italiano. Tra le persone detenute, infatti, è assoluta la preponderanza di soggetti che hanno scontato una sanzione penale per un reato comune e che, una volta scarcerati, sono sottoposti ad un provvedimento di trattenimento in attesa della loro espulsione. Questa condizione è determinata dall'incapacità delle autorità italiane di accertare l'identità dello straniero durante il periodo di carcerazione con la conseguenza che si produce un indebito prolungamento del periodo di detenzione che questi subisce oltre il limite della condanna penale già scontata⁸⁴. La situazione è ulteriormente aggravata dal fatto che molti stranieri detenuti in uno di tali centri hanno spesso già subito numerosi periodi di detenzione, senza che il provvedimento di espulsione sia stato eseguito. I soggetti in questione, rispetto ai quali l'espulsione non appare concretamente eseguibile, finiscono per restare intrappolati in un circolo vizioso di continue detenzioni, tra carcere e centri di "detenzione

di proprietà pubblica che possano essere, anche mediante interventi di adeguamento o ristrutturazione, resi idonei allo scopo, tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona». Il Governo, dunque, nonostante l'esperienza del passato abbia mostrato in modo inequivocabile i limiti del sistema di esecuzione coattiva delle espulsioni basato sulla detenzione amministrativa, ha deciso di ampliare i centri deputati al trattenimento degli stranieri in attesa del rimpatrio, mentre al contrario nessuna risorsa è stata destinata ad incentivare il sistema dei rimpatri volontari ed assistiti, cui ha avuto sinora accesso un numero trascurabile di stranieri (in questo senso v. L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome*, cit.

⁸² Sul punto v. E. LANZA, *op. cit.*, 248.

⁸³ Sul punto v. A. DI MARTINO, *op. cit.*; nonché A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa*, cit., 431.

⁸⁴ *Medici Senza Frontiere, Missione Italia, Rapporto sui centri di permanenza temporanea ed assistenza*, in www.medicisenzafrontiere.it, gennaio 2004, 191 (ultimo accesso 12.04.2017).

amministrativa”, che appare assolutamente illegale dal punto di vista del diritto internazionale e comunitario esistente.

Gli ex centri di identificazione ed espulsione sono stati da sempre oggetto di profonde critiche perché ritenuti «strumenti di sostanziale detenzione degli stranieri senza le garanzie godute da ogni individuo nel momento della limitazione della libertà personale»⁸⁵. La privazione della libertà personale, infatti, è uno strumento caratteristico della giustizia penale estraneo al diritto amministrativo, il quale dovrebbe ricorrere a misure meno afflittive per realizzare i suoi obiettivi. L'abuso di poteri detentivi da parte degli Stati nel quadro della politica migratoria produce una sistematica limitazione dei diritti dei migranti e richiedenti asilo assoggettati a forme di detenzione, i quali godono di minori garanzie rispetto a quelle previste dal sistema di giustizia penale. In altri termini, si ha l'impressione che dietro l'etichetta della detenzione “amministrativa” si nasconda in realtà un arretramento delle garanzie penali in palese contrasto con quanto previsto dall'art. 7 CEDU nonché dall'art. 13 Cost.⁸⁶.

Da più parti si è poi evidenziato che la disciplina degli ex CIE desterebbe, inoltre, notevoli perplessità anche sotto il profilo del diritto al rispetto della dignità umana, che affonda le sue radici nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. nonché nell'art. 3 CEDU⁸⁷. Il principio

⁸⁵ E. LANZA, *op. cit.*, 252 ss. La natura detentiva del trattenimento è sostenuta dalla quasi unanimità della dottrina. Cfr., *ex pluribus*, E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo, accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulsione amministrativa tra libertà personale, libertà da prestazioni personali e libertà di circolazione*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin [et al.], Torino, 2001, 100-101; A. PUGIOTTO, “Ieri e oggi”: fermo di polizia e trattenimento dello straniero, *ivi*, 168; G.L. GATTA, *op. cit.*, 4; C. CORSI, *op. cit.*, 198.

⁸⁶ In questo senso D. PERUGIA, *op. cit.*; nonché A. DI MARTINO, *op. cit.*, il quale precisa che, come pacificamente accettato sia in dottrina sia nella giurisprudenza costituzionale, l'art. 13, secondo comma Cost., «non riguarda solo i cittadini ma chiunque si trovi sul territorio dello Stato italiano». V. anche A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *questo volume*.

⁸⁷ V. sent. Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, in *DeJure*, dove si ricorda che «a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [...] – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali». In diverse pronunce la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU a fronte di situazioni di carattere obiettivo in riferimento al trattenimento degli stranieri in appositi centri in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione. Tra tutte si veda Corte EDU, 26 novembre 2009, *Tabesh v. Greece*, ric. n. 8256/07 in cui la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 3 CEDU in ipotesi in cui il ricorrente trattenuto nel CIE non aveva potuto

de quo, «implicando una valutazione assiologica di stampo universalistico che coinvolge la “globalità” di ogni singolo uomo nel proprio intrinseco finalismo, si mostra per sua natura refrattario a qualsiasi tentativo di graduazione e risulta, pertanto, insuscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali»⁸⁸.

In proposito, preoccupanti sono i dati che emergono dai numerosi rapporti di enti ed organizzazioni nazionali e internazionali sulle condizioni di detenzione negli ex CIE italiani.

Nella maggior parte dei centri, infatti, gli edifici ricalcano le strutture degli istituti penitenziari: alte mura di cinta, filo spinato e sbarre di ferro vigilate da agenti armati e, all'interno, blocchi alloggiativi rigidamente isolati dal resto della struttura da inferriate e cancelli serrati.

Inoltre, la maggior parte delle strutture presenta infrastrutture inadeguate: alcuni trattenuti sono sistemati in alloggi provvisori e *container* inadatti al soggiorno prolungato; altri sono esposti a temperature elevate; altri ancora sono “ospitati” in condizioni di estremo affollamento.

Una delle criticità più evidenti, poi, come denunciato ne *Il rapporto di Medici senza frontiere sui centri per migranti: CIE, CARA e CDA (2010)*, è che «nei CIE convivono persone con *status* giuridici differenti e negli stessi ambienti si trovano vittime di tratta, di sfruttamento, di tortura, di persecuzioni, così come individui in fuga da conflitti e condizioni degradanti, altri affetti da tossicodipendenze, da patologie croniche, infettive o della sfera mentale, oppure stranieri che vantano anni di soggiorno in Italia, con un lavoro (non regolare), una casa e la famiglia o sono appena arrivati. Sono luoghi dove coesistono e s'intrecciano in condizioni di detenzione storie di fragilità estremamente eterogenee tra loro da un punto di vista sanitario, giuridico, sociale e umano, a cui corrispondono esigenze molto diversificate»⁸⁹. Risulta molto complesso realizzare interventi di assistenza, sostegno e protezione in qualsiasi ambito, determinando un elevato malessere all'interno dei centri. Ne sono la riprova le testimonianze dei

camminare e svolgere l'attività fisica necessaria al mantenimento della propria salute perché le strutture del centro non lo consentivano, e in più aveva a disposizione poco più di cinque euro al giorno per acquistare il cibo di cui nutrirsi. *Amplius S. DIFRANCESCO, La detenzione dello straniero irregolare tra disciplina sovranazionale e giurisprudenza europea, in questo volume.*

⁸⁸ Così A. GABOARDI, *Difesa legittima e «C.I.E.»*. *La vulnerabilità giuridica di una detenzione «fuori legge»*, in *Penalecontemporaneo.it*, 10 Ottobre 2013, 5. In senso conforme, v. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2010, 38 ss.

⁸⁹ *Rapporto di Medici Senza Frontiere, Missione Italia, Al di là del muro. Viaggio nei centri per migranti in Italia*, in *www.medicisenzafrotiere.it*, gennaio 2010, 7 (ultimo accesso 12.04.2017).

trattenuti e le numerose lesioni che si procurano, il frequente ricorso alle strutture sanitarie e ai sedativi, i numerosi segni di rivolte, incendi dolosi e vandalismi e le notizie di cronaca di suicidi, tentati suicidi e continue sommosse⁹⁰. Una tensione che non appare semplicemente legata alla condizione di detenzione ai fini del rimpatrio, ma anche al senso di ingiustizia vissuto dai trattenuti nel subire una limitazione della libertà personale pur non avendo necessariamente commesso reati, e di essere detenuti in luoghi, inoltre, incapaci per loro natura di trattare adeguatamente bisogni fondamentali come salute, orientamento legale, assistenza sociale e psicologica⁹¹.

Per quel che concerne nello specifico la tutela del diritto alla salute, va evidenziato che l'assistenza sanitaria all'interno di tali centri non viene fornita dal Servizio sanitario nazionale, ma dall'ente gestore del centro al quale tramite una gara d'appalto pubblica sono affidati il complesso dei servizi necessari all'interno dello stesso. L'ente gestore provvede a garantire unicamente un'assistenza sanitaria di primo livello, mentre per gli accertamenti diagnostici e le cure specialistiche l'autorità di pubblica sicurezza provvede ad accompagnare il paziente presso la ASL o la struttura sanitaria competente. L'accesso all'assistenza sanitaria viene in questo modo costantemente ostacolato dalle difficoltà di invio dei pazienti verso centri esterni. Tali ostacoli risultano strettamente correlati alla caratteristica di "struttura chiusa al mondo esterno" del CPR. Il personale della ASL non ha infatti, in nessun modo, accesso allo stesso e per l'invio di un paziente presso centri esterni è sempre necessaria la disponibilità di una scorta per l'accompagnamento⁹². Difficile risulta poi il collegamento con gli istituti penitenziari, con la conseguenza per cui molto spesso i pazienti

⁹⁰ Tra gli ultimi casi di cronaca, occorre segnalare: la protesta presso l'ex CIE di Gradisca d'Isonzo nei giorni 17-18 agosto 2013; quella presso il CIE di Ponte Galeria a Roma (ove, a partire dal 21 dicembre 2013 alcuni detenuti di nazionalità marocchina, il cui numero vedeva incrementata la propria portata, si sono cuciti le labbra utilizzando un ago ricavato da un accendino ed un filo recuperato da una coperta); la rivolta presso l'ex CIE di Torino nei giorni 21-22 luglio 2013; quella presso l'ex CIE di Modena del 7 aprile 2013. Il centro calabrese (Crotone Sant'Anna) è stato chiuso nell'agosto 2013 a causa delle devastazioni provocate da una rivolta dei trattenuti. Analoga sorte hanno avuto anche gli ex CIE di Modena e Bologna, nonché, prima ancora, quelli di Brindisi e Catanzaro. Quanto al fenomeno delle rivolte degli stranieri trattenuti in tali centri, cfr. anche Trib. Crotone, 12 dicembre 2012, n. 1410, Aarrassi e altri, in *Penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013, con nota di A. GABOARDI, *op. cit.*, 5, relativamente alla rivolta nell'ex CIE di S. Anna di Isola di Capo Rizzuto; Trib. Milano, 26 settembre 2012, n. 8408, J. e altri, in *Corr. mer.*, 2013, 517 ss., in riferimento alla rivolta nel CIE di via Corelli a Milano.

⁹¹ *Rapporto di Medici Senza Frontiere, Missione Italia, Al di là del muro*, cit., 8 ss.

⁹² Cfr. il *Rapporto di Medici per i diritti umani (MEDU), Una storia sbagliata. Rapporto sul centro di identificazione ed espulsione di Ponte Galeria*, in *www.mediciperidirittiumani.org*, novembre 2010, 6 (ultimo accesso 12.04.2017).

provenienti dal carcere arrivano al centro senza una cartella clinica e risulta spesso difficoltoso ottenerne l'invio. Le condizioni sanitarie, inoltre, possono variare di molto da centro a centro essendo connesse alla qualità del servizio offerto dall'ente gestore.

Da anni ormai si evidenzia la necessità di sottrarre gli ex centri di identificazione ed espulsione dalla condizione di "extraterritorialità sanitaria" in cui versano⁹³.

Un ulteriore profilo di irragionevolezza sembra inoltre emergere dal fatto che mentre lo straniero irregolare detenuto in carcere ha la possibilità di accedere al Servizio sanitario nazionale⁹⁴, lo stesso straniero irregolare, trattenuto all'interno dell'ex CIE e che perciò non sta scontando una pena per un reato commesso, è tenuto ad avvalersi, normalmente, delle prestazioni fornite dall'ente gestore, mentre l'accesso alle cure fornite dalle ASL è subordinato alla presenza di determinate condizioni⁹⁵.

Non è mancato chi ha evidenziato che un ripensamento del sistema così delineato sembrerebbe doveroso: una profonda operazione di civilizzazione delle modalità di trattenimento del migrante appare oggi più che mai necessaria⁹⁶ ed in ambito sanitario ciò dovrebbe tradursi nell'equiparazione delle condizioni di accesso alle cure all'interno dei centri alla disciplina che caratterizza altri istituti di privazione della libertà personale⁹⁷.

La mancata equiparazione nell'accesso alle cure degli stranieri detenuti in carcere e di quelli trattenuti nei centri di permanenza per i rimpatri determinerebbe infatti una irragionevole disparità di trattamento dalla quale potrebbero derivare profili di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

⁹³ Così il *Rapporto di Medici per i diritti umani (MEDU), Le sbarre più alte. Rapporto sul centro di identificazione ed espulsione di Ponte Galeria a Roma*, in www.mediciperidirittiumani.org, maggio 2012, 18 (ultimo accesso 12.04.2017).

⁹⁴ Il d.lgs. n. 230 del 1999 disciplina l'assistenza sanitaria per gli stranieri detenuti. L'art. 1 di tale decreto prevede che «gli stranieri limitatamente al periodo in cui sono detenuti o internati negli istituti penitenziari, sono iscritti al servizio sanitario nazionale. Tali soggetti hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai cittadini liberi, a prescindere dal regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia». Viene precisato, inoltre, che «i detenuti e gli internati sono esclusi dal sistema di compartecipazione alla spesa delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale».

⁹⁵ In questo senso A. ROMANO, *op. cit.*, 90.

⁹⁶ Sebbene infatti l'art. 19, comma 3 d.l. n. 13/2017 preveda espressamente l'adozione di iniziative volte a garantire l'ampliamento della rete dei centri «tenendo conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona» sarà necessario verificare, in un immediato futuro, che tali prescrizioni non restino, allo stato dei fatti, lettera morta.

⁹⁷ A. ROMANO, *op. cit.*, 91.

5.1. *La responsabilità penale per omissione del gestore del CPR*

Posto che le condizioni degli ex centri di identificazione ed espulsione non sempre risultano conformi a sia pur minimi *standard* di sicurezza e/o di “dignità”, si tratta di verificare se sia astrattamente ipotizzabile una responsabilità penale ai sensi dell’art. 40, secondo comma c.p., nei confronti dei soggetti cui, a seguito di appalto pubblico⁹⁸, viene affidata la gestione dei centri di trattenimento per stranieri.

Il Ministero dell’Interno con decreto del 20 ottobre 2014 ha approvato il regolamento recante «criteri per l’organizzazione e la gestione dei centri di identificazione ed espulsione»⁹⁹. Il regolamento in questione dispone, all’art. 4, secondo comma, lett. *i*), rubricato «Servizi all’interno del centro», che l’ente gestore «verifica costantemente il buon funzionamento del Centro, con l’obbligo di segnalare immediatamente alla Prefettura i guasti e/o i danni arrecati alla struttura e agli oggetti».

Dalla norma in esame potrebbe pertanto desumersi che il gestore sia il soggetto responsabile della sicurezza e dell’incolumità di tutti coloro che hanno accesso, per le più svariate ragioni, al centro. Lo stesso sarebbe infatti tenuto a predisporre ogni più ampia e idonea misura di cautela ovvero tutto quanto si renda necessario ad impedire il pregiudizio dell’integrità fisica di chi abbia accesso, a qualunque titolo, al CPR.

In considerazione di ciò sul gestore sembrerebbe gravare un obbligo giuridico di impedire che, nel centro, si verificino eventi dannosi. Lo stesso risulterebbe pertanto titolare di una posizione di garanzia, ai sensi dell’art. 40, secondo comma c.p. ed in particolare di una posizione di protezione¹⁰⁰, con la conseguenza per cui potrebbe profilarsi una responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento nell’ipotesi in cui il gestore non abbia osservato l’obbligo di protezione posto a suo carico, obbligo che potrà dirsi rispettato solo quando siano osservate tutte le norme che regolano l’attività

⁹⁸ Cfr., a tal proposito, il decreto del Ministro dell’Interno del 21 novembre 2008, recante lo schema di capitolato di appalto per la gestione dei centri di primo soccorso ed accoglienza, dei centri di accoglienza, dei centri di accoglienza per richiedenti asilo e degli ex centri di identificazione ed espulsione.

⁹⁹ D.m. n. 12700 del 2014 del Ministero dell’Interno.

¹⁰⁰ Sulla “tradizionale” dicotomia tra posizione di protezione e posizione di controllo, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 646 ss. Si rinvia inoltre alla recente indagine di L. BRIZI, *La responsabilità penale del sindaco di un ente locale per omesso impedimento dell’evento morte tra “cortocircuiti” normativi ed ossimori valutativi*, in *Giurisprudenzapenale.com*, 27 luglio 2016, per tutte le necessarie indicazioni bibliografiche.

di gestione del centro.

Più problematica si prospetta invece la questione relativa ad una eventuale responsabilità per omesso impedimento di un reato altrui¹⁰¹. A tal proposito l'art. 11 del regolamento sopra citato espressamente prevede che il questore individua tra gli ufficiali di polizia giudiziaria della Polizia di Stato il responsabile del dispositivo di vigilanza cui è affidato il compito di impedire l'allontanamento indebito da parte degli stranieri nonché di intervenire al fine di gestire tutte le situazioni di turbativa della pacifica convivenza degli stranieri. La norma in questione, inoltre, espressamente prevede che il responsabile verifica che siano attuati i controlli delle persone e/o dei materiali in accesso al centro. Lo stesso è tenuto a disporre poi periodiche attività di bonifica al fine di impedire l'introduzione e la disponibilità da parte degli stranieri di strumenti od oggetti pericolosi per l'incolumità loro e del personale operante nel centro. Il responsabile è tenuto infine a svolgere un'opera di sensibilizzazione affinché il personale preposto non raccolga eventuali provocazioni poste in essere dagli stranieri.

Anche sul responsabile del dispositivo di vigilanza sembrerebbe dunque gravare, al pari di quanto accade per il gestore del centro, l'obbligo di assicurare l'ordine e la sicurezza all'interno del CPR al fine di evitare che si verifichino eventi dannosi (*rectius* reati) tanto nei confronti degli stranieri quanto del personale operante nella struttura. La posizione di controllo in capo al gestore del centro e al responsabile del dispositivo di vigilanza deriverebbe proprio dalla particolare posizione (di signoria) in cui detti soggetti si trovano nei confronti di una fonte di pericolo perché forniti di particolari poteri di intervento e di inibizione rispetto ad essa. Solo essi, in qualità di garanti, e non il *quisque de populo*, sarebbero in grado di dominare il processo causale che *ab origine* determina il pericolo della lesione, il secondo potendo solo evitare che detta situazione di pericolo evolva nella effettiva lesione del bene¹⁰². In altri termini, la possibilità concreta di impedire l'evento si salda, nel caso di specie, ad un potere di effettiva e diretta signoria sui fattori causali dell'evento medesimo ed in virtù di essa

¹⁰¹ Per un generale inquadramento della categoria L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione nel reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 376 ss.; L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/1997, 1339; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 140 ss.; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 469 ss.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, *passim*.

¹⁰² Cfr. L. BISORI, *op. cit.*, 1365.

si connoterebbe una posizione di garanzia.

Il rischio insito nella ricostruzione prospettata è sicuramente quello di sconfinare in forme più o meno surrettizie di responsabilità c.d. da posizione.

Il problema della individuazione degli obblighi di garanzia, ossia della necessaria selezione insieme agli obblighi di attivarsi, degli obblighi che, in virtù del particolare significato di disvalore, possono fondare l'applicazione dell'art. 40, cpv. c.p. al concorso di persone nel reato, si presenta, come già precisato, particolarmente delicato nella materia della compartecipazione criminosa, attesa la frequente previsione degli obblighi di osservanza sull'altrui condotta, che si specificano in attività generalmente finalizzate alla tutela di beni giuridici¹⁰³. Non si può d'altra parte tacere la *vis expansiva* che tale figura di qualificazione ha subito nella prassi giurisprudenziale, «nella quale si assiste molte volte alla sottoposizione a pena di comportamenti non impeditivi, sebbene leciti, sul presupposto della violazione di obblighi di attivarsi che, nella realtà, non costituiscono, per gli obbligati, posizioni di garanzia penalmente rilevanti»¹⁰⁴.

Problemi peculiari si pongono poi anche in relazione al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma Cost. Delineare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'altrui reato sulla base di un generico obbligo di vigilanza, significa infatti prospettare un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui, «atteso che, in assenza di una pregressa posizione di garanzia, la valorizzazione in chiave concorsuale dell'omessa vigilanza si risolve nel far rispondere un determinato soggetto semplicemente per il comportamento delittuoso di altra persona, pienamente capace di condursi e perciò autorevole»¹⁰⁵.

I rischi poc'anzi prospettati potrebbe essere arginati valorizzando la concreta possibilità del soggetto di intervenire nel singolo caso. Affinché possa profilarsi, dunque, nei confronti del gestore del centro o del responsabile della vigilanza una responsabilità per omesso impedimento di un reato altrui oltre ad un obbligo giuridico, positivamente imposto da una norma, di attivarsi per impedire la commissione di un reato è necessario altresì che egli sia dotato di effettivi poteri giuridici di interferenza così da poter

¹⁰³ Così N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri di impedimento*, Milano, 2003, 60.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Sul punto v. anche R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1994, 198; nonché T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 2/1999, 535.

¹⁰⁵ N. PISANI, *op. cit.*, 61. V. anche G. INSOLERA, *Nozione individuale e collettiva della responsabilità penale*, in *Ind. pen.*, 2/1996, 261 ss.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 206.

effettivamente incidere, nel caso concreto, sulla condotta del reo al fine di evitare la commissione del reato.

6. *L'inespellibilità dello straniero bisognoso di cure*

Un ulteriore profilo di interesse, in relazione all'interazione tra sicurezza e tutela del diritto alla salute, riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di inespellibilità dello straniero bisognoso di cure¹⁰⁶.

Si è trattato di chiarire se l'assenza nel testo unico dell'immigrazione di un limite all'espulsione per assicurare le cure indifferibili nei confronti dello straniero fosse contraria agli artt. 32, 3 e 2 Cost.¹⁰⁷. Nel risolvere la questione il Giudice costituzionale afferma che anche allo straniero non in regola con il soggiorno spetta un nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona¹⁰⁸.

La Corte, tuttavia, non prende una decisione univoca con riferimento all'espulsione limitandosi a stabilire, dopo aver rigettato la questione di costituzionalità sollevata, che occorre attenersi ad una valutazione caso per caso¹⁰⁹. La decisione sulla necessità di fornire una determinata prestazione sanitaria e dunque rinviare le cure è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice e del medico.

Sul punto è peraltro intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità, chiarendo che sono coperti dalla garanzia della temporanea inespellibilità solo i soggetti che necessitino di interventi successivi alla rimozione chirurgica della patologia od alla somministrazione immediata di farmaci

¹⁰⁶ Per l'analoga questione nel contesto sovranazionale S. DIFRANCESCO, *op. cit.*

¹⁰⁷ Corte cost., 5-17 luglio 2001, n. 252. Su questa pronuncia si vedano i commenti di A. ALGOSTINO, *op. cit.*, 909 ss.; E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in *Cittadinanza, corti e salute*, a cura di R. Balduzzi, Padova, 2007, 157 ss.; T. CHECCOLI, *La tutela del diritto alla salute degli immigrati nella giurisprudenza della Corte costituzionale ed il concetto di nucleo irriducibile del diritto*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, a cura di C. Calvieri, Torino, 2006, 307 ss.

¹⁰⁸ A. ROMANO, *op. cit.*, 91.

¹⁰⁹ La Corte costituzionale giunge peraltro ad una soluzione analoga a quella raggiunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anch'essa favorevole ad una valutazione da effettuarsi caso per caso. La Corte europea in numerose sentenze ha infatti chiarito che occorre valutare nel caso specifico se la gravità della salute dello straniero sia meritevole di rappresentare effettivamente un limite all'espulsione. In proposito v. Corte EDU, 2 maggio 1997, *D. v. the United Kingdom*, ric. n. 30240/96 e Corte EDU, 27 febbraio 2014, *S./J. v. Belgium*, ric. n. 70055/10. Inoltre la possibilità di rinviare il rimpatrio per motivi di salute è ora espressamente prevista dall'art. 9, comma 2, lett. a) Direttiva 08/115/CE.

essenziali per la vita, indispensabili al completamento dei primi o al conseguimento della loro efficacia, mentre restano al contrario esclusi quei trattamenti di mantenimento o di controllo che, se pur indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente¹¹⁰. Non si tratterebbe, dunque, di escludere dall'area degli obblighi costituzionali dello Stato, nel campo della salute, quelle prestazioni o controlli necessari ma destinati, al fine di assicurare effetti *quoad vitam*, all'indeterminata reiterazione, rendendosi necessario distinguere tra interventi indifferibili, anche se di consistenza temporale non irrilevante, che rendono inespellibile lo straniero irregolare che di essi necessita ed interventi sanitari di cui qualunque straniero può fruire in Italia ove chieda ed ottenga, previa valutazione dell'Autorità amministrativa, il previsto permesso di soggiorno per cure mediche di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998.

Pertanto di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare il profilo dell'urgenza e della indifferibilità delle cure e «qualora risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente in ordine alla tutela del suo diritto costituzionale alla salute, si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio a tale diritto»¹¹¹.

7. Considerazioni conclusive

Il tema del diritto alla salute degli stranieri offre un interessante spunto di riflessione non solo per la complessità insita nella ricerca del difficile equilibrio tra diritto alla cura ed esigenze di sicurezza, «ma anche in ragione dell'indubbia rappresentatività del fenomeno migratorio quale particolare manifestazione del più generale processo di globalizzazione in atto e la

¹¹⁰ Cass., Sez. I civ., 24 gennaio 2008, n. 1531, in *DeJure*.

¹¹¹ M. DE MASI, *op. cit.*, 144. Sul punto vedi anche A. ROMANO, *op. cit.*, 92 il quale sottolinea che «se è apprezzabile il riconoscimento della capacità di un diritto fondamentale a superare le istanze dello Stato legate alla sicurezza, non può essere sottovalutato l'ampio margine di discrezionalità lasciato in capo al personale medico e al giudice» ed è proprio la successiva giurisprudenza di legittimità a dimostrare con evidenza i rischi di questa indeterminatezza avendo dato luogo a pronunce oscillanti. Per un'analisi della giurisprudenza di legittimità v. anche A. CIERVO, *op. cit.*, 145-146.

conseguente significatività delle relative scelte di disciplina quale luogo normativo di convergenza di componenti molteplici ed eterogenee»¹¹².

Le preoccupazioni securitarie degli Stati, gli obblighi che scaturiscono dalla normativa dell'Unione europea, nonché i vincoli derivanti più in generale dal sistema di tutela internazionale, impongono infatti al legislatore la ricerca di soluzioni normative in grado di assicurare il necessario equilibrio tra logiche e dinamiche profondamente diverse.

Gli interventi normativi in materia rivelano tuttavia la netta prevalenza di preoccupazioni securitarie e proprio la tutela del diritto alla salute degli stranieri rappresenta in proposito una cartina di tornasole particolarmente emblematica. L'impressione, in effetti, è quella per cui quanto maggiori appaiono le esigenze di sicurezza dello Stato nei confronti di una determinata "categoria di stranieri" tanto minore è l'ampiezza del "diritto alla cura" loro riservato. Si passa infatti da una piena equiparazione con i cittadini, nel caso degli stranieri regolari, ad una disparità di trattamento che diviene sempre maggiore se si considerano le precarie condizioni di salute in cui versano gli stranieri irregolari detenuti nei centri di permanenza per i rimpatri.

Da ciò si ricava che le preoccupazioni securitarie sembrerebbero aver in vario modo impedito la ricerca di quella necessaria mediazione tra legittime esigenze di controllo del territorio e di difesa della collettività, da un lato, e le ineliminabili garanzie della persona dall'altro, dando vita, di contro, ad una normativa più o meno scopertamente in tensione con i principi fondamentali fatti propri da tutti gli ordinamenti moderni e che solo una lettura costituzionalmente orientata è stata in grado talvolta di correggere.

La naturale complessità della gestione di massicci flussi migratori interessanti soggetti portatori di culture profondamente diverse, lungi dallo stimolare la consapevolezza della necessità di un governo politico delle molteplici conseguenze del fenomeno migratorio, ha ricevuto quale risposta pressoché esclusiva «l'asservimento (e la strumentalizzazione) di tali delicate questioni alle esigenze della raccolta del consenso elettorale, con un uso disinvolto del discorso sulla sicurezza teso a cavalcare l'istintivo sentimento di insicurezza che scaturisce dalla convivenza con lo straniero in quanto 'diverso' o 'sconosciuto' e pertanto [...] percepito come fonte di rischio»¹¹³.

¹¹² R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1425.

¹¹³ Ivi, 1444 la quale evidenzia come questa sia una reazione «tanto più 'naturale' (ma anche irrazionale) laddove si consideri come il fenomeno migratorio [...] si inserisca attualmente in un più generale contesto di insicurezza collettiva, ingenerata in verità da fattori molteplici ed eterogenei, principalmente riconducibili all'affermazione della società del rischio, cui

In Italia una domanda drogata di sicurezza, enfatizzata dalla stampa e dalla televisione¹¹⁴, ha accentuato le vocazioni repressive della politica penale, assecondando così la facile tentazione di fare appello al presunto effetto di deterrenza e di intimidazione del soggetto migrante quale primario strumento di contenimento dei flussi¹¹⁵.

La più generale disciplina dell'immigrazione irregolare nel nostro ordinamento¹¹⁶ mostra in modo emblematico i sintomi di un passaggio dal

si aggiungono situazioni che invero più che incidere su un effettivo aumento dell'insicurezza, incidono sulla percezione che della stessa ha la collettività, quali il degrado urbano, l'erosione dello Stato sociale, la *street criminality*». Pervengono alle medesime conclusioni anche A. CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. giust.*, 6/2007, 1098 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 10/2008, 3558 ss.; F. PALAZZO, *Sicurezza urbana e immigrazione: illusioni e realtà della repressione penale*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2004, 24 ss.; M. PELISSERO, *Logiche di esclusione ed inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 4/2007, 684 ss.; M. PIERDONATI, *Logica della sicurezza e diritto penale*, in *Immigrazione e integrazione*, I, cit., 493 ss.; M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008.

¹¹⁴ V. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2008, 1077 ss. il quale precisa che «la politica, lungi dal frapporre un filtro, ha di contro scelto di cavalcare le ondate di panico securitario con risposte semplificatrici e perentorie, ispirate ad un approccio quasi pubblicitario che insegue l'obiettivo della persuasione più che la razionalità del discorso, spesso anche attraverso un uso strumentale – o sarebbe meglio dire un irresponsabile abuso – dei mezzi di comunicazione».

¹¹⁵ R. SICURELLA, *op. cit.*, 1445. L'A. sottolinea che tale effetto di deterrenza e intimidazione sia «tutt'altro che scontato laddove si consideri la carente condizionabilità rispetto alla minaccia della pena del soggetto immigrato disposto a sacrificare financo il bene primario della vita». Sul punto cfr. anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, 2007, 376 secondo cui c'è «un principio teorico elementare, suffragato dall'esperienza, in tema di capacità di prevenzione del diritto penale. L'effetto deterrente delle pene e dei loro inasprimenti è direttamente proporzionale al grado di esigibilità dell'osservanza delle norme violate: massimo per reati come l'omicidio, le violenze alle persone, la corruzione e i delitti del potere, esso è nullo per la maggior parte dei reati contro il patrimonio, soprattutto se legati all'indigenza, alla tossicodipendenza o all'emarginazione. *Ad impossibilia nemo tenetur* [...]: quanto più la devianza è necessitata tanto meno è prevenibile con le pene. Per questo l'efficacia deterrente del diritto penale, mentre è massima nei confronti della criminalità niente affatto necessitata dei colletti bianchi, è pressoché nulla nei confronti della criminalità di sussistenza. Tanto quanto è originata dalla miseria, dall'insicurezza delle condizioni di vita o peggio dalla tossicodipendenza, questo tipo di delinquenza non è seriamente prevenibile con le pene, che per quanto severe hanno un valore poco più che simbolico».

¹¹⁶ Sul punto v. A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2000, 51 ss.; nonché M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 1/2009, 101 ss. Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione legislativa della tutela penale dell'immigrazione v. M. GAMBARDELLA, voce *Immigrazione*

modello dello Stato di diritto al modello dello Stato di prevenzione¹¹⁷: un passaggio che più o meno esplicitamente trova il suo teorico fondamento in un'essenziale inversione logica, laddove la sicurezza, tradizionalmente considerata condizione necessaria al godimento dei diritti individuali (e pertanto quale bene strumentale la cui tutela incontra inevitabilmente il limite del rispetto dei diritti stessi), viene elevata al rango di diritto fondamentale: il c.d. «diritto alla sicurezza». Tale diritto, nel suo bilanciamento con i beni protetti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, potrebbe diventare, specie nelle fasi di più acuta emergenza, lo strumento per una generalizzata flessibilizzazione dei diritti fondamentali di individui e gruppi e del sistema delle garanzie introdotto dal costituzionalismo contemporaneo¹¹⁸.

Ad accentuare l'inevitabile indebolimento del modello funzionale garantistico dell'intervento penale che da tale approccio discende si aggiunge, peraltro, proprio nel settore della disciplina migratoria, l'evidente divaricazione discriminatoria che connota l'intervento del legislatore penale italiano. Questa divaricazione, invero patologica, è stata spesso ricondotta al paradigma del «diritto penale del nemico»¹¹⁹.

Ovviamente la risposta penale si rivela in certi casi necessaria e irrinunciabile, ma è illusorio affidare ad essa, anziché a politiche sociali dirette a ridurre le cause della devianza, la prevenzione dei reati che attentano alla sicurezza individuale.

Ha scritto Luigi Ferrajoli che «si rivela di nuovo, sul terreno del diritto penale, la complementarità e la convergenza [...] tra garantismo liberale e garantismo sociale; tra garanzie dei diritti di immunità [...] e garanzie dei diritti sociali; tra sicurezza penale e sicurezza sociale»¹²⁰. È l'assenza di

(*diritto penale*), in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 2895 ss.

¹¹⁷ Cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in *Quest. giust.*, 2/2011, 24.

¹¹⁸ In proposito v. R. SICURELLA, *op. cit.*, 1446; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2009, 552-556; A. CAPUTO, *Verso un diritto penale del nemico?*, *cit.*, 631-632; nonché L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, 372 secondo cui negli ultimi anni si è assistito ad un mutamento «nel senso comune del significato stesso della parola «sicurezza»: che non vuole più dire, nel lessico politico, «sicurezza sociale», cioè garanzia dei diritti sociali e perciò sicurezza del lavoro, della salute, della previdenza e della sopravvivenza, né tanto meno sicurezza delle libertà individuali contro gli arbitri polizieschi, bensì soltanto «pubblica sicurezza», declinata nelle forme dell'ordine pubblico di polizia e degli inasprimenti punitivi anziché in quelle dello stato di diritto, sia liberale che sociale».

¹¹⁹ Il riferimento è alla nota teorizzazione di Jakobs (G. JAKOBS, *op. cit.*). Una lettura di segno critico è offerta da M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2/2006, 754. Per un'approfondita analisi critica della teorizzazione di Jakobs, v. altresì F. RESTA, *Colpevoli, nemici e non persone. Figure e paradigmi del «diritto penale del nemico»*, in *Ind. pen.*, 1/2006, 181 ss.

¹²⁰ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, *cit.*, 377.

garanzie sociali dell'occupazione e della sussistenza la causa principale di quella che è stata efficacemente definita "delinquenza di sussistenza". «Per questo la prevenzione di questo tipo di delinquenza richiede politiche sociali ben più che politiche penali: politiche di inclusione, ben più che politiche di esclusione. Richiede, precisamente, che si sviluppino effettive garanzie del lavoro, dell'istruzione, della previdenza e, più in generale, una politica volta a distruggere quelli che Marx chiamò "gli antisociali luoghi di nascita del delitto" e ad assicurare "a ciascuno lo spazio sociale per la estrinsecazione sociale della sua vita". Una politica sociale capace di bonificare quegli "antisociali luoghi di nascita del delitto" è anche la politica penale più efficace in materia di sicurezza»¹²¹.

¹²¹ *Ibidem.*