

Migrazioni e diritti. La difficile ricerca di una “valle incantata”

Virginia Zambrano, Luigi Ferraro*

MIGRATION AND RIGHTS. THE DIFFICULT SEARCH FOR AN ‘ENCHANTED VALLEY’

ABSTRACT: The article takes its inspiration from the tragic events of Cutro and Pylos in Greece and it is aimed to highlight the dramatic nature of the immigration crisis. As it is widely known, the migration phenomenon mainly develops along the central Mediterranean and the Balkans route, and it has undoubtedly made worst by the war in Ukraine. The analysis of the European and domestic legal framework, which justifies the *summa divisio* between refugees and ‘mere’ migrants, is conducted in order to emphasise the existence of a legal migrants’ *status* very often at odd with the security demands of each single state. Furthermore, the control of the migratory phenomenon is worsened by the stratification of a plurality of legislative approaches which have favoured, on several occasions, the development of a disorganised discipline, resulting in interpretational and enforcement difficulties. Not infrequently, the issue of balancing conflicting interests takes on dramatic tones. This is the case with the immigrant’s right to health, constantly challenged by the limits arising from the public finance, due to the costs for implementing the so called “social rights”.

KEYWORDS: Migrants; rights; health; security; balancing of interests

ABSTRACT: Alla luce dei tragici fatti di cronaca di Cutro e di Pylos in Grecia, il contributo sottolinea la drammaticità del fenomeno migratorio che si snoda lungo la rotta del Mediterraneo centrale, cui si aggiungono le conseguenze dell’evento bellico in Ucraina che ovviamente aggravano il problema. Dopo aver brevemente illustrato il quadro normativo europeo ed interno che giustifica la *summa divisio* tra rifugiati e “semplici” migranti, si evidenzia l’esistenza di uno statuto giuridico a favore dei migranti che si contrappone, a volte in modo conflittuale, con le esigenze securitarie degli Stati, il che impone la necessità di individuare la problematica ponderazione tra interessi contrapposti. In particolare, con riferimento al diritto alla salute nei termini del bilanciamento vi rientrano anche le esigenze della finanza pubblica in ragione dell’onerosità dei diritti sociali. Tale materia, peraltro, si caratterizza pure per la stratificazione di una pluralità di indirizzi legislativi che si sono susseguiti nel corso degli anni, favorendo, in non poche

* Virginia Zambrano: Prof. Ordinario di Diritto privato comparato presso l’Università di Salerno. Mail: vzambrano@unisa.it. Luigi Ferraro: Prof. Associato di Diritto pubblico comparato presso l’Università della Campania Luigi Vanvitelli. Mail: luigi.ferraro@unicampania.it. Il presente contributo è il frutto di un dialogo e di una riflessione condivisa tra i due Autori, purtroppo, Virginia Zambrano ha redatto i parr. 1 e 2, mentre Luigi Ferraro i parr. 3 e 4. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

occasioni, una disorganica disciplina del fenomeno migratorio, con le conseguenti difficoltà di interpretazione e applicazione della normativa.

PAROLE CHIAVE: Migranti; diritti; salute; sicurezza; bilanciamento

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. I diritti dei migranti (segue...) – 3. (...) in particolare, il diritto alla salute – 4. La detenzione amministrativa e le libertà dei migranti.

1. Introduzione

«C'è paura ad accogliere, paura dell'altro che entra nel mio mondo e lo cambia. [...]. Addirittura l'accoglienza può sembrare l'accettazione passiva di un'invasione nel nostro mondo: aprire ingenuamente la porta a chi vuole distruggere la *civitas*»¹. È questa una citazione di Andrea Riccardi, noto studioso, ma soprattutto fondatore della Comunità di Sant'Egidio, il quale evidenzia bene il sentimento di paura che pervade tante persone di fronte al fenomeno migratorio, in particolare il timore di vedere sopraffatta la nostra civiltà.

L'evento bellico seguito all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia ha ulteriormente aggravato il problema migratorio in Europa. Secondo i dati ufficiali si sono registrati 4,2 milioni di rifugiati provenienti dal Paese aggredito verso gli Stati dell'UE², *in primis* la Polonia, poi la Germania e la Repubblica Ceca, con numeri ben superiori, ad esempio, ai rifugiati delle guerre negli anni Novanta nella ex-Jugoslavia³. Per fare fronte a questo grave evento l'Unione Europea ha fatto ricorso alla direttiva sulla protezione temporanea⁴, che prevede per il rifugiato la possibilità di un permesso di soggiorno, di accedere al mercato del lavoro e all'alloggio, oltre all'assistenza medica e all'accesso all'istruzione per i minori⁵.

Tale nuova e drammatica situazione si è inserita in un contesto migratorio europeo già grave, in cui la rotta del Mediterraneo centrale è quella maggiormente utilizzata⁶, con un elevato numero di migranti che sono morti nel *Mare Nostrum*⁷, come hanno nuovamente dimostrato, di recente, le stragi di Cutro

¹ Cfr. L. CARACCILO, A. RICCARDI, *Accogliere*, Segrate, 2023, 14, 16.

² Tale dato è in <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-migration-policy/refugee-inflow-from-ukraine/> (ultima consultazione, 05/12/2023).

³ Per queste ulteriori informazioni v. FONDAZIONE MIGRANTES (organismo pastorale della CEI), *Il diritto d'asilo – Report 2022*, Todi, 2022, 123, dove si precisa che a cavallo tra i mesi di ottobre e novembre 2022 la Polonia ha accolto più di 1.400.000 rifugiati dal Paese ucraino e più di un 1.000.000 si sono recati in Germania, mentre si registrano numeri molto più contenuti in Italia con 171.000 rifugiati e in Francia con 105.000.

⁴ Si tratta della Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, adottata il 20 luglio 2001.

⁵ Sito https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/information-people-fleeing-war-ukraine/fleeing-ukraine-your-rights-eu_it#:~:text=Se%20risiedevi%20permanentemente%20in%20Ucraina,funzione%20della%20situazione%20in%20Ucraina.

⁶ Rispetto alla Rotta orientale e a quella occidentale, secondo i dati Frontex in <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/migration-flows-to-europe/>. A seguito, poi, del recente attacco dell'organizzazione terroristica di Hamas contro Israele e della sua successiva risposta militare, sarà necessario monitorare se anche dalla Palestina si muoveranno, in ragione della guerra, rinnovati flussi migratori.

⁷ Nel periodo 2015 – (aprile) 2023 nel Mediterraneo e lungo le rotte dell'Africa occidentale si sono registrati 26.623 decessi e 615.087 vite salvate, in <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/saving-lives-sea/>.

in Calabria e al largo di Pylos in Grecia⁸. Volendo considerare un periodo temporale precedente alla crisi umanitaria dell’Ucraina, è significativo come già nel 2021 vi siano state in sede europea circa 537.000 richieste per la prima volta di asilo, con un aumento del 29% rispetto all’anno precedente⁹. Per ciò che concerne l’Italia, è stato evidenziato problematicamente, circa gli aspetti organizzativi, come l’accoglienza istituzionale abbia spesso «abdicato alle proprie funzioni a favore dell’auto-organizzazione di società civile e migranti stessi», il che fa emergere una «precisa volontà politica sottostante: deve essere faticoso accedere all’asilo e [...] va ridimensionata la sua tensione [...] ad essere per tutti»¹⁰.

Ad ulteriore dimostrazione dell’importanza per Bruxelles del fenomeno migratorio, è utile richiamare il recente nuovo Patto europeo sui migranti (8 giugno 2023), in base al quale: tutti gli Stati UE dovranno partecipare alla redistribuzione dei migranti, con almeno 30.000 ricollocamenti annui; il Paese di primo approdo nella UE rimane responsabile della domanda di asilo; ai fini dei respingimenti, gli Stati sono autonomi nel qualificare *sicuro* un Paese di partenza o di transito¹¹. Allo stesso tempo, Bruxelles ha anche definito con la Tunisia un accordo (16 luglio 2023) secondo cui, a fronte di un forte sostegno economico-organizzativo dell’UE, Tunisi si impegna a collaborare fattivamente nella gestione dei migranti, garantendo il rimpatrio dei propri connazionali giunti irregolarmente in Europa¹².

Il quadro normativo di riferimento deve necessariamente partire, com’è noto, dall’UE, con l’art. 79 TFUE, per cui Bruxelles deve sviluppare una politica comune dell’immigrazione per la gestione dei flussi migratori e per contrastare il fenomeno dell’immigrazione irregolare; non di meno è stato previsto un sistema europeo comune d’asilo, per cui ai sensi dell’art. 78 TFUE l’Unione deve predisporre una propria politica in tema di asilo, di protezione sussidiaria e di protezione temporanea, volta a garantire, laddove necessario, una tutela internazionale e il principio di non respingimento a favore di qualsiasi cittadino di un Paese terzo, nel rispetto della Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e sui suoi presupposti. Tale politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne deve essere basata sulla solidarietà tra gli Stati membri, oltre che essere equa nei riguardi dei cittadini dei Paesi terzi, secondo l’art. 67, par. 2, TFUE; tutto ciò, naturalmente, deve avvenire in quello spazio di libera circolazione delle persone garantito dall’Unione, quindi, di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, ex art. 3, par. 2, TUE¹³.

⁸ Si tratta di due naufragi: nel primo caso un’imbarcazione partita dalla Turchia naufraga il 26 febbraio 2023 nei pressi di Cutro in Calabria ed è accertata la morte di 94 persone; nel secondo caso, il naufragio è avvenuto il 14 giugno 2023 al largo di Pylos, nel Peloponneso, con una strage presunta di 500 persone decedute (accertati 82 morti).

⁹ Cfr., ancora, FONDAZIONE MIGRANTES (organismo pastorale della CEI), *op. cit.*, 154.

¹⁰ Cfr. FONDAZIONE MIGRANTES, *op. cit.*, 269.

¹¹ L’accordo è stato siglato all’interno del Consiglio dei ministri europei dell’interno; è significativo ricordare che la Polonia e l’Ungheria non hanno approvato tale patto perché contrari ai ricollocamenti, cfr. il sito <https://www.internazionale.it/notizie/annalisa-camilli/2023/06/12/italia-unione-patto-migranti> (12 giugno 2023).

¹² Cfr. Il Sole 24 ore, <https://www.ilssole24ore.com/art/ancora-sbarchi-diecimila-migranti-inizio-luglio-meloni-tunisi-intesa-all-ultimo-miglio-Aftq0E> (16 luglio 2023).

¹³ Su questi temi cfr. I. RIVERA, *Il coraggio e la paura. La problematica gestione del fenomeno migratorio tra istanze solidariste e spinte sovraniste*, in [dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), 1, 2020, 1358 s., anche con riguardo alla giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU (1362 ss.), e E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2020, 117 ss.

Lo straniero, si ricorda, è titolare «di un “interesse” ad attraversare le frontiere nazionali», che in Italia si configura come diritto di asilo, qualora gli sia impedito nel Paese d’origine l’*effettivo* esercizio delle libertà sancite dalla nostra Carta fondamentale (art. 10, 3° co., Cost.)¹⁴. Ciò comporta la necessità nel nostro ordinamento di predisporre un sistema di accertamento di tale presupposto, il cui esito positivo giustifica la pretesa a tempo indeterminato del richiedente asilo di ingresso e soggiorno nel nostro Paese, con il riconoscimento dei diritti fondamentali «che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*»¹⁵.

Tale cornice normativa, pertanto, giustifica la nota *summa divisio* tra i rifugiati, «che fuggono da persecuzioni o da guerre», e i “semplici” migranti, che si allontanano dal proprio Paese «in cerca di una vita migliore»¹⁶. In questo contesto le norme che governano i processi migratori si trovano a regolamentare i c.d. «poteri di confine» di uno Stato¹⁷; infatti, quest’ultimo, in ragione della sua sovranità, può anche adottare un provvedimento di espulsione ai danni di un richiedente asilo, a condizione però che l’espulsione non avvenga verso il Paese d’origine dove non è assicurato l’esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti, o verso altri Stati che non offrono le necessarie garanzie sul non invio dello straniero verso lo Stato d’origine¹⁸. Del resto, è lo stesso diritto di asilo che fonda il principio di *non-refoulement*, non solo alla luce dell’art. 10 Cost., ma anche degli artt. 18 e 19 della Carta di Nizza, che disciplinano rispettivamente il diritto di asilo e la protezione da parte dei Paesi UE, nel senso che non è possibile alcuna espulsione verso Stati in cui vi sia il serio rischio di essere sottoposti alla pena di morte o a trattamenti inumani e degradanti¹⁹.

È necessario affrontare, dunque, il tema del problematico bilanciamento tra le esigenze di sicurezza, di cui si fanno interpreti gli Stati membri e l’Unione Europea nei riguardi dei propri cittadini, e i diritti fondamentali precipi dello straniero a prescindere dal requisito della cittadinanza. Esiste, com’è noto, uno statuto giuridico a favore dei migranti, frutto della plurima stratificazione normativa intervenuta soprattutto nel nostro Paese, che si contrappone – non poche volte in modo conflittuale – con le esigenze securitarie degli Stati²⁰. Proprio il punto di ponderazione tra interessi contrapposti – per sua natura mutevole in ragione delle circostanze di volta in volta variabili, cui si aggiunge la pluralità di indirizzi politici che si alternano nella regolamentazione del tema – rende quest’argomento suggestivo da un punto di vista scientifico.

¹⁴ Cfr. G. SANTOMAURO, *Sicurezza e frontiere: le politiche migratorie nell’emergenza europea e italiana*, in federallismi.it, 13, 2021, 226.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 11/1968, punto 6 del *Considerato in diritto*. Cfr. A. CALIGIURI, *Art. 10, 3° e 4° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 255.

¹⁶ In tal senso, cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera*, Pisa, 2020, 39. Sull’asilo costituzionale, cfr. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 75 ss.

¹⁷ Per F. OLIVIERI, *I “poteri di confine” e i loro limiti. Per una genealogia del diritto italiano dell’immigrazione*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera*, cit., 117, i poteri di confine sono «l’insieme delle potestà con cui le istituzioni pubbliche istituiscono e controllano i confini [...] che definiscono il territorio e la popolazione su cui quelle istituzioni esercitano la sovranità».

¹⁸ Così si esprime A. CALIGIURI, *op. cit.*, 255.

¹⁹ Cfr. G. SANTOMAURO, *op. cit.*, 226.

²⁰ Cfr., sul punto, M. RUOTOLO, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Diritto e Società*, 3, 2012, 582 ss.

Ad aggravare la complessità del tema, va detto che nel diritto dell’immigrazione le esigenze di sicurezza sono rappresentate non solo dal pericolo che gli stranieri, soprattutto irregolari, possano delinquere, ma anche dalla necessità da parte degli Stati di fronteggiare le organizzazioni criminali che gestiscono il traffico di migranti e di profughi, i cui proventi non di rado alimentano il terrorismo internazionale²¹. Pertanto, le esigenze securitarie, così fortemente avvertite in Europa, devono essere valutate, ai fini del bilanciamento, in questa loro complessiva dimensione.

2. I diritti dei migranti (segue...)

Rispetto a tali istanze della comunità statale fanno da contrappunto i diritti fondamentali degli stranieri, che devono essere loro riconosciuti in ragione della «centralità della persona umana» all’interno delle Carte fondamentali delle democrazie stabilizzate²², come conferma la Costituzione italiana incentrata, per l’appunto, sul principio personalista (art. 2 Cost.). È possibile richiamare sul tema dei diritti lo statuto giuridico dei migranti, «frutto [non solo] di una disciplina multilivello», ma anche della «rete delle Corti [...] in cui i giudici si premurano di garantire in concreto i diritti e la ragionevolezza dei bilanciamenti»²³. Non a caso, la nostra Corte costituzionale sostiene che i diritti inviolabili dell’uomo spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma [proprio] in quanto esseri umani»²⁴. Ciò consente di considerare lo straniero quale titolare di situazioni giuridiche soggettive, come, ad esempio, il diritto al lavoro, i diritti sindacali, il diritto alla salute, all’istruzione, il diritto di riunione, etc.²⁵

Proprio in tema di immigrazione si palesa l’esigenza anche di un bilanciamento tra le istanze multiculturali, di cui può farsi portavoce il migrante in nome di un diritto giurisprudenziale a conservare «le proprie tradizioni»²⁶, e la tutela della salute. È quanto accade, ad esempio, con la nota vicenda delle emotrasfusioni, nel senso di una possibile rinuncia alle cure sanitarie da parte dello straniero in ragione dei propri convincimenti religiosi, o come nel caso della circoncisione maschile e delle mutilazioni genitali femminili che possono essere prescritte sempre dall’indirizzo culturale e religioso del migrante o, infine, quando talune donne in base alla propria cultura rifiutano di farsi visitare da un medico di sesso maschile²⁷.

²¹ Cfr. C. SICCARDI, *Mare, tratta e migrazioni: violazioni di diritti tra storia e attualità*, in *Italian Review of Legal History*, 8, 2022, 684 ss.

²² Cfr. A. RUGGERI, *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in dirittifondamentali.it, 3, 2021, 394 ss.

²³ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell’immigrazione: considerazioni introduttive*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2011, 3 ss.

²⁴ Corte cost., sent. n. 105/2001, punto 4 del *Considerato in diritto*.

²⁵ In tal senso si esprimono A. RUGGERI, *op. cit.*, 402 ss., e A. CALIGIURI, *op. cit.*, 256.

²⁶ Cfr. C. CAVALLARI, I RUGGIU, *Antropologia e diritto di fronte alla salute del minore: un approccio integrato*, in questo numero della Rivista. In particolare, sul rifiuto delle emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova v., anche, F. LAUDANTE, R. MANFRELOTTI, *Costituzione e multiculturalismo: il caso del rifiuto a sottoporsi a trattamenti sanitari per convinzioni religiose*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, Torino, 2005, 163 ss.

²⁷ Cfr. B. CATALLO, *Il diritto alla salute nel contesto delle migrazioni e la protezione sussidiaria: l’orientamento della Corte di Giustizia dell’Unione europea nella sentenza c-542/13 del 18 dicembre 2014*, in *DPCE online*, 2, 2015, 188.

Il suddetto statuto giuridico dei migranti – oltre alle norme prima richiamate a livello di Trattati UE e della nostra Costituzione – si compone, com'è noto, anche della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (1951) e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, laddove, in particolare all'art. 5, par. 1, si statuisce che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza», a prescindere perciò dalla sua cittadinanza, mentre, con specifico riferimento ai diritti sociali, si deve richiamare, *ratione materiae*, la Carta Sociale Europea²⁸. Sotto il profilo normativo interno, poi, rilevano da un lato, l'art. 10, 2° co., Cost., per cui la legge deve disciplinare la condizione giuridica dello straniero in ossequio alle norme e ai Trattati internazionali, dall'altro, il d.lgs. 286/1998, quale Testo unico sull'immigrazione (T.U.Imm.). Infine, a livello di Unione Europea è necessario pure richiamare tutti gli atti adottati «per definire le condizioni di ingresso e soggiorno di [...] categorie di cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri»²⁹.

Altro aspetto fondamentale è quello relativo al tema delle discriminazioni in materia di diritti. Secondo la Consulta «la condizione giuridica dello straniero non deve essere [...] considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti [cioè, quelli inviolabili] – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi»³⁰, dal momento che «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero»³¹. Ciò significa riconoscere in capo a quest'ultimo un catalogo dei diritti fondamentali, almeno quelli non strettamente inerenti la cittadinanza, con la precisazione che ogni bilanciamento con le esigenze di sicurezza degli Stati deve essere guidato dai principi di proporzionalità e di dignità della persona umana³².

3. (...) in particolare, il diritto alla salute

Anche con riferimento ai diritti sociali, ormai è acquisita la loro titolarità a favore degli stranieri³³. Infatti, il giudice italiano delle leggi sostiene che il «“nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto della persona deve [...] essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»³⁴. È evidente che in questi casi, in ragione dell'onerosità dei diritti sociali, in particolare di quello alla salute, nei termini di bilanciamento non vi rientrano solo le esigenze di sicurezza, ma soprattutto le limitate risorse disponibili con cui lo

²⁸ Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, cit., 27 ss., la quale richiama anche, in via generale, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (1989) e la giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali.

²⁹ Per un ampio richiamo a tale normativa UE, cfr., ancora, F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, cit., 30 ss. In riferimento ancora alla disciplina costituzionale, si ricorda anche l'art. 117, 1° co., Cost., secondo cui la legislazione statale e quella regionale devono essere conformi agli obblighi internazionali.

³⁰ Corte cost., sent. n. 249/2010, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

³¹ Corte cost., sent. n. 62/1994, punto 4 del *Considerato in diritto*; anche Corte cost., sent. n. 104/1969 e n. 120/1967. Cfr. G. COLETTA, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, in questa *Rivista*, 4, 2021, 136 s.

³² Cfr. G. SANTOMAURO, *op. cit.*, 251 s.; E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2010, 101.

³³ Cfr. C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2019, 45 ss.

³⁴ Corte cost., sent. n. 432/2005, punto 5.1 del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. n. 252/2001, punto 2 del *Considerato in diritto*.

Stato deve provvedere in modo equo (formalmente e sostanzialmente) nei riguardi della cittadinanza³⁵. È diffusa, appunto, la convinzione di sottrarre diritti agli stranieri per assegnarli nuovamente ai cittadini³⁶, il che rappresenta una delle ragioni di ostilità nei riguardi dei migranti, fuori da ogni indirizzo solidaristico, pure costituzionalmente doveroso.

È opportuno comunque sottolineare che il diritto alla salute è tutelato anche in diverse disposizioni internazionali, come l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, per cui «ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia», prescindendo dunque da ogni richiamo allo *status civitatis*³⁷. Tale rinvio al soggetto singolo, indipendentemente dalla condizione di cittadino, è ribadito pure dall'art. 35 Carta UE, a mente del quale «ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali»³⁸.

Passando alla sfera normativa interna, oltre all'art. 32 Cost. che qualifica la salute come fondamentale diritto dell'individuo, richiamandosi al valore della persona umana, ciò che rileva a livello di normativa primaria sono gli artt. 34, 35 e 36 d.lgs. 286/1998 (T.U.Imm.), che disciplinano rispettivamente l'assistenza per gli stranieri iscritti al SSN, l'assistenza per gli stranieri non iscritti al SSN e l'ingresso e soggiorno per le cure mediche.

Un profilo problematico è sicuramente rappresentato dagli stranieri irregolari, dal momento che su tale categoria di persone – che non rientrano nelle tre fattispecie normative ora richiamate – si intrecciano le questioni relative per un verso, alla limitata disponibilità di risorse finanziarie e per l'altro, alla necessità di controllare l'immigrazione clandestina, determinandosi in questo modo una sovrapposizione tra esigenze economiche e istanze di sicurezza. Ebbene, mentre al cittadino, cui è equiparato lo straniero extra UE con regolare permesso di soggiorno, sono garantiti i LEA, allo straniero irregolare «sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere *urgenti o comunque essenziali* (corsivo nostro), ancorché continuative, per malattia ed infortunio» (art. 35, 3° co., T.U. Imm.). Pertanto, pur nella peculiarità costituzionale dei LEA riconosciuta a coloro che godono di un permesso di soggiorno, si registra comunque il tentativo di fornire un'efficace tutela sanitaria a favore degli irregolari³⁹.

³⁵ Cfr. I. RIVERA, *op. cit.*, 1380 ss.

³⁶ Cfr. F. OLIVIERI, *op. cit.*, 146.

³⁷ È possibile richiamare anche l'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, nonché l'art. 1 della Conv. OIL n. 143/1975 sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti, cfr. G. COLETTA, *op. cit.*, 138. Cfr. E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e diritto alla salute*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Milano, 2012, 101.

³⁸ Sul tema cfr. G. MOSCHELLA, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali: l'ordinamento europeo e l'esperienza italiana*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 478 ss.; A. ALBANESE, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 1 ss.

³⁹ In particolare, secondo S. PENASA, *Diritto alla salute, diritto di tutti? Riflessioni a prima lettura sulle possibili innovazioni legislative in materia di accesso alle cure degli stranieri irregolari*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2009, «l'articolo 35 TU immigrazione costituisce [...] una norma che dà attuazione al diritto costituzionale all'accesso all'assistenza sanitaria degli stranieri comunque presenti sul territorio nazionale, in quanto coincide con il nucleo irriducibile del diritto alla salute garantito dall'articolo 32 della Costituzione».

Secondo la circolare del Ministero della Salute n. 5, 24 marzo 2000, devono intendersi per cure urgenti quelle non differibili «senza pericolo per la vita e danno per la salute della persona», mentre le cure essenziali hanno ad oggetto «le prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche relative a patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggior danno alla salute o rischi per la vita». Tale circolare, quindi, sembrerebbe garantire un opportuno grado di tutela, in quanto le cure intervengono non solo per i rischi di vita, ma anche nell'ipotesi meno grave di «patologie non pericolose nell'immediato o nel breve termine»⁴⁰. Ciò appare in tendenziale sintonia con il principio espresso dalla Consulta per cui deve essere «in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il “nucleo irriducibile” del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.»⁴¹.

È altresì importante sottolineare che l'art. 63, d.P.C.M. 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei LEA), ha recepito non solo l'art. 35, 3° co., T.U. Imm., ma soprattutto tali definizioni di cure urgenti ed essenziali, così che quanto inizialmente stabilito da una semplice circolare ministeriale è stato poi trasposto nel d.P.C.M. relativo ai LEA⁴².

Proprio la salute dei migranti rappresenta uno dei profili – nel più ampio fenomeno migratorio – che dimostra la permeabilità del tema al variare degli indirizzi politici, cui prima si è fatto riferimento. La formulazione iniziale del d.lgs. 286/1998 (T.U. Imm.), all'art. 5, 6° co., prevedeva che potesse essere concesso agli stranieri, anche a fini di cura, il permesso di soggiorno per «seri motivi, in particolare di carattere umanitario», che però il d.l. 113/2018 ha inteso abrogare. Tuttavia, una diversa maggioranza di governo, con il d.l. 130/2020 – pur mantenendo il nuovo permesso per protezione speciale, che aveva sostituito quello per motivi umanitari – ha «ampliato il novero delle fattispecie nelle quali deve essere riconosciuto detto permesso», ritornando cioè a posizioni di maggiore favore verso gli stranieri meritevoli di tutela⁴³; infine, dopo l'evento tragico di Cutro, un successivo Governo, quello attualmente in carica, con l'art. 7, d.l. 20/2023, ha ritenuto invece di restringere nuovamente le ipotesi per il rilascio del permesso speciale.

Dinanzi a questo stato di cose, il pur legittimo variare degli indirizzi politici dovrebbe comunque essere guidato da quei valori solidaristici – opportunamente bilanciati secondo un rigoroso principio di proporzionalità – che sono vincolanti sia a livello interno (art. 2 Cost.), sia a livello europeo (artt. 2, 3, 21 e 24 TUE; artt. 67, 80, 122 e 222 TFUE; Titolo IV della Carta di Nizza). L'incapacità delle diverse

⁴⁰ Cfr. A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Diritto alla salute, divieto di respingimento e forme di protezione*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera*, cit., 226.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 252/2001, punto 4 del *Considerato in diritto*. Interessante l'analisi proposta da C. CORSI, *op. cit.*, 60 ss., relativamente alla giurisprudenza della Corte EDU (ad es.: Corte EDU, 24 giugno 2003, ricorso n. 13669/03, *Arcila Henao c. Olanda*; Corte EDU, 27 maggio 2008, ricorso n. 26565/05, *N. c. Regno Unito*) che si è occupata dei provvedimenti di allontanamento a danno della salute e in violazione degli artt. 2 e 3 CEDU; v. anche P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Immigrazione irregolare e diritti umani: la prospettiva della Corte EDU e della Corte UE*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2020, 52 ss.

⁴² Sul punto v. G. COLETTA, *op. cit.*, 142.

⁴³ Cfr. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, cit., 76 ss. [79, cit. nel corpo del testo], il quale sostiene che vi sono «tre modalità di tutela di stranieri in qualche modo ricollegabili alla previsione costituzionale [l'art. 10, 3° co., Cost.]: lo status di *rifugiato*, il titolare di *protezione sussidiaria*, il permesso di soggiorno per *motivi umanitari*», quest'ultimo sostituito dal permesso per protezione speciale, che però presenta una sua sfera di applicazione più ristretta.

maggioranze parlamentari di individuare valori comuni, normativamente fondati, produce una stratificazione di regole con indirizzi non di rado contrastanti, così da generare una disciplina confusa, oltre che gravida di difficili e differenti applicazioni.

4. La detenzione amministrativa e le libertà dei migranti

Un ulteriore tema, estremamente controverso, in riferimento alle libertà dei migranti è rappresentato dalla detenzione amministrativa. Si tratta dello «strumento di privazione della libertà personale a cui lo straniero può essere assoggettato [...] per ragioni di *governance* dei flussi migratori»⁴⁴. Da tale definizione emerge come la detenzione amministrativa possa dunque considerarsi uno strumento funzionale alla gestione del fenomeno migratorio⁴⁵. Anche in questo caso un utile indirizzo proviene dalla Consulta, secondo cui il controllo di tali flussi rientra nell'interesse statale «che risulta [...] offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero. L'ordinata gestione dei flussi migratori si presenta [...] come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata»⁴⁶.

La giustificazione normativa alla base di tale misura può essere rinvenuta nell'art. 5, par. 1, lett. f), CEDU, laddove si stabilisce la possibilità dell'arresto o della detenzione di una persona per non consentirle di entrare illegalmente nel Paese. In tal modo la CEDU sembrerebbe legittimare la privazione della libertà personale a danno del migrante, quale deterrente teso ad evitare (*rectius*, limitare) il carattere irregolare dell'immigrazione; tuttavia, è altrettanto legittimo porsi problematicamente il tema di misure – alla luce di una valutazione di proporzionalità – che non arrivino a danneggiare uno dei beni giuridici superiori, come la libertà personale⁴⁷. Pertanto, ancora una volta emerge il tema della ponderazione tra le esigenze di sicurezza e i diritti dei migranti, senza che però si giunga mai al «totale sacrificio» di uno dei due termini del bilanciamento a favore dell'altro⁴⁸.

Secondo la normativa europea è possibile adottare la detenzione amministrativa nei riguardi del migrante irregolare quando lo si vuole rimpatriare dal Paese membro in cui si trova; o, ancora, per trattenere colui che richiede la protezione internazionale durante il periodo di verifica della sua domanda; o, infine, nei riguardi di colui che ha chiesto la suddetta protezione e «che deve essere trasferito presso lo Stato competente ad esaminare la sua domanda»⁴⁹.

⁴⁴ Così L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...». Una detenzione “atipica”, uno “scontro” tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *La legislazione penale*, 3 dicembre 2020, 1 ss.

⁴⁵ Cfr. D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132/2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019, 1 ss.

⁴⁶ Corte cost., sent. n. 250/2010, punto 6.3 del *Considerato in diritto*. Cfr., sul punto, M. DANIELE, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11, 2018, 97.

⁴⁷ In termini egualmente critici si esprime C. PITEA, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi “sicuri” e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione dei migranti al confine*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020, 200 ss.

⁴⁸ Ancora M. RUOTOLO, *op. cit.*, 582.

⁴⁹ Su queste tre diverse ipotesi cfr. L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...», cit., 2; si precisa che in riferimento al primo tipo di detenzione amministrativa rileva la Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva Rimpatri recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare);

Si tratta comunque di una detenzione atipica, se si considera ad esempio che questa può essere ordinata non solo dall'autorità giudiziaria, ma anche da quella amministrativa, sebbene in quest'ultimo caso possa essere comunque disposta d'ufficio o su domanda dell'interessato una verifica da parte del giudice (Direttiva 2013/33/UE), oltre che poter prevedere un pronto riesame giudiziario circa la legittimità del trattenimento, su cui decidere nel più breve tempo possibile (Direttiva 2008/115/CE). È evidente che la detenzione disposta dall'autorità amministrativa porta con sé la necessità di focalizzare l'attenzione sul tema delle garanzie, tipiche invece del procedimento giurisdizionale⁵⁰. Allo stesso tempo, va sottolineato come in tale normativa europea non sia stabilito preventivamente il luogo di detenzione; infatti, sono preferiti gli appositi centri di trattenimento, ma, qualora lo Stato membro non possa procedere in tal senso, allora, si potrà provvedere addirittura con gli istituti penitenziari, tenendo ivi separati questo tipo di stranieri dai detenuti ordinari⁵¹.

Si è evidenziato come il confinamento del migrante avvenga spesso «in luoghi ibridi [...] che non sempre consentono, con chiarezza, di identificare» il tipo di effetti prodotti, se cioè ci si trovi dinanzi ad una privazione della libertà personale del migrante o ad una sua più limitata restrizione (es.: stazioni di polizia, *hotspots*, tenso-strutture, Centri di accoglienza, etc.)⁵². Non manca chi – autorevolmente, con riferimento ai Centri per questo tipo di stranieri – ritiene che si è «fuori dalle “*garanzie proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale*” [...]. Si parla di “detenzione amministrativa”, ma sarebbe più corretto parlare di “galera amministrativa”»⁵³.

per il secondo bisogna richiamarsi alla Direttiva 2013/32/UE recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione) e alla Direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione); per il terzo tipo, vale quanto stabilito dal c.d. Regolamento di Dublino III (n. 604/2013), che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide (rifusione).

⁵⁰ Cfr. A. PUGIOTTO, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2014, 587, che, con riferimento ai Centri di Identificazione ed Espulsione, sostiene: «si creano così le basi giuridiche per sottrarre la condizione dello straniero trattenuto all'insieme di quelle garanzie che né il diritto penale – sostanziale e processuale – né l'ordinamento penitenziario si sognerebbero mai di negare ad un qualsiasi detenuto in prigione».

⁵¹ Su questi e altri profili problematici, cfr. L. BERNARDINI, «*Libertà va cercando...*», cit., 6 ss.

⁵² Così si esprime L. BERNARDINI, *La detenzione degli stranieri tra “restrizione” e “privazione” di libertà: la CEDU alla ricerca di Godot*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2022, 79; cfr. al riguardo anche G. COLAVECCHIO, *Detenzione in assenza di reato: il trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Democrazia e Sicurezza*, 4, 2015, 168 ss. Al riguardo, particolarmente interessanti sono le sentenze Corte EDU, 30 marzo 2023, ricorso n. 21329/18, *J.A. e altri c. Italia*, e Corte EDU, 23 novembre 2023, ricorso n. 47287/17, *A.T. e altri c. Italia*, dove sono lamentate le condizioni degli *hotspots*, rispettivamente di Lampedusa e di Taranto. Il Giudice di Strasburgo rileva la violazione dell'art. 3 CEDU, in ragione, tra l'altro, delle cattive condizioni igieniche e della mancanza di spazio in entrambi gli *hotspots*, nonché dell'art. 5, par. 1, in quanto si è ritenuto che i ricorrenti (migranti minorenni nel caso *A.T. e altri c. Italia*) siano stati arbitrariamente privati della libertà, senza alcuna base giuridica chiara e senza alcun provvedimento motivato che ne disponesse il trattenimento. In particolare, nel caso *J.A. e altri c. Italia*, la Corte EDU sottolinea come l'*hotspot* di Lampedusa sia divenuto nei fatti un luogo di detenzione, quando, al contrario, la sua funzione dovrebbe essere quella di un centro utile all'identificazione e alla registrazione degli stranieri migranti. Su tale ultima decisione, v. A. DEL GUERCIO, *La dignità dei migranti alle frontiere europee*, in questo numero della Rivista.

⁵³ Cfr. M. RUOTOLO, *op. cit.*, 569 s. I centri di detenzione per migranti hanno assunto, negli anni, diverse denominazioni: Centri di Permanenza Temporanea (CPT), Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE) e oggi, con il d.l.



In realtà, si registra una nutrita giurisprudenza, soprattutto della Corte EDU che, con riferimento alle zone di transito aeroportuali o le stazioni di polizia, affronta il tema degli effetti del trattenimento dei migranti sulla loro libertà personale. In questa giurisprudenza emerge con evidenza l’impegno dei giudici per provare ad individuare dei criteri (ad es.: durata del trattenimento; intensità della coercizione; esame delle circostanze fattuali, etc.) attraverso cui è possibile stabilire i casi di restrizione della libertà personale a fronte di quelli in cui, invece, si realizza una più grave privazione della stessa libertà⁵⁴. In questo contesto in cui il bene giuridico rilevante è la libertà personale, assume dunque rilievo il fatto che non sia l’autorità giudiziaria l’unico soggetto legittimato ad adottare la misura di trattenimento, potendo provvedervi anche quella amministrativa⁵⁵. È palese che tale dinamica rientra sempre in un problematico bilanciamento tra le libertà dei migranti e il diritto sovrano dello Stato a controllare le proprie frontiere, che in questi casi sono anche le frontiere dell’UE⁵⁶.

Quanto finora illustrato è solo il tentativo di evidenziare una minima parte dei tanti profili di indagine che riguardano il tema dei migranti e dei loro diritti fondamentali, tra cui quello alla salute. Come si è visto, l’indirizzo della UE e dei suoi Stati membri è di estrema attenzione nei confronti del fenomeno migratorio e proprio l’Italia – quale Paese di primo approdo insieme alla Grecia – è spesso oggetto di critiche da parte degli Stati centro-settentrionali dell’Europa, soprattutto per un sistema «di registrazione degli stranieri in entrata» che non di rado si dimostra inefficiente⁵⁷. Egualmente, tuttavia, va registrato uno scarso spirito solidaristico – nonostante le disposizioni dei Trattati – di quella parte dell’Europa nei riguardi dell’Italia, allorché si affronta il problema del ricollocamento dei migranti. Il nostro Paese, invero, presenta un sistema di accoglienza non privo di contraddizioni interne, in quanto emergono – come è stato sottolineato – diversi sistemi di accoglienza, ciascuno interessato alla sua auto-conservazione e alla garanzia «degli apparati che separatamente li governano». Si assiste ad «una forma di disimpegno verso richiedenti asilo e rifugiati e verso le comunità tutte, ossia una nemmeno più tanto nascosta forma di deterrenza. Persi obiettivi quali la tutela, l’integrazione, la protezione, completamente eclissati questioni cruciali come equità e garanzia dei diritti, essere accolti in

13/2017, art. 19, Centri Permanenti per il Rimpatrio (CPR), cfr. S. SANTORSO, *Migrazioni e carcere: riflessioni su pena e diritti*, in *Antigone*, 2, 2017, 114. A tutto ciò va aggiunto il c.d. “*approccio hotspot*” in riferimento alle situazioni di emergenza, come richiamano G. FELICI, M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema Penale*, 1, 2022, 47. In riferimento all’aggravarsi del fenomeno migratorio in Italia, con i numerosi sbarchi che stanno interessando l’anno in corso, il Governo Meloni nel Consiglio dei Ministri del 18/09/2023 ha deciso di ampliare da 6 a 18 mesi il periodo massimo di trattenimento nei CPR, decidendo altresì un potenziamento della rete di tali Centri con l’ausilio del Genio militare, che provvederà alla realizzazione di nuove strutture in zone del Paese a scarsa densità abitativa con l’obiettivo finale di accelerare i rimpatri nei riguardi di coloro che non hanno diritto alla protezione internazionale, in <https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2023/09/18/consiglio-dei-ministri-varate-misure-sui-migranti-18579bf1-60d2-4458-94b6-461517c6ec61.html>.

⁵⁴ Per una compiuta analisi di tale giurisprudenza, anche con riguardo a quella della CGUE, cfr. L. BERNARDINI, *La detenzione degli stranieri tra “restrizione” e “privazione” di libertà*, cit., 82 ss., il quale sottolinea, tra l’altro, che «l’implementazione di misure detentive nei confronti dei migranti [...] all’interno dei commissariati [...] rivela limpidamente la quintessenza della detenzione amministrativa quale misura ibrida, adottata con pratiche amministrative ma con una *ratio* (malcelata) di matrice penalistica» (87 ss.)

⁵⁵ Cfr. E. PISTOIA, *op. cit.*, 129.

⁵⁶ Cfr. S. SANTORSO, *op. cit.*, 115 ss.

⁵⁷ Cfr. G. SANTOMAURO, *op. cit.*, 236.

Italia [...], accedere ad una qualche forma di accoglienza istituzionale appare tanto difficile quanto casuale»⁵⁸, nonostante le disposizioni e i valori espressi dalla nostra Costituzione.

Sotto il profilo della produzione normativa si è potuta poi constatare una pluralità di indirizzi legislativi, mutevoli e tra loro differenziati in ragione del variare delle maggioranze politiche, il che determina, in non poche occasioni, una disorganica disciplina del fenomeno migratorio, con i connessi problemi di interpretazione e applicazione della normativa.

Tuttavia, ciò che forse più conta è l'assenza di un amalgama assiologico in Italia e nell'Unione Europea sul tema dei migranti, nonostante i principi di riferimento emergano in modo piuttosto chiaro, rispettivamente in sede costituzionale e dei Trattati. In questo senso il presente numero di *Biolaw Journal* vuole rappresentare – attraverso il tema dei diritti fondamentali dei migranti, con particolare riguardo a quello della salute – una prospettiva di indagine utile a definire, partendo dai dati normativi, un “minimo comune valoriale” sul fenomeno dei migranti, poiché questo obiettivo finale non può (e non deve) assumere i contorni immaginari di “un’isola che non c’è”.

⁵⁸ Cfr. FONDAZIONE MIGRANTES (organismo pastorale della CEI), *op. cit.*, 268.