



# BioLaw Journal

## Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

4

23



**Focus || Migranti e salute: un nodo inestricabile?**

**Saggi e commenti**

The online Journal about law and life sciences

# BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

**Editor in chief:** Carlo Casonato

**Steering Committee:** Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

**Scientific Committee:**

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vachez, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

**Associate Editors:** Lucia Busatta and Marta Tomasi

**Editorial Boards:**

**Trento:** Lucia Busatta, Marta Fasan, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, Marta Tomasi.

**Ferrara:** Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo.

**Parma:** Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Giulia Formici, Valentina Gastaldo, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Veronica Valenti.

**Napoli:** Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfredi, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: [biodiritto@gmail.org](mailto:biodiritto@gmail.org)

Website: <https://teseo.unitn.it/biolaw>

**Peer review system:** All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

December 2023

ISSN 2284-4503

© Copyright 2023



UNIVERSITY  
OF TRENTO - Italy

Università degli Studi di Trento  
Via Calepina, 14 – 38122 Trento

Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



**Front cover:** Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5<sup>th</sup> century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

**Cover design:** Marta Tomasi

## BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto n. 4/2023

### Table of contents

<b>Il fenomeno migratorio e la sua inesauribile attualità</b> .....	1
<i>Luigi Ferraro</i>	
 <b>FOCUS ON – MIGRANTI E SALUTE: UN NODO INESTRICABILE?</b>	
<b>Migrazioni e diritti. La difficile ricerca di una “valle incantata”</b> .....	7
<i>Virginia Zambrano, Luigi Ferraro</i>	
<b>Comunità indigene e gruppi migranti. Dissenso, Trasformazione, Reinvenzione</b> .....	19
<i>Anna Loretoni</i>	
<b>Antropologia e diritto di fronte alla salute del minore: un approccio integrato</b> .....	29
<i>Claudia Cavallari, Ilenia Ruggiu</i>	
<b>Il diritto alla salute come presupposto per l’ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento</b> .....	45
<i>Francesca Biondi Dal Monte, Emanuele Rossi</i>	
<b>L’accesso ai servizi socio-sanitari da parte dei migranti tra tutela della salute e salvaguardia dell’identità culturale</b> .....	73
<i>Franca Meola</i>	
<b>Migrazioni e diseguaglianze di salute: alla ricerca di un lavoro dignitoso tra paradossi regolativi e trappole occupazionali</b> .....	101
<i>Carmen Di Carluccio</i>	
<b>The right to health care for migrants in Spain from a multilevel perspective</b> .....	121
<i>Amalia Balaguer Pérez</i>	
<b>Le migrazioni ambientali. Considerazioni critiche su una definizione giuridica ambigua</b> .....	137
<i>Valeria Marzocco</i>	
<b>La dignità dei migranti alle frontiere europee</b> .....	151
<i>Adele Del Guercio</i>	
<b>La spinosa protezione dei minori stranieri non accompagnati nel mosaico normativo europeo</b> .....	173
<i>Gisella Pignataro</i>	

## ESSAYS – SAGGI

<b>L'accesso ai vaccini nelle riforme post-pandemiche del diritto internazionale</b> .....	201
<i>Ludovica Di Lullo</i>	

<b>Al di là dell'aborto. Diritto e diritti nella <i>post-Dobbs Era</i></b> .....	223
<i>Tamara Roma</i>	

## PERSPECTIVES – PROSPETTIVE

<b>Sfide etiche e prospettive regolamentari degli organoidi a partire dai risultati di un <i>Deliberative Workshop</i></b> .....	245
<i>Emma Capulli, Mario Picozzi</i>	

## Il fenomeno migratorio e la sua inesauribile attualità

Luigi Ferraro

**L'**incedere degli eventi bellici di questi ultimi tempi, come la guerra in Ucraina e da ultimo lo scontro armato nella striscia di Gaza tra Israele e il gruppo terroristico di Hamas, aggrava ancora di più quel fenomeno migratorio che ormai da diversi anni sta interessando il territorio europeo, soprattutto nella rotta del Mediterraneo centrale. I recenti eventi tragici di Cutro in Calabria e di Pylos in Grecia – ennesimi naufragi di migranti che si sommano a quelli, altrettanto luttuosi, degli ultimi anni – rappresentano solo gli episodi drammatici più vicini di una lista, che ogni volta si spera possa esaurirsi con l'ultima tragedia verificatasi.

Del resto, anche i "freddi numeri" confermano, anno dopo anno, tale contesto. Nel 2021 si stima che siano stati 281 milioni i migranti internazionali, cioè il 3,6% della popolazione mondiale<sup>1</sup>. Con particolare riguardo all'Italia, secondo i dati del nostro Ministero dell'interno, nell'anno 2023, almeno sino al momento in cui si scrive, i migranti approdati sulle nostre coste sono stati pari a 151.382, un'entità notevolmente superiore agli anni precedenti, se si considera che – in riferimento allo stesso periodo – nel 2022 gli stranieri sbarcati sono stati 94.343, mentre nel 2021 61.639<sup>2</sup>. A fronte di questi numeri si registrano i tentativi delle istituzioni di Bruxelles di assumere iniziative politiche internazionali, come il *memorandum d'intesa* stipulato con la Tunisia (luglio 2023) al fine di ridurre il numero

degli stranieri irregolari che sbarcano in Italia da quel territorio, o come, ancora più recentemente, l'iniziativa del nostro Paese che ha stipulato con l'Albania (8 novembre 2023) un Protocollo d'intesa per una più intensa collaborazione nella gestione dei flussi migratori.

Invero, non solo le guerre, ma anche i cambiamenti climatici degli ultimi tempi rappresentano una delle cause di migrazione dai territori del pianeta più esposti a questa problematica, così da determinarsi un rapporto tra migrazione e ambiente che rientra nell'ambito del c.d. diritto migratorio (su quest'aspetto si sofferma il saggio di V. Marzocco nel presente numero di *Biolaw Journal*). Non va peraltro dimenticato che l'immigrazione porta con sé l'ulteriore dramma dei minori stranieri non accompagnati, dal momento che le cause legate alle guerre, alla desertificazione dei territori, alle carestie, alla miseria economica, etc., possono portare all'allontanamento di un soggetto minore dal proprio Paese, privo dell'assistenza e del conforto dei genitori, il che pone in queste fattispecie l'esigenza di tutelare il superiore interesse di questi soggetti deboli (al riguardo si veda il contributo di G. Pignataro).

La complessità del fenomeno migratorio si manifesta già nel suo intrinseco contenuto, poiché si contrappongono da un lato lo *ius migrandi* della persona umana e dall'altro il potere dello Stato di controllare i propri confini. Infatti, ai sensi dell'art. 13, 2° co., della Dichiarazione universale dei diritti umani, «ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio», così come sulla base dell'art. 35, 4° co., Cost., si «riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli

<sup>1</sup> Cfr. CARITAS E MIGRANTES, *XXXII Rapporto immigrazione 2023*, sul sito della Caritas <https://www.caritas.it/presentazione-del-xxxii-rapporto-immigrazione/>.

<sup>2</sup> Tali dati sono aggiornati al 24 novembre 2023 e sono reperibili sul sito del Ministero dell'interno, all'indirizzo <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/dati-e-statistiche/sbarchi-e-accoglienza-dei-migranti-tutti-i-dati>.

obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale»<sup>3</sup>; dall'altro canto, però, si afferma anche il potere degli Stati di controllare i propri confini territoriali, quale manifestazione della loro sovranità. In tal modo, emerge la contrapposizione tra due diverse situazioni giuridiche meritevoli di tutela, che richiedono, pertanto, un problematico bilanciamento.

Il controllo delle frontiere e la gestione dei migranti da parte degli Stati all'interno dei propri confini, che però coinvolge i diritti fondamentali degli stranieri, rende palese uno dei profili assiologici che è alla base delle decisioni statali, cioè quello della sicurezza dei propri cittadini (su questo tema concentrano le loro attenzioni da un lato, V. Zambrano – L. Ferraro, dall'altro A. Del Guercio). L'attenzione della pubblica opinione è ovviamente molto sensibile al pericolo criminale, che può essere importato attraverso l'immigrazione irregolare, tant'è vero che «a 10 anni dalla tragedia di Lampedusa molto è cambiato nel racconto della mobilità in Italia». Al riguardo e con riferimento al tipo di informazione su questi drammatici eventi, la Caritas, in ragione del suo privilegiato angolo di visuale, sostiene: «Se a Lampedusa prevale una cornice umana e umanitaria, la cornice sui fatti di Cutro si può definire in prevalenza securitaria [...]. Il confronto tra lo stile dell'informazione sulle vicende di Lampedusa e di Cutro mostra come il clima sociale e politico in Italia sia cambiato negli ultimi dieci anni e quanto l'attenzione dei media al tema dell'immigrazione [...] sia sempre più orientata all'allarmismo»<sup>4</sup>.

Naturalmente, tra i diritti degli stranieri maggiormente coinvolti nel fenomeno migratorio e oggetto di bilanciamento rispetto alle esigenze

securitarie deve ricomprendersi il diritto alla salute, che rappresenta il focus di questo numero di *BioLaw Journal*. Sul tema è decisiva la «medicina delle migrazioni» che considera la persona dell'immigrato nella sua complessiva dimensione, non solo cioè il suo completo benessere psico-fisico, ma anche le tradizioni culturali di cui è portatore, le aspettative, le fragilità, etc., nella prospettiva quindi di una salute globalmente considerata (contributo di F. Meola).

Il profilo antropologico è imprescindibile ai fini di un'attenta riflessione sul fenomeno *de quo*, alla luce di un accentuato multiculturalismo quale naturale conseguenza della globalizzazione. Anche in questo caso può porsi un problema di bilanciamento, in particolare tra indirizzi e pratiche culturali e religiose che possono entrare in conflitto con le esigenze di tutela della salute (tra gli esempi più noti il divieto di emotrasfusioni propugnato dai Testimoni di Geova), poiché la malattia entra in un contesto di valori della persona migrante che possono anche divergere rispetto alle necessità di cura (esaminano l'argomento i saggi di C. Cavallari – I. Ruggiu e A. Loretoni).

Sul tema della salute si concentra una significativa giurisprudenza europea, sia da parte della Corte di Strasburgo, sia di quella di Lussemburgo. Partendo dalla prima Corte è noto come la CEDU non contenga disposizioni dirette a tutela della salute; non a caso la giurisprudenza del Tribunale di Strasburgo quando ritiene violato questo tipo di diritto in tema di migrazioni invoca l'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto dei trattamenti inumani e degradanti. Ciò però comporta il riconoscimento da parte della Corte EDU della violazione della salute del migrante solo in casi eccezionali, come quando la persona straniera è

<sup>3</sup> Cfr. S. CENTONZE, S. ANASTASIO, *Protezione dei migranti: Corte EDU e Corte di giustizia a confronto*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo, Gli speciali di Questione Giustizia*, 2019, 390, i quali

richiamano anche l'art. 2 del Protocollo n. 4 addizionale alla CEDU.

<sup>4</sup> Cfr. CARITAS E MIGRANTES, *op. cit.*



ormai prossima alla morte o quando l'individuo, seppure non vicino ad un decesso imminente, a seguito di espulsione sarebbe comunque esposto ad un grave ed irreversibile peggioramento delle proprie condizioni di salute, poiché il Paese d'origine non sarebbe in grado di assisterlo con le cure adeguate. In questo caso «gli argomenti di ordine umanitario da opporre all'espulsione [...] [devono essere] gravi e imperativi» (come evidenziato nel loro lavoro da F. Biondi Dal Monte – E. Rossi). La Corte EDU sottolinea, comunque, che l'assenza di infrastrutture sanitarie non genera in alcun modo la violazione dell'art. 3 CEDU, con ciò significando che lo Stato contraente non deve colmare le lacune sanitarie e, quindi, economiche dello Stato d'origine del migrante<sup>5</sup>.

Tale indirizzo è sostanzialmente confermato pure dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), allorché sostiene che la mancanza di un adeguato sistema sanitario di un Paese non è in grado di giustificare la concessione della protezione sussidiaria da parte di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 15, direttiva 2004/83/CE<sup>6</sup>. In particolare, poi, la Corte di Lussemburgo ritiene che il trasferimento di un richiedente asilo deve essere evitato a fronte di un «rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato»<sup>7</sup>, in quanto ciò integrerebbe gli estremi di un trattamento inumano e degradante, ex art. 4, Carta di Nizza.

<sup>5</sup> Corte EDU, 13 dicembre 2016, ricorso n. 41738/2010, caso *Paposhvili c. Belgio*, par. 183 e 192. Corte EDU, 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, caso *D. c. Regno Unito*; Corte EDU, 27 maggio 2008, ricorso n. 26565/05, caso *N. c. Regno Unito*; Corte EDU, 16 aprile 2013, ricorso n. 17299/12, caso *Aswat c. Regno Unito*.

<sup>6</sup> CGUE, causa C-542/13, 18 dicembre 2014; la direttiva 2004/83/CE è stata modificata più recentemente dalla direttiva 2011/95/UE, che ha conservato

Da tali fattispecie giurisprudenziali emerge il tentativo di bilanciamento da parte della Corte EDU e della CGUE tra l'esigenza di garantire la salute del migrante e le conseguenze economiche di tale tutela sui bilanci delle comunità statali. Tuttavia, da quest'attività di ponderazione sembrerebbe potersi ricavare una prevalenza della dimensione economica su quella umanitaria, se entrambe le Corti, ad esempio, convergono nel sostenere che l'assenza di un adeguato sistema sanitario del Paese d'origine del migrante non giustifica un suo divieto d'espulsione per ragioni di salute. In breve, lo Stato in cui lo straniero ha fatto ingresso non può assumersi l'onere finanziario della disparità di prestazione sanitaria che potrebbe colmare rispetto allo Stato d'origine dello stesso migrante.

Anche la richiesta – ex art. 5 della direttiva 2003/109/CE, come modificata dalla direttiva 2011/51/UE – di godere di un'assicurazione sanitaria da parte di colui che intende acquisire lo *status* di soggiornante di lungo periodo è la dimostrazione ulteriore di come l'Unione europea voglia evitare che lo straniero possa diventare un aggravio per i bilanci dei Paesi membri, volendone invece acquisire solo i vantaggi economici sotto il profilo della risorsa lavorativa (per gli aspetti di carattere giuslavoristico si rinvia al contributo di C. Di Carluccio). Del resto, com'è noto, nella logica europea il profilo economico, in molti casi, è culturalmente prevalente, purtroppo, rispetto a quello umanitario<sup>8</sup>.

l'istituto della protezione sussidiaria. Anche CGUE, causa C-558/14, 21 aprile 2016.

<sup>7</sup> CGUE, causa C-578/16, 16 febbraio 2017, dispositivo della sentenza; CGUE, causa C-69/21, 22 novembre 2022; CGUE, causa C-562/13, 18 dicembre 2014. Per le prime due decisioni v. in questo numero il contributo di F. BIONDI DAL MONTE – E. ROSSI.

<sup>8</sup> Al riguardo cfr. A. ALBANESE, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 7 e 21.

A ciò si aggiunge un quadro normativo carente a livello continentale in materia di salute. La CEDU, come si è già detto, non prevede norme a protezione di tale diritto<sup>9</sup>. Per quanto concerne la normativa dell'Unione europea, vale innanzitutto ricordare l'art. 35 della Carta UE, circa il diritto di ciascuno di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche<sup>10</sup>, ma che poi deve fare i conti con la previsione *ex art.* 168 TFUE, secondo cui l'azione dell'UE è solo complementare a quella dei Paesi in materia di sanità pubblica; infatti, Bruxelles deve rispettare «le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica» (art. 168, par. 7, TFUE). *Ratione materiae*, infine, è utile richiamare anche gli artt. 78 e 79 TFUE, che prevedono rispettivamente la politica comune in materia di asilo e di protezione sussidiaria, così come una politica comune dell'immigrazione. Tuttavia, pure con riferimento all'Unione europea è significativo come la giurisprudenza della CGUE adotti tendenzialmente quale parametro di valutazione della posizione giuridica del migrante l'art. 4 Carta di Nizza, relativo al divieto di trattamenti inumani o degradanti, piuttosto che richiamare la normativa ora citata.

<sup>9</sup> Tutt'al più è possibile richiamare la Carta Sociale Europea, laddove l'art. 11 è rubricato «Diritto alla protezione della salute», o ancora il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, in quanto l'art. 12 riconosce «il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire». In particolare, su tale ultima disposizione cfr. C. GULOTTA, *Il diritto alla salute dei migranti nel pacchetto di proposte della Commissione sulla riforma del "diritto di asilo europeo" e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2017, 749 ss.

<sup>10</sup> Secondo l'art. 6 TUE l'Unione riconosce i diritti sanciti nella Carta di Nizza, che, derivando dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, «fanno

Molto più solido, invece, il quadro normativo di riferimento a livello interno (su questo tema si sofferma, richiamandosi al modello spagnolo, il saggio di A. Balaguer Pérez). Innanzitutto, è rilevante l'art. 1, legge n. 833/1978, che, nel dare attuazione al disposto dell'art. 32 Cost., sottolinea come la tutela della salute – oltre ad essere un fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività – si debba altresì attuare nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, il che è particolarmente significativo nel caso dei migranti dal momento che ne emerge il carattere universale di tale tipo di tutela. Altrettanto importante è poi la normativa specifica, cioè il d.lgs 286/1998 (Testo Unico sull'Immigrazione), con il Titolo V, capo I, rubricato esattamente «Disposizioni in materia sanitaria». Per gli stranieri regolarmente soggiornanti, iscritti al SSN, vale la parificazione con i cittadini italiani – alle condizioni indicate dall'art. 34, d.lgs. 286/1998 – circa l'assistenza sanitaria erogata dalla Repubblica<sup>11</sup>; invece, ai migranti irregolari «sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative», senza che sussista l'obbligo di alcuna loro segnalazione da parte dei sanitari, proprio per favorire l'effettività della tutela (art. 35, 3° e 5° co.)<sup>12</sup>.

parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (par. 3).

<sup>11</sup> Gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, ma non iscritti al SSN, possono godere, previo pagamento delle tariffe previste, delle prestazioni ospedaliere urgenti e delle prestazioni sanitarie di elezione (art. 35, 1° e 2° co., d.lgs. 286/1998; art. 43, 1° co., DPR 349/1999).

<sup>12</sup> È intervenuta anche la circolare del Ministero della Salute n. 5, del 24 marzo 2000, che ha meglio precisato i contenuti del suddetto art. 35. L'art. 36 prevede, infine, il permesso di soggiorno per le cure mediche in Italia, effettuando il «deposito di una somma a titolo cauzionale, tenendo conto del costo presumibile delle prestazioni sanitarie richieste» (1° co.).



Le disposizioni del d.lgs. 286/1998 sono particolarmente indicative in quanto attuano nel suo nucleo essenziale il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. Difatti, il nostro giudice delle leggi ha evidenziato come il suddetto decreto legislativo abbia dettato «alcune specifiche disposizioni, nelle quali i modi di esercizio dello stesso [diritto alla salute] sono differenziati a seconda della posizione del soggetto rispetto agli obblighi relativi all'ingresso e al soggiorno», precisando però che il decisore politico ha osservato il principio per cui questo tipo di diritto, seppure finanziariamente condizionato, presenta «un nucleo irriducibile [...] protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicar[n]e l'attuazione [...]. Questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato»<sup>13</sup>.

È evidente che se il nucleo irriducibile del diritto alla salute trova il suo fondamento nel valore della dignità umana, allora la relativa tutela non può non essere estesa a tutti, cioè anche agli stranieri, in quanto il valore della dignità è comune alla natura di ogni persona. Ciò, peraltro, è confermato dalle disposizioni internazionali a garanzia del diritto alla salute, come nel caso dell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, o, con specifico riferimento alla popolazione immigrata, dell'art. 28 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti, secondo cui

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 252/2001, punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> Per tali richiami normativi, 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-Udine, 2012, 100 ss.

questi ultimi «hanno il diritto a ricevere le cure mediche urgentemente necessarie per preservare la loro vita o per evitare un danno irreparabile alla loro salute, sulla base del principio di uguaglianza di trattamento con i cittadini nazionali dello Stato interessato». Egualmente, a livello interno dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10, 2° co., Cost., emerge una garanzia universale dei diritti inviolabili dell'uomo, sicché se ne impone l'estensione anche nei riguardi dei migranti<sup>14</sup>.

Questo, dunque, dovrebbe essere l'angolo prospettico attraverso cui analizzare i tanti profili problematici legati al tema dell'immigrazione, tenendo naturalmente nel debito conto gli aspetti securitari e, con particolare riguardo alla salute, gli aspetti finanziari. Tutto deve sempre rientrare in un'ottica di bilanciamento ispirata al rigoroso principio di proporzionalità, ricordando tuttavia, come sottolinea la dottrina<sup>15</sup>, che il valore della dignità – direttamente interessato nel fenomeno migratorio – non rientra nei termini della ponderazione, ma opera esternamente ad essa come una "bilancia" tra diritti eventualmente confliggenti.

<sup>15</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1181.

## 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](mailto:vzambrano@unisa.it). Luigi Ferraro: Prof. Associato di Diritto pubblico comparato presso l’Università della Campania Luigi Vanvitelli. Mail: [luigi.ferraro@unicampania.it](mailto: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*»<sup>1</sup>. 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'UE<sup>2</sup>, *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-Jugoslavia<sup>3</sup>. Per fare fronte a questo grave evento l'Unione Europea ha fatto ricorso alla direttiva sulla protezione temporanea<sup>4</sup>, 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 minori<sup>5</sup>.

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 utilizzata<sup>6</sup>, con un elevato numero di migranti che sono morti nel *Mare Nostrum*<sup>7</sup>, come hanno nuovamente dimostrato, di recente, le stragi di Cutro

<sup>1</sup> Cfr. L. CARACCILO, A. RICCARDI, *Accogliere*, Segrate, 2023, 14, 16.

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

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> 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.](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.)

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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 Grecia<sup>8</sup>. 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 precedente<sup>9</sup>. 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»<sup>10</sup>.

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 transito<sup>11</sup>. 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 Europa<sup>12</sup>.

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, TUE<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> 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).

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

<sup>10</sup> Cfr. FONDAZIONE MIGRANTES, *op. cit.*, 269.

<sup>11</sup> 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).

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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.)<sup>14</sup>. 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*»<sup>15</sup>.

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»<sup>16</sup>. In questo contesto le norme che governano i processi migratori si trovano a regolamentare i c.d. «poteri di confine» di uno Stato<sup>17</sup>; 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’origine<sup>18</sup>. 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 degradanti<sup>19</sup>.

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 Stati<sup>20</sup>. 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.

<sup>14</sup> Cfr. G. SANTOMAURO, *Sicurezza e frontiere: le politiche migratorie nell’emergenza europea e italiana*, in [federallismi.it](http://federallismi.it), 13, 2021, 226.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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».

<sup>18</sup> Così si esprime A. CALIGIURI, *op. cit.*, 255.

<sup>19</sup> Cfr. G. SANTOMAURO, *op. cit.*, 226.

<sup>20</sup> 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 internazionale<sup>21</sup>. 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 stabilizzate<sup>22</sup>, 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»<sup>23</sup>. 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»<sup>24</sup>. 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.<sup>25</sup>

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»<sup>26</sup>, 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 maschile<sup>27</sup>.

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

<sup>22</sup> 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](http://dirittifondamentali.it), 3, 2021, 394 ss.

<sup>23</sup> 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.

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

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

<sup>26</sup> 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. MANFRELOTTO, *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.

<sup>27</sup> 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 Europea<sup>28</sup>. 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»<sup>29</sup>.

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»<sup>30</sup>, dal momento che «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero»<sup>31</sup>. 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 umana<sup>32</sup>.

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

Anche con riferimento ai diritti sociali, ormai è acquisita la loro titolarità a favore degli stranieri<sup>33</sup>. 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»<sup>34</sup>. 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

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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.

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

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

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

<sup>34</sup> 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 cittadinanza<sup>35</sup>. È diffusa, appunto, la convinzione di sottrarre diritti agli stranieri per assegnarli nuovamente ai cittadini<sup>36</sup>, 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*<sup>37</sup>. 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»<sup>38</sup>.

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 irregolari<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. I. RIVERA, *op. cit.*, 1380 ss.

<sup>36</sup> Cfr. F. OLIVIERI, *op. cit.*, 146.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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»<sup>40</sup>. 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.»<sup>41</sup>.

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 LEA<sup>42</sup>.

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 tutela<sup>43</sup>; 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

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Sul punto v. G. COLETTA, *op. cit.*, 142.

<sup>43</sup> 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»<sup>44</sup>. Da tale definizione emerge come la detenzione amministrativa possa dunque considerarsi uno strumento funzionale alla gestione del fenomeno migratorio<sup>45</sup>. 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»<sup>46</sup>.

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 personale<sup>47</sup>. 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'altro<sup>48</sup>.

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»<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> 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.

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

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Ancora M. RUOTOLO, *op. cit.*, 582.

<sup>49</sup> 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 giurisdizionale<sup>50</sup>. 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 ordinari<sup>51</sup>.

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.)<sup>52</sup>. 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”<sup>53</sup>.

---

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).

<sup>50</sup> 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».

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

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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 libertà<sup>54</sup>. 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 amministrativa<sup>55</sup>. 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'UE<sup>56</sup>.

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 inefficiente<sup>57</sup>. 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>.

<sup>54</sup> 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.)

<sup>55</sup> Cfr. E. PISTOIA, *op. cit.*, 129.

<sup>56</sup> Cfr. S. SANTORSO, *op. cit.*, 115 ss.

<sup>57</sup> Cfr. G. SANTOMAURO, *op. cit.*, 236.

Italia [...], accedere ad una qualche forma di accoglienza istituzionale appare tanto difficile quanto casuale»<sup>58</sup>, 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”.

---

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

## Comunità indigene e gruppi migranti Dissenso, Trasformazione, Reinvenzione

*Anna Loretoni\**

INDIGENOUS COMMUNITIES AND MIGRANTS. DISAGREEMENT, TRANSFORMATION, REINVENTION

ABSTRACT: This article analyzes the reflection of the social sciences on the subject of migration, focusing the different forms of coexistence between natives and migrants. After examining the various configurations of public space, the author proposes a reflection on the concept of people as a jusgenerative dimension, open and discutabile, marked by the interaction between majority cultures and minority cultural identities. In light of the potentiality of deliberative democracy and the distinction between moral and political consensus, the article examines some specific cases related to the presence of Islam in Europe. The *affaire du foulard* and the arranged marriage are thus read from the perspective of gender studies, which propose a critical and ambivalent interpretation of it.

KEYWORDS: Migrations; public space; people; deliberative democracy; gender

ABSTRACT: Il saggio analizza la riflessione delle scienze sociali in tema di migrazioni focalizzandosi sulle diverse forme di convivenza tra nativi e migranti. Dopo aver preso in esame le varie configurazioni dello spazio pubblico, l'autrice propone una riflessione sul concetto di popolo come dimensione giusgenerativa, aperta e controvertibile, segnata dall'interazione tra culture maggioritarie e identità culturali minoritarie. Alla luce delle potenzialità della democrazia deliberativa e della distinzione tra accordo morale e politico, il saggio esamina alcuni casi specifici relativi alla presenza dell'Islam in Europa. *L'affaire du foulard* e il matrimonio combinato vengono così letti nella prospettiva degli studi di genere, che ne propongono una interpretazione critica e ambivalente

PAROLE CHIAVE: Migrazioni; spazio pubblico; popolo; democrazia deliberativa; genere

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Fenomenologie dello spazio pubblico – 3. L'Islam in Europa – 4. Processi deliberativi.

---

\* Professoressa ordinaria di Filosofia politica e Preside della Classe Accademica di Scienze sociali presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa. Mail: [anna.loretoni@santannapisa.it](mailto:anna.loretoni@santannapisa.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 1. Premessa

Le scienze sociali hanno da tempo avviato una riflessione sulle migrazioni che non si concentra solo sull'attraversamento dei confini e sulle modalità dell'accoglienza<sup>1</sup>. Ambiti altrettanto problematici, e perciò oggetto di opportuna attenzione teorica, analizzano le diverse forme di convivenza che possono venire ad instaurarsi tra nativi/e e migranti negli spazi pubblici delle nostre democrazie, configurati a loro volta sulla base di una specifica cultura politica e giuridica storicamente determinata. In relazione a quest'ultima dimensione dell'analisi, va operata una prima utile distinzione. Se alcune riflessioni hanno da una parte privilegiato il piano della tutela delle identità culturali maggioritarie, nel senso delle identità nazionali, altre, riconducibili all'approccio comunitarista e multiculturalista, hanno argomentato in favore della protezione delle culture minoritarie presenti all'interno delle comunità democratiche. Secondo quest'ultima prospettiva, la protezione del patrimonio culturale, ma anche gli stili di vita e l'organizzazione sociale delle comunità sono oggetto di salvaguardia, che va perseguita tanto attraverso il riconoscimento di diritti collettivi, quanto tramite la tutela dei diritti individuali. Accettando l'esistenza di un diritto al riconoscimento per le minoranze, nella forma di un "diritto alla cultura", ciò che si richiede allo Stato non è unicamente di garantire i diritti fondamentali definiti sulla base della concezione pubblica di giustizia che informa le istituzioni democratiche, ma anche di agire per salvare le culture a rischio di estinzione a causa delle sfide poste dai processi di globalizzazione che possono limitare la diversità degli stili di vita<sup>2</sup>. Nel tentativo di conciliare riconoscimento delle diversità e liberalismo politico, Will Kymlicka ha proposto lo strumento normativo dei diritti differenziati per gruppi particolari della popolazione, da affiancare ai diritti individuali, al fine di realizzare un'uguaglianza di opportunità sostanziale e preservare la diversità culturale<sup>3</sup>. Per i/le migranti, però, la questione è più complessa. Essendo «donne e uomini sradicati»<sup>4</sup>, essi tendono a sfuggire alle logiche della cittadinanza liberale e comunitarista, perché la loro integrazione è resa più difficile dall'estraneità rispetto alla cultura dominante e alle culture eventuali minoritarie tutelate. Non a caso, dunque, nella riflessione di Will Kymlicka<sup>5</sup>, tra i gruppi minoritari da tutelare, oltre alle minoranze nazionali e alle popolazioni indigene, si aggiungono anche i gruppi di immigrati/e. Mi sembra importante sottolineare che, in questo modo, si compie un timido tentativo di includere nella proposta multiculturalista una maggiore consapevolezza della iper-diversità delle società contemporanee. Questa linea di riflessione apre una nuova prospettiva sul rapporto tra cultura dominante, culture minoritarie autoctone e culture migranti, riconoscendo che i gruppi migranti non stanno in silenzio e in disparte ad attendere di essere assimilati dalla cultura dominante, ma sin dalla loro richiesta di accedere a una

<sup>1</sup> Per una ricostruzione complessiva di questo dibattito si veda: E. GREBLO, *Etica dell'immigrazione. Una introduzione*, Milano-Udine, 2015.

<sup>2</sup> A. MARGALIT, M. HALBERTAL, *Liberalism and the Right to Culture*, in *Social Research*, 1994, 61, 3, 491-510; C. TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1992, 9-62.

<sup>3</sup> W. KYMLICKA, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford-New York, 2001.

<sup>4</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Roma-Bari, 2008.

<sup>5</sup> W. KYMLICKA, *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford-New York, 2007.

comunità liberale, entrano nello spazio pubblico e rivendicano «visibilmente e orgogliosamente» il riconoscimento della propria diversità.

## 2. Fenomenologie dello spazio pubblico

La presenza dei migranti e delle migranti nei nostri contesti democratici ci porta a comprendere meglio come l'attività democratica non si limiti ai soli processi formali della politica, ma si rifletta anche in atti di dissenso culturale, di trasformazione e reinvenzione degli *standard* delle diverse comunità, sia di quelle di appartenenza che di quelle di accoglienza. Le nostre democrazie, del resto, non rappresentano solo una forma di governo, un insieme di procedure, ma si nutrono di uno spazio pubblico in cui le diverse individualità, e i gruppi, si incontrano e ridefiniscono le proprie identità di individui attivi, non di spettatori o spettatrici passivi, e neppure di meri elettori o elettrici. Una delle visioni più interessanti dello spazio pubblico inteso come *laboratorio*, avanzata da Alessandro Pizzorno<sup>6</sup>, mostra come nel corso delle discussioni pubbliche, gli attori entrano in gioco con una certa percezione della propria identità e del proprio posizionamento, ma ne escono modificati, perché i processi stessi, lo svilupparsi del dialogo, mutano i posizionamenti originari. Alcune studiose hanno sottolineato questa trasformazione nel ripercorrere *l'affaire du foulard* in Francia. In questo caso, giovani donne che lottavano per affermare un'identità tradizionale, da "soggetti docili" si sono trasformate, anche grazie alle opportunità offerte loro dalla dimensione democratica, in "sé pubblici", capaci di rivendicare qualcosa rispetto ad uno Stato che, seguendo un'impostazione di tipo assimilazionistico verso le diversità, le vorrebbe cittadine senza velo<sup>7</sup>. In questo processo di conflitto tra una cultura minoritaria e una maggioritaria, non è dato sapere in anticipo se ciò significherà rimettere in discussione le stesse tradizioni islamiche a favore delle quali queste donne lottano, apportando modificazioni all'interno della loro cultura in termini di diritti di genere. Questo esito non è possibile prevederlo; esso dipende, tra l'altro, dalla possibilità di trovare riconoscimento per istanze che spesso tendono a mescolare i linguaggi, provando a tenere insieme diritti umani, *in primis* libertà e uguaglianza, e simboli culturali, quali il velo, a cui attribuire nuovi e diversi significati<sup>8</sup>. È lungo questo versante, però, che si strutturano i diversi modelli di spazio pubblico, in primo luogo la capacità di inclusione delle diversità. Di fronte a questi fenomeni di dissenso e di reinvenzione dei significati, possiamo innanzitutto impegnarci a rafforzare la promessa di inclusione inscritta nella dimensione valoriale della democrazia liberale, nel suo costante richiamo ai principi di dignità, libertà e uguaglianza degli individui. Ma soprattutto possiamo evitare di contrapporre a questa forma di *agency*, o ad altre simili pratiche di rivendicazione di particolari appartenenze culturali, il muro di un'ingombrante concezione del *demos*, un universalismo escludente che fungerebbe da ostacolo non al confine, ma all'interno della comunità politica. Il focus della riflessione dovrebbe allora spostarsi dal conflitto tra i valori alla riflessione sulla natura plurale, frastagliata e fluida del concetto di "popolo", in base alla quale ogni dualismo tra cittadini/e e migranti, tra nazionali e

<sup>6</sup> A. PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo. Classi, Partiti, Sindacati*, Bologna, 1980.

<sup>7</sup> S. BENAÏB, *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004; I. DOMINIJANNI, *Corpo e laicità: il caso della legge sul velo*, in G. PRETEROSI (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2006.

<sup>8</sup> Su questo punto rimando a A. BELLI, A. LORETONI, *Gender, Identity and Belonging: New Citizenships beyond Orientalism*, in *Journal of Balkan and Eastern Studies*, 1, 483-98.



stranieri/e, risulta essere inadeguato. Secondo Frank Michelmann, lungo un processo *giusgenerativo* che trova nello spazio pubblico delle iterazioni democratiche il suo centro, il popolo democratico definisce originariamente se stesso e poi si ridefinisce espandendosi e includendo nuovi soggetti, come mostra gran parte dell'esperienza storica degli Stati occidentali<sup>9</sup>. Il fatto che gli/le stranieri/e divengano residenti e poi cittadini e cittadine evidenzia il carattere poroso di ogni determinazione del "noi, il popolo", quale entità dinamica e non statica, contribuendo così a rafforzare la configurazione del *demos* come insieme di individui che interagiscono democraticamente pur appartenendo a diversi *ethnoi*. I due fronti del "chi c'è già" e del "chi arriva", vengono continuamente rinegoziate, a sancire il carattere aperto dell'appartenenza democratica, in base alla quale i popoli si sviluppano nel corso della storia e si modificano, anche in forma conflittuale, lungo divisioni interne che fanno riferimento alla classe, all'etnia, alla religione, al genere. Se innalziamo un muro verso i nuovi *ethnoi*, dobbiamo essere consapevoli che stiamo di fatto impedendo a coloro che arrivano di mettere in atto un esercizio riflessivo capace di stabilire ponti tra la propria originaria appartenenza e i principi, i valori e le regole della nuova comunità. Se i gruppi marginalizzati hanno sempre provato a ridisegnare i confini dell'inclusione tramite lotte che miravano a rinnovare il codice morale della nazione – valori, principi, visioni del mondo –, pensare il popolo in termini omogenei, come entità connotata da un sentire comune, ci fa sconfinare inevitabilmente verso quella che la letteratura sul populismo definisce la versione essenzialistica del "noi"<sup>10</sup>. Il populismo, infatti, nel tentativo di risolvere le difficoltà inerenti alla raffigurazione del popolo, resuscita in modo immaginario la sua unità e omogeneità, sottolineando al tempo stesso la distanza da quanto ad esso si oppone: le *élites*, i quadri dirigenti, gli stranieri. Questi elementi vengono pertanto a rappresentare una sorta di esterioresità essenziale rispetto al popolo, che si avvale peraltro anche dell'esaltazione della sua superiorità morale rispetto alle molte declinazioni degli altri, che sono corrotti, parassiti, delinquenti, nemici che insidiano la nostra identità occidentale. Formulando una concezione sostanzialistica del sociale, il populismo propone una visione omogenea del popolo, senza alcun pluralismo, divisioni valoriali o differenze culturali. Una siffatta declinazione del concetto di popolo produce conseguenze non solo per gli inclusi, ma anche per gli esclusi. Stabilendo questo tipo di confine tra il gruppo dominante e gli altri gruppi, i valori, i principi e gli interessi di questi ultimi possono essere legittimamente ignorati. Tale divisione dentro-fuori traccia in modo netto i confini del *demos*, che non è più quello democratico dei membri della comunità politica, ma quello di coloro che, poiché superiori moralmente, costituiscono la parte sana della cittadinanza, e che pertanto possono rivendicare il "monopolio morale" della rappresentanza della nazione<sup>11</sup>. Se invece interpretiamo il concetto di popolo come connotato da confini controvertibili, trasformabili e reinventabili, ne risulta una dialettica interna alla narrazione dei suoi elementi, che è infine insopprimibile. Dal momento che non può darsi un'unica e indiscutibile narrativa del sentire comune, sia l'identità nazionale che le altre identità collettive risultano essere il frutto di elementi dissonanti, basati su aspirazioni universalistiche e posizioni particolaristiche che producono esiti sempre rivedibili e mai conclusivi. Se l'ipotesi di uno

<sup>9</sup> F. MICHELMANN, *Law's Republic*, in *The Yale Law Journal*, 1988, 97, 8, 1493-537.

<sup>10</sup> Nell'ampia letteratura sul populismo rimando a: J.-W. MULLER, *Che cos'è il populismo?*, Milano, 2017; N. URBINATI, *Io, il Popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020.

<sup>11</sup> Ho affrontato più diffusamente questo tema nel saggio *Regressioni democratiche*, in A. MASALA, L. VIVIANI, (a cura di), *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Roma, 2020, 83-96.

spirito nazionale unitario inibisce ai gruppi subalterni la possibilità di interagire e modificare il contesto e il contenuto della definizione di popolo entro cui assume forma la loro stessa subordinazione, la definizione aperta e fluida di popolo è in grado quantomeno di aprire un varco nelle insidiose ambivalenze dell'appartenenza. Del resto, se adottiamo uno sguardo di tipo decostruttivo, e indaghiamo all'interno delle identità nazionali, scopriamo che l'altro non è altrove, ma accanto a noi. Infatti, capovolgendo il cilindro delle nostre democrazie, fuoriescono gruppi e individui che condividono valori e principi che si strutturano in auto-rappresentazioni simboliche che non collimano esattamente con quelle delle democrazie liberali. Se questo è un indiscutibile dato di fatto, non tutti però concordano nel sostenere che migranti e stranieri non solo non mettono a repentaglio, ma anzi possono arricchire la cultura delle comunità politiche, senza minaccia per il liberalismo, che al contrario può essere riletto, approfondito e modificato riflessivamente.

### 3. L'Islam in Europa

La presenza dell'Islam in Europa, l'apparire sulla scena pubblica del/della musulmano/a, l'emergere di pratiche e simboli religiosi nelle diverse sfere della vita sociale, viene a rappresentare un utile momento critico nella prospettiva che vuol accreditare una visione sostanzialistica del *demos*, e che si fa forte di un processo di neutralizzazione delle diverse *agency* religiose. Nuovi attori sociali, dapprima invisibili e poi tangibili grazie all'ingresso in siffatto scenario, entrano inevitabilmente in attrito con la dimensione pubblica europea e costringono a rivedere il piano condiviso della secolarizzazione. Il racconto della Modernità ha tra i propri pilastri, o forse si dovrebbe dire tra le proprie illusioni, anche l'ipotesi di una privatizzazione della religione, nonché la scomparsa, o quantomeno l'invisibilità, dell'attore religioso. Come ben sappiamo, questo racconto è stato declinato nei vari contesti nazionali combinando diversamente secolarismo e laicità, con il risultato talvolta di includere le esperienze religiose come una delle voci dello spazio pubblico, come nel caso di Germania e Italia, talaltra relegando le esperienze religiose a dimensione privata, negando loro la possibilità di varcare la soglia del pubblico, come nel caso francese<sup>12</sup>. Riflettendo sul caso europeo, Nilüfer Göle sottolinea come sia proprio l'Islam a mettere in discussione le fondamenta di una configurazione privatistica della religione, ponendo una domanda dagli indubbi tratti provocatori: può la presenza dell'Islam in Europa offrire la possibilità di ripensare lo spazio pubblico? Il quesito ha una sua legittimità solo nella prospettiva che interpreta il pubblico come dimensione aperta, di azione e sperimentazione, come ambito processuale capace di segnalare le linee e i confini che tramite l'agire democratico vengono continuamente tracciati e ritracciati. Se è anche la dialettica tra visibilità e invisibilità a decretare il carattere mutevole della democrazia, l'Islam diviene un atto di sfida per lo spazio pubblico europeo e in particolare per quello francese, la cui cornice è data dal repubblicanesimo e dal secolarismo. Mettendo in mostra elementi visuali della loro diversità religiosa, gli attori islamici si distinguono, pregando pubblicamente nelle piazze o indossando un *foulard*, e rompono l'ordine secolare, producendo discussione e disaccordo, e avanzando la pretesa, espressa sia in forma esplicita che implicita, di rideterminare la sfera pubblica europea in senso pluralista, o forse, come sarebbe più corretto dire, iper-pluralista. Che questa lettura dello spazio

<sup>12</sup> Su questo tema rimando a B. HENRY, A. LORETONI, A. PIRNI (a cura di), *Laicità e principio di non discriminazione*, Soveria Mannelli, 2009.

Focus on

pubblico sia debitrice verso quelle interpretazioni della democrazia come luogo del conflitto e del dissenso, piuttosto che come ambito delle virtù democratiche di un'interazione che mira alla conciliazione, è, credo, evidente<sup>13</sup>. Vale però la pena sottolineare nuovamente che le diverse configurazioni del pubblico vengono ad assumere un ruolo decisivo, perché è attraverso questa dimensione che nuovi attori e nuove rivendicazioni possono mettere in questione l'orizzonte dato. Mettendo in scena i simboli e le pratiche della loro diversità culturale, questi attori infrangono il consolidato ordine secolare. In tal modo, quello pubblico non è più lo spazio comune che delimita un ambito consensuale, sul modello habermasiano di una sfera pubblica regolata dallo Stato, ma diviene campo di azione e sperimentazione, un processo dagli esiti non prevedibili. Ripensata in questi termini, la visibilità religiosa diventa una forma di *agency* pubblica. Come scrive Göle «[...] pratiche come indossare *hijah* nelle scuole, la preghiera pubblica o il commercio di cibo *halal* non soltanto esprimono pubblicamente la presenza dei musulmani in Europa, ma partecipano anche alla (ri)produzione di un immaginario collettivo religioso in cui gli attori islamici possono riconoscersi»<sup>14</sup>. In questo scenario, l'*agency* pubblica non ha il carattere razionale della modalità discorsiva; lavora piuttosto attraverso le immagini, ed è più aperta alla possibilità di trascendere confini nazionali e barriere linguistiche. Manifestandosi in modo sporadico e intermittente, queste pratiche sono meglio in grado di scardinare le cornici sociali e istituzionali dal basso. In questa prospettiva, la visibilità diventa una forma di *agency* pubblica che riveste un ruolo attivo nell'emergere del conflitto e del dissenso, e il coraggio di apparire, di abbandonare la sfera privata per esporsi nello spazio pubblico, assume le fattezze di una prova di cittadinanza. Nella scia di una riflessione che ha origine in Hannah Arendt, le dinamiche che incrociano pubblicità e visibilità sono quindi determinanti essenziali della fenomenologia dello spazio politico, in quanto capaci di andare oltre l'ambito privato del «dialogo tra me e me» su cui si può costruire il libero arbitrio ma non la libertà politica, che ha un necessario carattere mondano<sup>15</sup>. Su questo aspetto del binomio pubblico-visibile torna anche Judith Butler, sottolineando come quando all'interno dei dispositivi biopolitici che governano e gerarchizzano la società irrompono pubblicamente corpi che non vogliono più essere relegati nello spazio privato, si attua un significativo passaggio da una dimensione pre-politica a una politica. Gli atti verbali, i gesti e le *performance*, entrano così nella sfera del politico ed esprimono opposizione e resistenza, uscendo dalla invisibilità in cui la società rende queste vite non degne di attenzione. Per chi vive esistenze non degne di lutto, vite che non saranno piante perché relegate fuori da ciò che la società rende visibile e degno di attenzione, è possibile trascendere la propria condizione di soggettivazione, è possibile cioè mettere in pratica una microfisica della resistenza che è in grado di trasformare la democrazia, tramite il divenire mondani e visibili<sup>16</sup>. La conquista della visibilità, in quanto trasgressione spaziale che conduce dall'invisibilità della periferia alla visibilità del centro si configura così come un atto politico di dissenso. Lo stesso significato dei simboli, per loro natura aperti alla pluralità semantica, cambia quando questi vengono associati all'apparire pubblico; e questo avviene tanto per lo *hijab* indossato dalle giovani musulmane, quanto per la costruzione di moschee e minareti. Come si

<sup>13</sup>N. GÖLE, *La dirompente visibilità dell'Islam nello spazio pubblico europeo. Problemi politici, questioni teoriche*, in *Politica & Società*, 2012, 1, 65-88; *Ead.*, *Islam Resetting the European Agenda?*, in *Public Culture*, 2006, 18, 1, 11-18.

<sup>14</sup>N. GÖLE, *La dirompente visibilità dell'Islam nello spazio pubblico europeo*, *op. cit.*, 73.

<sup>15</sup>H. ARENDT, *Vita activa*, Milano, 2017.

<sup>16</sup>J. BUTLER, *A chi spetta una vita buona?*, Roma, 2013; *Ead.*, *L'alleanza dei corpi*, Milano, 2017.

è visto, la dinamica spaziale svolge qui un ruolo significativo: finché i simboli sono confinati là dove non sono visibili non disturbano; ma se invadono i luoghi della produzione delle *élites*, allora sono in grado di determinare disordine, favorendo un processo di ricomprensione della stessa cultura liberale volto a decostruire le sue pretese assolutistiche e a mettere in risalto le sue radici contingenti, sia storiche che culturali.

#### 4. Processi deliberativi

Ho già sottolineato come la democrazia deliberativa cerchi di coniugare il piano della discussione pubblica delle istituzioni liberal-democratiche e quello dei canali non ufficiali della società civile, i quali meglio delle prime riescono a includere i soggetti esclusi. In questi contesti più informali è, difatti, più agevole per gli individui più vulnerabili prendere la parola; quantunque forme di esclusione, pensiamo al caso delle donne che appartengono ai gruppi minoritari, si ripropongano anche in questi ambiti. Sottolineando il portato inclusivo offerto dalla deliberazione, anche gli studi di genere hanno sostenuto che questo modello di democrazia, associato alla dimensione rappresentativa, possa offrire interessanti risposte proprio alle sfide poste dalle tematiche multiculturali. I dibattiti che si producono all'interno degli spazi informali possono favorire un riconoscimento reciproco delle parti in causa, che, egualmente coinvolte, rendono più agevole reperire un accomodamento. Coinvolgere le comunità culturali nel dibattito pubblico implica innanzitutto un rispetto formale dei loro membri che viene prima del rispetto dei valori condivisi, a vantaggio di uno spazio pubblico pluralista, che superi la concezione monista del bene e riconosca valore e dignità ad altre culture. Un tale processo rende possibile lo sviluppo di un comune senso di appartenenza, di tipo politico e non morale, fondato su una reciprocità a più livelli: tra individui, tra gruppi, e tra la comunità politica e i primi. Se una cittadinanza intesa come mera titolarità di un *set* di diritti acquisibili ci lascia insoddisfatti, come del resto dimostra la conflittualità crescente in diversi paesi europei, occorre sottolineare che al processo di inclusione formale deve accompagnarsi un senso di appartenenza che non faccia sentire gli individui misconosciuti, e che renda possibile lo sviluppo di una condizione di «*cultural self-esteem*»<sup>17</sup>. In definitiva, dunque, se il carattere iper-pluralista delle società contemporanee non è più governabile all'interno dei tradizionali dispositivi liberali, la democrazia deliberativa può offrire una risposta più soddisfacente, essendo in grado di mettere in atto una forma di partecipazione “di contatto” che può favorire il riconoscimento della reciproca dignità degli attori coinvolti, primo irrinunciabile passo per il dialogo tra “stranieri morali”. Dicono ciò, non voglio certamente negare che i processi deliberativi siano privi di significative ambivalenze, e così infatti essi sono apparsi alla letteratura più avvertita. Come sottolinea Iris Marion Young, ad esempio, la stessa capacità di dialogare può costituire un criterio di selezione elitario dei gruppi minoritari e può lasciare aperta la questione dei presupposti dialogici, delle regole e dei criteri alla base della discussione, che, non essendo affatto neutrali, pongono i soggetti su un piano asimmetrico e non paritario<sup>18</sup>. Proprio a questo proposito, risultano interessanti quelle forme di discussione pubblica che non mirano al conseguimento di un accordo, bensì alla formulazione dei rispettivi punti di vista che,

<sup>17</sup>B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*, Cambridge (MA)-London, 2000.

<sup>18</sup>I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Milano, 1996; si veda anche: A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa. Teorie, processi e sistemi*, Roma, 2013.

Focus on

rivisitati riflessivamente, possono venire apprezzati anche se non condivisi. Si tratta di un primo livello di interazione, dove non si verrebbe a determinare un accordo sui contenuti, ma in cui io non solo credo, ma riconosco agli altri di credere, senza sentirmi vincolato a quella credenza. Non mirando al *moral consensus*, la democrazia deliberativa può condurre ad un accordo ragionato di tipo politico, ad un compromesso. Non dobbiamo raggiungere un'intesa sulle norme morali, ma provare ad accordarci politicamente. A questo proposito il criterio relativo al principio di rivedibilità delle decisioni risulta particolarmente appropriato, perché includendo la possibilità di rinegoziare gli accordi presi, può facilitare il compromesso, agevolato dalla certezza di una verifica futura, e dalla valutazione in merito all'efficacia di quanto stabilito. Rimanendo aderente a questa linea concettuale, Richard Bellamy ha proposto il tema della negoziazione e del compromesso politico come parte di pratiche di accomodamento che includono forme di consultazione delle comunità, i cui esiti potranno successivamente diventare oggetto di norme procedurali o costituzionali<sup>19</sup>. Va ad ogni modo sottolineato che l'assunto di base di queste riflessioni è senza dubbio un certo modo di intendere l'identità culturale, non come costruito statico e imm modificabile, ma come una forma di appartenenza che, per quanto sia consolidata nella tradizione, può essere messa in discussione, contestata e rivisitata. Se pensare un movimento continuo che vede gli individui spostarsi da una cultura all'altra non può che apparire semplicistico e banalizzante, neppure la visione che li vorrebbe attori capaci soltanto di testimoniare secondo un moto perpetuo i valori e le pratiche della comunità di appartenenza è a mio parere convincente. Un certo grado di nomadismo selettivo che ci conduce da una cultura all'altra è infine inevitabile, e porta con sé un processo di creazione e ricreazione dei significati, una dinamica capace di rendere la cultura alterabile, contendibile nei suoi valori, secondo la metafora che privilegia la mobilità dell'acustica rispetto alla staticità del mosaico<sup>20</sup>. Gli interrogativi sollevati dalla riflessione di genere in merito alle identità ascritte, al versante eterodiretto e performativo in base al quale l'identità non è solo quello che io scelgo di essere, ma anche ciò che gli altri decidono che io sia, ha posizionato l'attenzione della teoria femminista sulle scelte che le donne compiono all'interno delle culture tradizionali. Sia il matrimonio combinato, da distinguersi da quello forzato, sia l'atto di velarsi, rappresentano due buoni esempi per la nostra riflessione. Qualsiasi scelta si realizza all'interno di un contesto fatto di opportunità, ma anche di limiti e condizionamenti, e accettare una forma di assoggettamento in un determinato ambito di vita, può di fatto implicare la creazione di uno spazio all'interno del quale è possibile guadagnare autonomia e *agency*. Il terreno dell'analisi diventa qui, senza dubbio, più insidioso, e il confine tra una maggiore attenzione al contesto e ai significati particolari delle scelte da una parte, e un esito di fatto compromissorio, se non di vera e propria giustificazione di stampo relativistico dall'altra, è assai sottile. Questo approccio, però, presenta, a mio parere, indubbi vantaggi. Esso permette di catturare forme di *agency* là dove sembra di poter rintracciare, ad un primo sguardo dall'alto, solo oppressione e assenza di autonomia. Se si assume una declinazione del concetto di autonomia come «*minimal degree of self-reflexivity*», alcune scelte che pure si allontanano dal significato canonico di autonomia, e che si spingono verso modelli di femminilità più vicini alle culture minoritarie in cui queste donne sono state socializzate, stanno ad indicare un processo di risignificazione dei contenuti

<sup>19</sup> R. BELLAMY, *Liberalism and Pluralism. Towards a Politics of Compromise*, London-New York, 1999.

<sup>20</sup> S. BENHABIB, *The Law of Peoples, Distributive Justice, and Migrations*, in *Fordham Law Review*, 2004, 72, 5, 1761-87.

valoriali. In questo senso si può parlare di un'autonomia di tipo procedurale, che connette la scelta a un livello di consapevolezza interiore, e che si rivela compatibile con l'esperienza di donne appartenenti a culture tradizionali<sup>21</sup>. Detto in altri termini, queste riflessioni mirano problematicamente a mettere in evidenza che le donne possono esercitare la libertà anche in contesti di oppressione, sia attraverso la negoziazione, sia praticando quel «*compromesso con il patriarcato*» che caratterizza del resto la maggior parte degli scenari culturali. Non è sempre la falsa coscienza che indirizza le donne verso una determinata pratica lesiva dell'uguaglianza tra i generi; alla base di questa scelta può esservi la consapevolezza che si possano contestare i *framework* culturali ridisegnandoli dall'interno<sup>22</sup>. Analizzare i comportamenti delle minoranze interne, o delle minoranze nelle minoranze, può essere utile per pensare le culture come costrutti mobili, caratterizzati da conflitti e contestazioni, piuttosto che da un'identità monolitica e statica, senza storia. Senza questo sguardo è difficile comprendere come la vulnerabilità in alcuni ambiti si possa coniugare con l'acquisizione di capacità e potere in altre dimensioni della vita. Come scrive Monique Deveaux, accettare un matrimonio combinato può consentire ad una donna di entrare nel mercato del lavoro o di intraprendere un percorso di studi; due scelte che le permetteranno di acquisire maggiore autonomia<sup>23</sup>. Che simili pratiche possano produrre soggettività capaci nel tempo di mettere in discussione le gerarchie tradizionali e le relazioni consolidate tra i generi all'interno delle culture tradizionali è un fatto che la teoria non può dare per scontato, ma tantomeno precludere. Anche attraverso la scelta di pratiche discriminatorie le donne possono avviare percorsi di auto-riflessività che conducono a radicali cambiamenti dell'auto-percezione e della subordinazione inscritta nella tradizione. L'esperienza di un torto subito, di un diritto negato, può del resto diventare produttiva dal punto di vista cognitivo e condurre a nuove visioni di giustizia sociale, capaci di decostruire le vecchie formulazioni. Qui il sentimento dell'ingiustizia non si configura come un dato informe o ininfluenza, sostanzialmente improduttivo; al contrario, l'esperienza dell'ingiustizia può esibire uno specifico contenuto cognitivo nella misura in cui fa vedere i principi di giustizia in un altro modo, proponendo nuove trasformazioni di quelli socialmente validi, che proprio nell'esperienza del torto subito perdono la loro legittimità<sup>24</sup>. Provando a disinnescare i dispositivi escludenti e stigmatizzanti, in questi percorsi di costruzione della soggettività si produce uno spazio di resistenza che infrange la percezione totalizzante del potere, la sua influenza inabilitante, aprendo una possibilità reale alla soggettivazione che prova ad emanciparsi dall'assoggettamento.

<sup>21</sup> M. FRIEDMAN, *Autonomy, Gender, and Politics*, Oxford, 2003.

<sup>22</sup> U. NARAYAN, *Mind of Their Own. Choices, Autonomy, Cultural Practices and Other Women*, in L.M. ANTONY, C. WITT, (a cura di), *A Mind of One's Own, Feminist Essays on Reason and Objectivity*, Boulder, 2002.

<sup>23</sup> M. DEVEAUX, *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford, 2006; A. LORETONI, *Ampliare lo sguardo. Genere e teoria politica*, Roma, 2014.

<sup>24</sup> E. RENAULT, *Teorie del riconoscimento e sociologia dell'ingiustizia*, in *Post-Filosofie*, 2007,1, 2, 51-74.

## Antropologia e diritto di fronte alla salute del minore: un approccio integrato

Claudia Cavallari, Ilenia Ruggiu\*

ANTHROPOLOGY AND LAW CONFRONTED WITH CHILD HEALTH: AN INTEGRATED APPROACH

ABSTRACT: The article reflects on how, in societies that are becoming increasingly multicultural, the concept of health should be understood in an anthropological key, including the minority in the evaluation of what is psycho-physical well-being. The article starts from a juridical reconstruction of the rights that come into play in balancing and shows how the idea of health – currently understood as the psycho-physical well-being of the individual – is an idea culturally located in the West and can be enriched by other conceptions (medical pluralism). The article therefore focuses on the analysis of a series of cultural and religious practices in which the health of the minor has come to the fore, some now well known in the jurisprudence (blood transfusion prohibition, male and female circumcision), others still ignored in the Italian debate (cupping and gua sha).

KEYWORDS: Traditional medicine; *gua sha*; cupping; blood transfusion; multiculturalism

ABSTRACT: L'articolo riflette su come, in società che diventano sempre più multiculturali, il concetto di salute vada inteso in chiave antropologica, includendo la minoranza nella valutazione di ciò che è benessere psico-fisico. L'articolo parte da una ricostruzione giuridica dei diritti che entrano in gioco nel bilanciamento e mostra come l'idea di salute intesa attualmente quale benessere psico-fisico dell'individuo sia una idea culturalmente situata nell'occidente e possa essere arricchita da altre concezioni (pluralismo medico). Quindi l'articolo si concentra sull'analisi di una serie di pratiche culturali e religiose in cui la salute del minore è venuta in rilievo, alcune ormai molto note alla giurisprudenza (divieto di emotrasfusioni, circoncisione maschile e femminile), altre ancora sconosciute al dibattito italiano (coppettazione e gua sha).

---

\* Claudia Cavallari, *Atropologa e Dottoranda in Global Studies. Economy, Society and Law* presso l'Università di Urbino. Mail: [cavallari.cla@gmail.com](mailto:cavallari.cla@gmail.com); Ilenia Ruggiu, *Professoressa ordinaria di diritto costituzionale*, presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Cagliari. Mail: [iruggiu@unica.it](mailto:iruggiu@unica.it). Nell'ambito di una riflessione comune, Ilenia Ruggiu ha scritto i par. 1, 3, 4, 6; Claudia Cavallari ha scritto i par. 2 e 5. La pubblicazione è il frutto di interazioni che le autrici hanno avuto nell'ambito del progetto *Giustizia Smart: strumenti e modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici*. Acronimo: *JustSmart*, finanziato da PON "Progetto unitario per la diffusione dell'Ufficio per il Processo e l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arreato" (gennaio 2022-settembre 2023, coordinatore nazionale Università di Palermo). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Medicina tradizionale; *gua sha*; coppettazione; trasfusioni; multiculturalismo

SOMMARIO: 1. Multiculturalismo e tutela della salute. Il punto di vista giuridico – 2. Multiculturalismo e tutela della salute. Il punto di vista antropologico – 3. I primi casi di conflitto tra diritti culturali/religiosi e diritto alla salute: le emotrasfusioni dei Testimoni di Geova – 4. L'argomento "tutela della salute" nella circoncisione maschile e nelle mutilazioni genitali femminili – 5. La medicina tradizionale asiatica, i suoi valori e le sue pratiche: *gua sha* e coppettazione – 6. Conclusioni.

## 1. Multiculturalismo e tutela della salute. Il punto di vista giuridico

L'irrompere di diversificate tradizioni culturali nell'orizzonte del diritto a seguito delle trasformazioni in senso multiculturale della società italiana ha posto negli ultimi decenni nuove sfide a tutti gli operatori impegnati nella tutela dei minori: nuove concezioni della genitorialità, della cura, della parentela, del benessere del minore si sono unite a quelle, già esse stesse plurali, presenti nella cultura italiana. Peraltro, la stessa cultura italiana ha subito profondi processi trasformativi negli ultimi decenni: la società è diventata più puerocentrica, nel senso che il bambino ha acquisito un ruolo centrale; la famiglia è diventata più protettiva; si è accentuato il ruolo della famiglia nucleare quale *care giver* principale del bambino. Il diritto italiano si adatta plasticamente ai mutamenti culturali in corso nella società italiana<sup>1</sup> ed è importante che lo stesso, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, tenga conto che le minoranze di immigrati portano con loro diversi approcci rispetto a quelli della cultura italiana.

Un aspetto rilevante delle diverse concezioni culturali sottese al benessere e alla crescita del minore è quello concernente la sua salute. Da un punto di vista giuridico, la tematica multiculturalismo e tutela della salute è essenzialmente una questione di bilanciamento tra diritti fondamentali. I diritti potenzialmente coinvolti nel bilanciamento sono numerosi.

L'art. 32<sup>2</sup> della costituzione italiana si occupa, *in primis*, della tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo al di fuori dei suoi legami con altre formazioni sociali tra cui la famiglia o la cultura di appartenenza. Esso va letto in combinato disposto con altri diritti esistenti nell'ordinamento. L'art. 30 della Costituzione italiana afferma che "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti." Tale articolo contiene un *favor* nei riguardi dei genitori circa le scelte da adottare per quanto riguarda la crescita (e la salute) dei figli e va interpretato nel senso che lo possano fare effettuando una trasmissione intergenerazionale dei valori culturali in cui si identificano.

<sup>1</sup> Come dimostrano anche una serie di modifiche legislative quali la norma penale che vieta di lasciare minori da soli fino all'età di 14 anni (art. 591 c.p.) o l'obbligo di segnalazione sonora per evitare che i bambini vengano lasciati in macchina (art. 172 codice della strada).

<sup>2</sup> «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».



Un altro gruppo di diritti che vengono in rilievo sono i diritti culturali. Dal 2018 la Corte di Cassazione italiana<sup>3</sup> ha chiarito che lo straniero gode di un vero e proprio diritto culturale a perpetuare le proprie tradizioni, portando la categoria cultura fuori dall'alveo della mera consuetudine (teoria del pluralismo degli ordinamenti giuridici) per darle lo *status* di un vero e proprio diritto inviolabile di creazione giurisprudenziale (teoria dei diritti fondamentali). Questo nuovo orientamento giurisprudenziale non significa la scomposizione dell'ordinamento in altrettanti statuti individuali quante sono le etnie che formano la società in quanto la Cassazione ha tenuto ferma la sua tesi del limite insormontabile di altri diritti umani e quindi la centralità della persona umana resta sempre il denominatore minimo per valutare il riconoscimento o meno di una pratica culturale.

Oltre al diritto dei genitori a perpetuare la propria cultura, esiste anche un autonomo diritto alla cultura di cui sono titolari i minori<sup>4</sup>. La *Convenzione dei diritti del fanciullo*, nota anche come Convenzione di New York del 1989, lo riconosce espressamente all'art. 30: "Negli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche oppure persone di origine autoctona, un fanciullo autoctono o che appartiene a una di tali minoranze non può essere privato del diritto di avere una propria vita culturale, di professare e di praticare la propria religione o di far uso della propria lingua insieme agli altri membri del suo gruppo"<sup>5</sup>. Da tale articolo si desume che anche il minore ha un diritto a seguire le proprie pratiche culturali, comprese quelle concernenti la sua salute.

I genitori e il minore godono, inoltre, della libertà religiosa sancita dall'art. 19 Cost.<sup>6</sup>. In ragione di tale disposizione, quando una pratica medica praticata sul minore corrisponde ad un dovere religioso, il genitore e lo stesso minore rientrano nell'esercizio di un diritto costituzionale.

I diritti citati, tutti inviolabili, possono entrare in conflitto in varie occasioni: ad esempio, quando il genitore o lo stesso minore rifiutano il ricorso a cure per ragioni culturali o religiose (es. emotrasfusioni) o quando intendono praticare trattamenti curativi prescritti dalla propria fede (es. malocchio, riti vudù, acqua santa); quando i genitori intendono curare il proprio figlio con forme di medicina tradizionale (es. *gua sha*, coppettazione); quando il minore è interessato da trattamenti sul proprio corpo, suggeriti o imposti dalla cultura o dalla religione di appartenenza, che appaiono alla maggioranza come

<sup>3</sup> Corte Suprema di Cassazione, sez. III penale, 29 gennaio 2018, n. 29613. Si tratta del caso di un padre albanese che aveva baciato il figlio sui genitali per manifestare l'orgoglio di avere un figlio maschio, seguendo una pratica culturale diffusa nell'Albania rurale così come in molte altre parti del mondo. La Corte riconosce «il diritto, pure inviolabile... a non rinnegare le proprie tradizioni culturali, religiose e sociali» (punto 3.4. diritto), e afferma che il riconoscimento di una scriminante culturale incontra il limite invalicabile dei diritti inviolabili della persona. Nel caso in concreto, la difesa culturale non è accolta in quanto il diritto culturale del padre deve essere bilanciato con la libertà sessuale del minore. I. RUGGIU, *Omnia munda mundis. La pratica culturale dell'“omaggio al pene” del bambino: uno studio per la cultural defense*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, [www.statoechiere.it](http://www.statoechiere.it), 27.

<sup>4</sup> I. RUGGIU, *Multiculturalismo e minori*, in AA.VV. *Studi economico-giuridici. In onore di Angelo Luminoso, Francesco Sitia, Pietro Ciarlo*, Napoli, 2021-2022, LXIII, 763 ss.

<sup>5</sup> Come si nota dalla formulazione, ricalca quasi in modo identico l'art. 27 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, anche questo documento vincolante, di diritto internazionale generale, che segna la data di nascita dei diritti culturali in quanto è nel 1966 che il concetto di cultura si autonomizza rispetto a quello di lingua e religione da tempo riconosciute nel dibattito costituzionale.

<sup>6</sup> «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

compromettenti la salute intesa come benessere psico-fisico (es. mutilazioni genitali femminili e circoncisione maschile).

Le costituzioni democratiche si fondano sul principio del pluralismo dei valori e delle scelte di vita. In ragione di ciò, l'ordinamento non può imporre ad un componente di un gruppo culturale minoritario i comportamenti seguiti dalla maggioranza, a meno che i diritti dell'immigrato entrino in conflitto con la protezione di altri diritti fondamentali, quale quello alla salute.

Visto che l'art. 19 Cost. già riconosce la libertà religiosa come diritto inviolabile e che nel 2018 i diritti culturali sono stati riconosciuti come tali dalla giurisprudenza italiana, lo strumento per risolvere il conflitto è, dunque, senz'altro quello del bilanciamento.

Il bilanciamento è una tecnica di risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali che, a differenza di altri criteri per risolvere antinomie tra norme, si basa non sulla scelta netta a favore di un diritto o l'altro, ma cerca, piuttosto, una ponderazione che eviti il totale svuotamento del diritto in gioco. La tecnica del bilanciamento quando vengono in rilievo diritti culturali, del genitore o del minore, richiede uno strumentario diverso rispetto a quello normalmente usato quando si bilanciano altri diritti fondamentali<sup>7</sup>. Ad esempio, è per prima cosa importante assicurarsi una corretta ermeneutica del fatto perché può accadere che diversamente sulla bilancia della giustizia vengano posti pesi alterati dalle lenti culturali che il giudice italiano indossa: se il giudice confonde i lividi lasciati dalla coppettazione o dal *gua sha* con delle percosse e ignora che ci sono erbe urticanti che possono lasciare sul minore dei segni simili alle ustioni rischia di condannare il genitore per maltrattamenti, quando quei lividi in realtà derivano da una pratica medica. Questo problema non si pone quando il bilanciamento riguarda comportamenti che il giudice è perfettamente in grado di intendere in quanto appartengono al proprio orizzonte culturale.

Questo articolo mostra alcuni esempi di bilanciamento tra diritti culturali o religiosi e tutela della salute compiuti dai giudici italiani (divieto di emotrasfusioni, circoncisione maschile e mutilazioni genitali femminili)<sup>8</sup> e analizza alcune pratiche medico-culturali che ancora non si sono poste all'attenzione del giudice, ma che potrebbero, in futuro, generare alcuni casi giudiziari come già accaduto in altri ordinamenti di più antica tradizione multiculturale quali gli Stati Uniti d'America<sup>9</sup> (*gua shah/coining*, e coppettazione).

<sup>7</sup> La dottrina ha proposto l'utilizzo di uno speciale strumento – il test culturale e religioso – per risolvere i conflitti tra diritti culturali e religiosi e altri diritti fondamentali quale quello della salute. Il test è uno schema motivazionale che il giudice segue scandito in varie domande alcune delle quali di natura antropologica. Tale test ha lo scopo di incorporare la conoscenza antropologica nel processo del giudice in modo che sia assicurata una piena comprensione dei comportamenti. Il primo test culturale fu proposto da A. DUNDES RENTELN, *The cultural defense*, Oxford, 2004. A questo seguirono altre proposte: A. EISENBERG, *Reasons of identity. A normative guide to the political and legal assessment of identity claims*, Oxford, 2009; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012 tradotto in *Culture and the Judiciary. The anthropologist judge*, London 2019, con l'aggiunta di una tredicesima domanda rispetto al test culturale proposto nella edizione italiana del 2012.

<sup>8</sup> Per altri casi di bilanciamento tra pratiche religiose e culturali e diritti dei minori si veda I. RUGGIU, *Multiculturalismo e minori: il fondamento costituzionale dei diritti culturali del minore straniero e il test culturale per bilanciarli*, in *Minori Giustizia*, 7/2019, 99 ss.

<sup>9</sup> A. RENTELN, *op. cit.*

Il conflitto tra diritti culturali e diritto alla salute che le pratiche citate determinano si manifesta prevalentemente a livello penale, nel cui ambito, a partire dal 1990, anche i giudici italiani hanno iniziato a tenere in conto il differenziale culturale tra norme positive italiane e tradizioni culturali straniere. Più volte la Cassazione e la giurisprudenza penale di merito ha evocato la categoria dei reati culturalmente motivati. Tale categoria pone la questione del riconoscimento della cosiddetta esimente culturale (in inglese *cultural defense*) che, pur non esplicitamente presente nel codice penale, trova un fondamento assiologico in diversi articoli della Costituzione.

L'art. 2 colloca al centro dell'ordinamento la persona e i suoi diritti sia "come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità". Il gruppo culturale di appartenenza può qualificarsi come una delle "formazioni sociali" in cui avviene lo sviluppo della persona. Come tale, i comportamenti e le scelte di vita che maturano nel proprio gruppo culturale e sono condivise dall'individuo andrebbero tenute in considerazione dall'ordinamento.

Il principio del giudice naturale (art. 25 Cost.) implica che quando la parte proviene da un'altra cultura, ha diritto ad un giudice che sia in grado di compiere un'ermeneutica del fatto come farebbe il giudice del luogo cui l'imputato appartiene. Il giudice naturale, infatti, è un principio creato durante la Rivoluzione francese per assicurare che il giudice che esaminava la controversia fosse il "giudice del borgo", capace di capire il contesto in cui le parti operavano, e non più il giudice inviato da Parigi di nomina regia, totalmente avulso dalla realtà del luogo<sup>10</sup>.

Vengono, inoltre, in rilievo i principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa della pena, contenuti nell'art. 27 della Costituzione, rispettivamente nel primo e nel terzo comma.

I risvolti applicativi della considerazione del fattore culturale in sede giudiziaria si manifestano sia nella ricostruzione dell'ermeneutica del fatto (che ha portato i giudici a leggere un comportamento secondo il significato che ha nella cultura della minoranza e non in quella italiana) sia nella determinazione della pena. In questo caso, più che di esimente culturale può meglio parlarsi di attenuante culturale, in quanto il giudice non nega la rilevanza penale del comportamento, ma, valutata l'influenza della cultura nell'elemento psicologico del reato, spesso accorda una riduzione della pena.

Prima di addentrarci nell'analisi dei casi selezionati per questo lavoro, è opportuno, compiere una riflessione sul concetto di salute. Com'è noto, nell'attuale definizione giuridica, la salute va intesa come il benessere psico-fisico dell'individuo. Oltre alla ovvia considerazione che in genere tale benessere è condizionato da ciò che il gruppo sociale approva o non approva, è necessario compiere un arricchimento di questa definizione andando a vedere come il concetto di salute si declina presso altri gruppi. Questo ci consentirà di capire che la definizione giuridica di salute che l'ordinamento italiano condivide è culturalmente situata: essa riflette l'individualismo e la laicità della società attuale, ma non è l'unica possibile, come attesta l'antropologia dove la salute può essere intesa come una assenza di spiriti negativi o equilibrio tra le forze vitali dell'universo.

<sup>10</sup> G. UBERTIS, *Multiculturalismo e processo penale*, in AA.VV., *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, I, in a cura di P. BONETTI, A. SIMONI E T. VITALE, Milano, 2011, 1127 ss.

## 2. Multiculturalismo e tutela della salute. Il punto di vista antropologico

Se per il diritto la tematica multiculturalismo e tutela della salute è essenzialmente una questione di tensione tra diritti fondamentali, per l'antropologia, il primo elemento da chiarire è che cosa i soggetti intendano per salute.

Ogni società e ogni gruppo offre una propria interpretazione in merito al concetto di salute e al concetto stesso di individuo e corpo umano. Ciò porta ad una vastissima varietà di approcci alla medicina, che si basano su differenti sistemi simbolici, sulle proprie rappresentazioni e sulle risposte che vengono fornite alle domande relative al corpo, alla malattia, al dolore e alle possibili soluzioni e terapie. I sistemi medici possono quindi essere identificati come un insieme di conoscenze, di rappresentazioni, di risorse e di pratiche che permettono di affrontare, in un determinato contesto, la malattia<sup>11</sup>. All'interno di questi sistemi: «Il capezzale di un malato è il luogo straordinario di riunione di un insieme di personaggi: si è certi di vedere il medico e i suoi assistenti, ma allo stesso modo anche la famiglia, i parenti lontani, gli amici e, in modo meno visibile, altri individui che prestano il loro aiuto sotto forma di tisane, di preghiere o di esorcismi<sup>12</sup>».

Questa citazione ci porta a riflettere sulla complessità delle forze e delle dinamiche che entrano in gioco all'interno di un sistema medico. Tale ampia definizione, in antropologia medica, consente quindi di prendere in considerazione e riconoscere le medicine "altre", rispetto a quella biomedica<sup>13</sup>, e quei sistemi medici plurali, in cui cioè convivono e coesistono una pluralità di risorse terapeutiche.

Ciò che l'antropologia medica ha ormai da tempo reso evidente è che la concezione stessa di malattia e di salute sono dei costrutti culturali (anche la biomedicina stessa!), socialmente generati, e quindi non universali. Come evidenziato da Pino Schirripa:

«Che si faccia riferimento a sistemi governati da categorie "personalistiche", nei quali cioè la malattia è dovuta a un intervento attivo di un agente umano (stregone, fattucchiere) o soprannaturale (spirito, dio, antenato); o governati invece da categorie "naturalistiche", nelle quali la malattia è imputata a un disequilibrio delle forze che regolano il corpo e l'universo (caldo/freddo, yin/yang) [...] la malattia presso gran parte dei popoli non occidentali [...] è il segno di qualcosa d'altro, cioè di un incrinarsi di un ben più profondo equilibrio che trascende l'individuo e che investe la società o il cosmo<sup>14</sup>».

A prescindere quindi dalla "provenienza" della pratica medica in questione, è importante porre l'accento su come non sia in alcun modo possibile scindere la malattia e la salute dal più ampio sistema di valori e dal contesto in cui si presenta. All'interno di tale contesto, dove possiamo trovare, come precedentemente sottolineato, differenti risorse terapeutiche offerte dal sistema medico, non è però possibile individuare una tipologia standard di comportamento. La gestione della malattia e il percorso terapeutico, infatti, rimangono fortemente influenzate dalle personali interpretazioni del male, dalla possibilità di accesso alle risorse terapeutiche disponibili (anche a livello economico), che non necessariamente vengono percepite come contraddittorie (accettando sia spiegazioni biomediche che di

<sup>11</sup> A. KLEINMAN, *Concepts and a model for the comparison of medical systems as cultural systems*, in *Social Science and Medicine*, 1978, 12, 85-93.

<sup>12</sup> J. BENOIST, *Antropologie médicale en société créole*, Parigi, 1993, 11.

<sup>13</sup> Con il termine biomedicina si intende la cosiddetta medicina occidentale, ovvero l'insieme dei principi delle scienze naturali e della biologia applicate alla pratica clinica.

<sup>14</sup> P. SCHIRRIPIA, *Le politiche della cura. Terapie, potere e tradizione nel Ghana contemporaneo*, Lecce, 2005, 49.

tipo spirituale, ad esempio). La ricerca della salute da parte di una persona mette quindi in luce «il muoversi incessante da parte dei pazienti o dei loro familiari fra tutte queste opportunità, seguendo un itinerario frequentemente complesso, differenziato secondo i tipi di malattia, sesso ed età del malato, ed il cui tratto più significativo è comunque la straordinaria flessibilità pragmatica degli “attori” principali impegnati nella ricerca della guarigione, o quanto meno di una guarigione a loro avviso “soddisfacente”<sup>15</sup>».

La malattia si presenta quindi come un evento estremamente complesso che riguarda non solo il singolo individuo, ma anche la società e le sue istituzioni<sup>16</sup>. La scelta della tipologia di terapia cui fare riferimento implica considerazioni personali e del gruppo di appartenenza, così come considerazioni di ordine sociale ed economico. I percorsi di cura variano in generale da persona a persona a causa dei motivi più vari e, sebbene non sia possibile individuare un modello nei comportamenti, è possibile comunque individuare almeno gli ambiti a cui appartengono i fattori che li caratterizzano, ovvero quello cognitivo, che fa riferimento alla natura del male stesso e al suo ambito di appartenenza; quello culturale, che riguarda la gestione dell’evento malattia da parte del gruppo sociale e da parte dell’individuo; e quello sociale, che riguarda, invece, la possibilità di accesso alle differenti risorse sanitarie presenti sul territorio<sup>17</sup>.

Un sistema medico plurale può quindi essere visto come un luogo di incontro e convivenza di pratiche, tradizioni e saperi medici differenti, che non possono essere ricondotti a corpi integrati di teorie relative a malattia, cura e salute. È piuttosto uno spazio attraversato dai pazienti, nei loro percorsi di ricerca della cura, e dai terapeuti, che fanno riferimento ad orizzonti differenti; quindi, uno spazio estremamente fluido, in continuo movimento e di difficile definizione, essendo non facilmente inseribile in un modello rigido. Il sistema medico plurale non è tuttavia un insieme armonico: così come nella società troviamo diversi conflitti e rapporti ineguali, anche i sistemi medici plurali, visti come insieme delle risorse di cura presenti, sono un luogo di competizione tra diversi soggetti, dominanti e dominati.

A ben vedere, la società italiana già presentava, prima che il fenomeno migratorio si intensificasse portando nuove modalità di cura, un suo pluralismo interno: accanto alla medicina ufficiale (biomedicina) esistono, infatti, le cosiddette medicine alternative quali ad esempio l’omeopatia, che hanno peraltro già dato vita a casi giudiziari rispetto alla loro applicazione a minori<sup>18</sup>. Va, inoltre, rilevato che l’egemonia della biomedicina in Italia non ha del tutto eliminato forme di medicina “tradizionale” cui alcune persone continuano a ricorrere (es. pratiche antimalocchio, ricorso a maghi/e e fattucchiere). L’avvento del fenomeno del multiculturalismo ha arricchito tale pluralismo interno.

Fatte queste premesse sul concetto di salute e malattia, l’analisi proseguirà andando ad analizzare alcune pratiche culturali e/o religiose che hanno generato casi giudiziari mettendo in tensione la tutela della salute del minore. Si inizierà con quelle più note alla giurisprudenza italiana.

<sup>15</sup> R. BENEDEUCE, *Orizzonti della ricerca etnopsichiatrica*, in *Monos*, 1991, 1, 4, 22.

<sup>16</sup> In merito a questo punto si rimanda a G. PIZZA, *Antropologia medica. Saperi, pratiche e politiche del corpo*, Roma, 2015 e allo studio sul tarantismo e le cure associate al morso della tarantola nel Sud d’Italia di E. DE MARTINO, *La terra del rimorso. Contributo a una storia religiosa del Sud*, Torino, 2023.

<sup>17</sup> P. SCHIRRIPA, *op. cit.*

<sup>18</sup> Cass. Pen., Sez.IV sent. 29 Agosto 2023 n.35895. Si tratta del caso della morte di un minore affetto da otite curata con l’omeopatia.

### 3. I primi casi di conflitto tra diritti culturali/religiosi e diritto alla salute: il divieto di emotrasfusioni per i Testimoni di Geova

I primi casi giurisprudenziali occorsi in Italia relativi ad un conflitto tra pratiche culturali/religiose, da un lato, e diritto alla salute, dall'altro, riguardano il divieto di emotrasfusioni sancito presso il gruppo religioso dei Testimoni di Geova. Come vedremo, nei casi esaminati, pur essendo in gioco il bene della salute e talvolta anche della vita, le ragioni religiose non sono mai del tutto ignorate dal giudice italiano.

Il caso più emblematico è stato quello Oneda, dal nome della minore – Isabella Oneda – nata a Cagliari nel 1977 ed affetta da beta-talassemia major, una malattia che richiede trasfusioni sanguigne per la sopravvivenza.

I genitori (cattolici) avevano sottoposto la figlia alla terapia per i primi due anni di vita della stessa, finché nel 1979 si erano convertiti alla fede dei testimoni di Geova. In tale confessione religiosa sussiste un divieto di trasfusioni sanguigne basato su un'interpretazione di vari passi della bibbia secondo i quali "in base alla legge che Dio diede ad Israele (...) è proibito mangiare o bere sangue".<sup>19</sup>

A seguito del rifiuto dei genitori di portare la figlia in ospedale per le trasfusioni, il Tribunale per i minorenni di Cagliari aveva ordinato per due volte il ricovero coattivo. Una volta dimessa la minore dall'ospedale, tuttavia la terapia veniva sempre interrotta dai genitori, finché nel giugno 1980 la minore fu ricoverata d'urgenza e morì per "insufficienza cardiaca acuta da anemia".

Poiché il divieto di emotrasfusioni originava da un precetto religioso, oltre agli artt. 30 e 32 Cost. entrava nel bilanciamento anche l'art. 19 Cost. che sancisce la libertà religiosa. La difesa dei genitori, quindi, evocava l'esimente di cui all'art. 51 c.p. dell'esercizio del diritto.

I giudici di merito, con qualche diversa sfumatura, avevano respinto il riconoscimento dell'esimente<sup>20</sup>. Viceversa, la Corte di Cassazione con sent. 13 dicembre 1983 annullava il giudizio richiedendo una più accurata indagine sull'elemento psicologico dei genitori.

La vicenda ha termine con la sentenza della Corte d'assise d'appello di Roma del 13 giugno 1986 che condannò i coniugi per omicidio colposo a 3 anni e 8 mesi di reclusione. L'argomentazione dei giudici di primo e secondo grado veniva, in tale ultima decisione, ribaltata e si sosteneva che i genitori erano

<sup>19</sup> I passi della bibbia richiamati dai Testimoni di Geova sono: Genesi, 9:3; Levitico, 3:17, 17:10-16, 11, 14; Deuteronomio, 12:16-23; Atti, 15:28-29.

<sup>20</sup> La Corte d'assise di Cagliari, con sentenza 10 marzo 1982 condannava ciascuno dei coniugi Oneda a 14 anni di reclusione per concorso in omicidio volontario aggravato, e alla misura di sicurezza (terminata la reclusione) della libertà vigilata per tre anni, respingendo la concessione dell'esimente. Secondo i giudici, gli imputati erano perfettamente a conoscenza della necessità di periodiche emotrasfusioni sulla figlia, che non erano state eseguite per motivi religiosi. La volontarietà dell'omicidio era motivata con il fatto che gli imputati avevano previsto la morte della minore come conseguenza inevitabile del loro comportamento e l'avevano comunque accettata. La Corte d'assise d'appello di Cagliari, con sentenza 13 dicembre 1982, riduceva la pena condannando i coniugi a 10 anni ciascuno per omicidio volontario, senza l'aggravante. La Corte ribadiva, con il giudice di primo grado, che in questo caso si assisteva ad un abuso della libertà religiosa evocata in contrapposizione al diritto alla salute, poiché il suo esercizio non poteva spingersi fino al sacrificio di concorrenti diritti e interessi, costituzionalmente protetti, di altri soggetti, quali il bene vita. Secondo la Corte rientra nell'obbligo di mantenimento della prole (art. 147 cc.) posto a carico dei coniugi, qualunque sia la loro fede religiosa, quello di assicurarne la sopravvivenza.

responsabili a titolo di cooperazione nel delitto di omicidio colposo, come conseguenza non voluta del delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare.

Da quell'emblematico caso che aveva visto il giudice tener conto delle motivazioni religiose sottese al comportamento, la tematica delle emotrasfusioni rifiutate dai testimoni di Geova ricorre periodicamente nelle corti.

Più recentemente, la Corte d'Appello di Milano, con il decreto n. 1991 del 10 settembre 2020 ha stabilito che il dissenso dei genitori alle trasfusioni di sangue per la figlia, in aderenza al credo religioso, non può essere posto a fondamento di una valutazione di inidoneità all'esercizio della responsabilità genitoriale. La Corte d'appello ha così revocato un decreto del Tribunale per i minorenni con il quale era stato limitato l'esercizio della responsabilità genitoriale di una coppia di Testimoni di Geova, che nel settembre 2019 avevano chiesto ai medici di curare la propria figlia senza emotrasfusioni, utilizzando strategie mediche alternative. La figlia, peraltro, non aveva poi avuto bisogno di trasfusioni.<sup>21</sup>

Un altro aspetto che è stato affrontato dalla giurisprudenza più recente è stata la validità del rifiuto delle emotrasfusioni espresso dal minore. La Corte d'appello di Perugia<sup>22</sup> ha così motivato l'accoglimento del ricorso presentato da due genitori Testimoni di Geova il cui figlio di 15 anni, ricoverato all'ospedale di Terni, aveva rifiutato l'uso del sangue per ragioni legate al suo credo religioso portando il Tribunale per i minorenni a nominare un curatore speciale che decidesse a favore delle trasfusioni: «Il tribunale per i minorenni è incompetente quando vi è un contrasto tra i genitori e il personale medico in merito a un trattamento da eseguirsi su un minore. Eventuali limitazioni alla responsabilità dei genitori, come la nomina di un curatore speciale, sono illegittime».

Mettendo a rischio il bene vita, il caso delle emotrasfusioni risulta, a nostro avviso, appartenere a quei casi in cui il diritto culturale/religioso deve recedere rispetto ad un superiore bene costituzionale. Tuttavia, la scelta dei giudici italiani di minimizzare le conseguenze penali e quelle sulla potestà genitoriale è evocativa del fatto che essi tengono in conto delle convinzioni religiose dei Testimoni di Geova sia per valutare l'elemento psicologico del reato che l'adeguatezza del genitore. Questo spinge ad un riflessione sull'uso del diritto penale come strumento per contrastare pratiche religiose/culturali che incidono sul bene vita o compromettono gravemente la salute. In genere a noi pare si possa dire che, mentre il legislatore italiano ha spesso fatto un uso del diritto penale come deterrente, ad esempio, criminalizzando alcune pratiche quali le MGF, i giudici italiani, nella specificità del caso concreto, hanno tenuto conto delle sfaccettature del caso e spesso dato riconoscimento, con vari istituti del diritto penale, al fattore culturale/religioso.

#### **4. L'argomento "tutela della salute" nella circoncisione maschile e nelle mutilazioni genitali femminili**

Profili collegati al diritto alla salute entrano in rilievo anche in relazione ad altre due pratiche culturali: la circoncisione maschile e le mutilazioni genitali femminili. In entrambi i casi, infatti, l'elemento della

<sup>21</sup> [https://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo\\_id=88816](https://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=88816), 14 ottobre 2020, (ultima consultazione 05/09/2023).

<sup>22</sup> [https://www.ilmattino.it/primopiano/cronaca/testimoni\\_geova\\_bambino\\_trasfusione\\_terni-5690449.html?refresh\\_ce](https://www.ilmattino.it/primopiano/cronaca/testimoni_geova_bambino_trasfusione_terni-5690449.html?refresh_ce), 9 gennaio 2021, (ultima consultazione 05/09/2023).

tutela della salute è entrato nel bilanciamento e ha inciso sulla scelta di quali pratiche ammettere e quali no. Nell'economia di questo lavoro non ci soffermeremo sulle molteplici e in gran parte note motivazioni sottese ai vari tipi di circoncisione maschile e alla ancora più varia tipologia delle mutilazioni genitali femminili<sup>23</sup>, ma ci concentreremo soltanto sulle motivazioni giuridiche che hanno visto evocare il diritto alla salute quale potenziale limite a tali pratiche.

Nel caso della circoncisione maschile, il Comitato etico italiano ha sostenuto nel 1998 che la stessa non viola il diritto alla salute in quanto non altera la funzionalità dell'organo<sup>24</sup>. Di converso, l'argomento della tutela della salute è stato determinante nella proibizione globale delle mutilazioni genitali femminili<sup>25</sup> che ha avuto luogo con la Risoluzione ONU A/Res/67/146<sup>26</sup> approvata il 20 dicembre 2012 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella sua 67° sessione<sup>27</sup>.

Tale documento costituisce la prima moratoria generale nei riguardi di tali pratiche, in tutte le diverse forme in cui esse si estrinsecano. Tali forme erano già state classificate nel 1995 dall'OMS, che aveva previsto una quadripartizione delle MGF: I tipo, circoncisione; II tipo, escissione; III tipo, infibulazione e IV tipo, non classificato, comprensivo di qualunque alterazione compiuta al di fuori di ragioni mediche.

Sono due le principali ragioni del divieto globale: l'argomento di genere e quello del danno alla salute. L'argomento di genere esprime la tesi per cui le MGF rappresentano una violenza perpetuata sulla donna per la sua appartenenza al gruppo femminile e sono espressione di una struttura di potere oppressiva e discriminatoria: il patriarcato.

L'argomento del danno è declinato come danno alla salute, oltre che all'integrità fisica del corpo. Il concetto di salute è inteso, comunque, in modo molto esteso, proprio in virtù dell'abbinamento con l'argomento di genere. La Risoluzione parla, da un lato, di "danno irreparabile e irreversibile", ma limitandosi ad esso, avrebbe dovuto escludere dalla moratoria le alterazioni più lievi. Viceversa, con

<sup>23</sup> Per un'analisi dettagliata di tali pratiche si invita alla consultazione di S. CARTA, C. CAVALLARI, I. RUGGIU, A. ZEDDA, *Vademecum sulla diversità culturale* (a cura di I. RUGGIU) in cui si analizzano diverse pratiche culturali concernenti la salute dei minori, disponibile in [www.anthrojustice.info](http://www.anthrojustice.info).

<sup>24</sup> Si noti che, in alcuni gruppi culturali, la circoncisione maschile è difesa addirittura proprio per i suoi benefici sanitari. Gli Stati Uniti, ad esempio, continuano a praticare quella che potremmo definire una "circoncisione sanitaria", nel senso che in tale gruppo culturale non sono presenti ragioni religiose sottese alla pratica, ma essa si presenta ancora diffusa per ragioni di profilassi medica, che porta a ritenere che la pratica aiuti nella prevenzione di varie malattie e contribuisca, in generale, all'igiene. Va comunque precisato che questi sono argomenti adottati dai singoli gruppi che difendono la pratica e che l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) non si è espressa sulla utilità sanitaria della circoncisione.

<sup>25</sup> Le MGF erano già state proibite in Italia con l'art. 583 bis c.p. («chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la pena da 4 a 12 anni») introdotto dalla legge 9 gennaio 2006, n. 7 su cui G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in *Quad. cost.*, 2007, 573 ss.

<sup>26</sup> Risoluzione A/Res/67/146 "Intensificare gli sforzi globali per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili" (*Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*) adottata il 20 dicembre 2012 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nella sua 67° sessione e pubblicata il 5 marzo 2013.

<sup>27</sup> La Risoluzione ha titolo: "Intensificare gli sforzi globali per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili" (*Intensifying global efforts for the elimination of female genital mutilation*) ed è stata pubblicata il 5 marzo 2013. Tutti i corsivi nei passi riportati sono miei.



l'argomento di genere, il danno è dilatato alla "salute sessuale e psichica", in quanto si assume che tutte le MGF siano praticate per umiliare la donna in ragione del suo sesso.

L'analisi del testo consente, da subito, di rilevare che la Risoluzione ONU si muove fuori dall'argomento culturale. Il termine "cultura" compare soltanto una volta, quando, al punto 10 delle misure da adottare, l'Assemblea richiama gli Stati ad un non meglio precisato "approccio culturalmente sensibile". A parte tale menzione, le MGF non sono mai definite come "pratica culturale", bensì come "pratica dannosa": il termine "*harmful practice*" ricorre per cinque volte e il termine "violenza" nove volte, accompagnati da un lessico simile, che descrive le MGF come una "minaccia" e un "abuso".

Questi i passi chiave del documento in cui l'argomento della salute sotteso al divieto è esplicitato:

«riconoscendo che le MGF sono *un abuso irreversibile e irreparabile* che ha un impatto negativo sui *diritti umani delle donne e delle bambine*, interessando dai 100 ai 140 milioni di donne e bambine a livello mondiale e che ogni anno, in tutto il mondo, circa 3 milioni di bambine sono a rischio di essere sottoposte alla pratica»;

«riaffermando che le MGF sono *una pratica dannosa* che costituisce una *seria minaccia alla salute di donne e bambine*, inclusa la loro *salute psicologica, sessuale e riproduttiva*, che può aumentare la loro *vulnerabilità* nei confronti del virus HIV e può avere *esiti ostetrici e prenatali avversi* nonché *conseguenze fatali* per la madre e per il neonato»;

Tra le misure da adottare, la Risoluzione suggerisce:

«*condannare* tutte le pratiche dannose che interessino donne e bambine, in particolare le MGF, *sia che vengano commesse dentro o fuori istituzioni mediche*, e prendere tutte le misure necessarie, inclusa l'*emanazione di leggi per proibire* le MGF e per proteggere le donne e le bambine *da questa forma di violenza e mettere fine all'impunità*».

A fronte di una condanna monolitica, che pur distinguendo tra quattro tipi di MGF le proibisce *tout court*, probabilmente proprio per l'innesto tra argomento della tutela della salute e argomento di genere, va rilevato che i giudici italiani hanno interpretato lo stesso art. 583 bis c.p. che proibisce la pratica, in modo da escludere la sua applicazione ai casi lievi quali ad esempio l'*aruè*, una piccola incisione della clitoride che non lascia alcun segno permanente, assolvendo in questi casi i genitori<sup>28</sup>.

A nostro avviso, il bilanciamento che viene fatto dal legislatore nei casi esaminati mostra alcune incongruenze e ci troviamo di fronte a pratiche culturali che andrebbero proibite secondo altri criteri che tengano maggiormente in conto la gravità del danno fisico e il fatto che la alterazione dei genitali sia permanente o no. In tal senso, fa stupire che la pratica della circoncisione maschile sia ritenuta pienamente legittima in tutto l'occidente. L'alterazione permanente che produce sui genitali maschili sarebbe, a nostro avviso, un motivo sufficiente per limitarla. Anche se l'argomento è controverso, vi è, peraltro, una tesi che sostiene che la circoncisione maschile ridurrebbe il piacere sessuale<sup>29</sup>. Non a caso la sua affermazione negli Stati Uniti, Nuova Zelanda e Australia nel XIX secolo avvenne tra comunità religiose puritane come pratica volta a limitare la masturbazione. Se tale argomento fosse provato,

<sup>28</sup> Tribunale di Verona, 14 aprile 2010; Corte d'appello di Venezia 2012.

<sup>29</sup> *Ex pluribus*, G.A.BRONSELAER, J.M.SCHOBBER, H.F. MEYER-BAHLBURG, G. T'SJOEN, R. VLIETINCK, P.B. HOEBEKE, *Male circumcision decreases penile sensitivity as measured in a large cohort*, in *BJU Int.*, 2013.

adottando un'idea di salute come benessere psico-fisico, si potrebbe ritenere che la circoncisione incide sulla salute psichica.

Viceversa, le pratiche, anche sui genitali femminili, che non lasciano alterazioni permanenti potrebbero essere ammesse, in quanto non incidono su nessun altro diritto costituzionale.

Finora abbiamo ripercorso alcune tensioni tra tutela della salute e pratiche culturali ormai note alla giurisprudenza multiculturali italiana. Vi sono, invero, alcune pratiche culturali che ancora non hanno dato origine a casi giudiziari, ma che potrebbero in futuro presentarsi all'attenzione dei giudici. Nel prossimo paragrafo ci concentreremo su due di queste: il *gua sha/coining* e la coppettazione/*cupping*.

### 5. La medicina tradizionale asiatica, i suoi valori e le sue pratiche: *gua sha* e coppettazione

Anche se nella giurisprudenza italiana non si sono ancora presentati casi, è opportuno intraprendere la trattazione di due pratiche culturali diffuse nell'ambito della medicina asiatica, in quanto queste potrebbero potenzialmente essere foriere di incomprensioni culturali tra gli operatori che hanno in cura il minore, e già lo sono state in paesi come gli Stati Uniti. Infatti, i segni che queste pratiche mediche lasciano sul corpo del minore possono facilmente essere confusi con lividi e percosse, generando la convinzione che il minore sia vittima di abusi e maltrattamenti e sia quindi sottratto alla famiglia di origine. Le pratiche che saranno prese in esame sono il *gua sha* e la coppettazione.

Il *gua sha* (pressione della stasi, *press-stroking* o *coining* in inglese) è un intervento terapeutico per curare il dolore e le patologie che si manifestano come stasi e ristagni di *Qi* (ovvero la forza vitale, una forza invisibile alla base di tutti gli avvenimenti v. *infra*) e sangue che si verifica sulla superficie cutanea. La zona da trattare viene prima lubrificata con un semplice olio (solitamente olio di arachidi in Cina) oppure con un olio medicato o un balsamo<sup>30</sup>.

Nello specifico si tratta di pressioni ripetute e unidirezionali, effettuate con uno strumento a superficie liscia su un'area cutanea lubrificata con olio o talco, fino alla comparsa di petecchie. La comparsa delle petecchie è transitoria. Esse iniziano immediatamente a sfumare in ecchimosi, scomparendo completamente in 2-4 giorni. Come tecnica essenziale della medicina tradizionale dell'Asia orientale, praticata sia in ambito domestico che clinico, gli strumenti utilizzati possono variare da un semplice cucchiaio da minestra cinese, una moneta liscia, una fetta di zenzero, a strumenti ricavati da osso di mucca, corno di bufalo d'acqua, giada o pietra. La caratteristica importante di qualsiasi strumento *gua sha* è che il bordo sia liscio, non così tagliente da rompere la pelle, ma nemmeno troppo smussato da causare dolore<sup>31</sup>.

Le petecchie dello *sha* compaiono lentamente, aumentando a ogni colpo. Lo sfregamento si interrompe quando tutto lo *sha* si esprime sotto forma di petecchie sulla zona trattata, prima di produrre un'ecchimosi.

La pratica del *gua sha* è generalmente considerata efficace per curare il dolore acuto o cronico e per condizioni come raffreddore, influenza, febbre, colpo di calore e problemi respiratori come asma, bronchite ed enfisema. È inoltre utilizzata per problemi funzionali degli organi interni e problemi

<sup>30</sup> A. NIELSEN., ET AL., *The effect of Gua Sha treatment on the microcirculation of surface tissue: a pilot study in healthy subjects*, in *Explore*, 2007, 3, 456-466.

<sup>31</sup> A. NIELSEN., ET AL., *op. cit.*



muscolo-scheletrici (dalla fibromialgia a gravi sforzi, spasmi o lesioni), ed è indicata in tutti i casi di dolore fisso ricorrente.

Il *gua sha* è una tecnica di medicina tradizionale ampiamente utilizzata in Asia, nelle comunità di immigrati asiatici e da agopuntori e praticanti della medicina tradizionale dell'Asia orientale in tutto il mondo. Il termine *gua sha* è cinese: la traduzione letterale di *gua* è raschiare o grattare, mentre *sha* è un termine polisemico che descrive la stasi all'interno del tessuto e le petecchie che si formano come conseguenza della pratica *gua sha*, indicando la liberazione di tale stasi. Può essere tradotto come sabbia, pelle di squalo o eruzione cutanea rossa, in rilievo, e rappresenta la sensazione che si prova sulla pelle dopo il *gua sha*, come se ci fosse della sabbia sopra<sup>32</sup>. La pratica può essere espletata sia su minori che su adulti.

Così come il *gua sha*, un'altra tecnica di medicina tradizionale utilizzata soprattutto in Asia orientale è il *cupping* (coppettazione), o *baguan*, anch'esso indicato per la "stasi ematica", caratterizzata da dolore fisso o ricorrente in disturbi acuti o cronici (il termine cinese *ba* significa estrarre o tirare su, mentre il termine *guan* si riferisce a un vasetto o a una pentola). Il *cupping* prevede l'applicazione di coppette rotonde aspirate sulla pelle ed è una terapia della medicina tradizionale cinese che risale ad almeno 2.000 anni fa. La coppetta vera e propria può essere realizzata in materiali come il bambù, il vetro o la terracotta. Creando il vuoto tramite l'utilizzo di una fiamma o un'aspirazione meccanica, il tessuto si allunga all'interno della coppetta. Tale operazione fa sì che si creino delle petecchie ed ecchimosi rotonde: quasi senza eccezioni, in tutti i casi in cui la coppettazione viene eseguita per la prima volta, ci sarà un leggero arrossamento o un segno ad anello causato dal bordo della coppetta nel punto del trattamento, la cui estensione del segno dipende molto dalla durata del trattamento e dalla forza dell'aspirazione.

Il *cupping* muove il *Qi* (l'energia, forza, afflato vitale) e il sangue e apre i pori della pelle, eliminando così gli agenti patogeni attraverso la pelle stessa, contrastando condizioni di dolore, herpes zoster o dolori lombari.

Come evidenziato, similmente a quanto avviene per il *gua sha*, anche la coppettazione lascia dei segni simili a grossi lividi sul corpo, che potrebbero essere confusi con maltrattamenti, motivo per cui il potenziale di incomprensione culturale e di interpretazione errata di queste pratiche, in particolare se applicate ai minori, rappresenta una sfida importante per i professionisti del diritto e per le autorità di tutela dei minori.

Poiché ancora poco note alla giurisprudenza multiculturale italiana, è opportuno un approfondimento sul sistema medico-culturale entro cui le pratiche del *gua sha* e della coppettazione si sono sviluppate. La comprensione della filosofia più ampia che sta alla base della medicina tradizionale asiatica, con la sua enfasi sull'equilibrio, l'armonia e l'interconnessione tra l'individuo e l'ambiente, è fondamentale per i professionisti legali quando si occupano di casi che riguardano queste pratiche. I concetti di *yin* e *yang*, l'interazione dinamica delle forze e il ruolo del *Qi* nel mantenimento della salute rappresentano

<sup>32</sup> In vietnamita, il *gua sha* è chiamato *cao gio* (pronunciato *cow yo*, che significa "grattare via il vento"), in indonesiano è chiamato *kerik* (*ka-drik* o *ka-drok*), in cambogiano *khmer* è chiamato *kos khyal* (*kos kee-yaul*) e in laotiano è conosciuto come *khoud lam* (*cooed-lum*). Le traduzioni più frequenti fanno riferimento al raschiamento e al cucchiaino.

un cambiamento di paradigma rispetto al modello biomedico occidentale, che richiede un approccio culturalmente più sensibile e sfumato nelle considerazioni legali.

Nel discorso biomedico occidentale, l'attenzione si concentra su un approccio individualista e sui sistemi di organi e componenti del corpo. In genere, infatti, la malattia è vista come un'alterazione del funzionamento di un singolo componente o della relazione tra i componenti che costituiscono l'individuo. Diversamente, la medicina tradizionale dell'Asia orientale, nello specifico quella cinese, si basa su concetti filosofici che guardano al corpo umano in correlazione con l'ambiente esterno e non soltanto nella sua individualità. Il significato di salute è sinonimo di interazioni funzionali tra le entità all'interno del corpo in risposta alle forze naturali dell'ambiente. Questo concetto si basa sulla comprensione dell'unità, della relazione armoniosa tra il microcosmo degli esseri umani e il macrocosmo dell'universo. Ciò che si deve raggiungere per ristabilire la salute è l'equilibrio dinamico complessivo, non trattando quindi una qualsiasi entità in modo isolato. Le diagnosi basate sulla medicina tradizionale dell'Asia orientale tendono infatti a considerare l'intero paziente, piuttosto che concentrarsi su un particolare sintomo, tenendo in considerazione molti diversi sintomi e segni per decidere o identificare il "modello" di diagnosi<sup>33</sup>. Chi fa uso di tale medicina tradizionale si concentra in modo particolare sulla persona nella sua interezza, sulla stretta corrispondenza tra individuo e natura e sui principi fondamentali di equilibrio e armonia che contribuiscono alla salute e al benessere.

Si tratta di una medicina tradizionale che si rifà quindi ad una più ampia filosofia, secondo la quale tutte le cose sono composte da *yin* e *yang*, percepiti come i principi e l'origine di tutto, alla base del funzionamento del fenomeno della vita in relazione all'ambiente. Tutti i cambiamenti nei fenomeni naturali operano nel movimento incessante e nella complementarità dello *yin* e dello *yang*, il cui equilibrio è fondamentale per evitare la malattia<sup>34</sup>.

L'effetto principale della malattia è il blocco del *Qi*, ovvero la forza vitale che permea il nostro corpo e l'universo, un'energia interna degli esseri umani vitale per la salute<sup>35</sup>.

Come abbiamo visto, quindi, i concetti stessi di salute e malattia, così come di individuo in relazione al mondo circostante, possono avere dei fondamenti differenti rispetto a quelli proposti dalla biomedicina occidentale. Tali diverse concezioni ci devono portare a considerare il "nostro" come un punto di vista tra molti, quindi non necessariamente l'unico corretto e possibile. Ed è proprio partendo da un allontanamento dall'etnocentrismo<sup>36</sup> in tema "salute" che è possibile iniziare a ragionare in maniera

<sup>33</sup> L. LEUNG, *Traditional Chinese Medicine – a beginner's guide*, Royal College of General Practitioners, 2010.

<sup>34</sup> B. LEUNG, *Traditional Chinese medicine. The human dimension*, Maleny, 2007.

<sup>35</sup> Il *Qi*, l'energia vitale, si produce quando le due forze si combinano e si riferisce all'energia intangibile all'interno del corpo umano e costituisce l'essenza della vita. Il *Qi* è contenuto nei 12 meridiani che sono collegati in sequenza in un grande cerchio che si ramifica attraverso diverse parti del corpo. Dal punto di vista sintomatico, la carenza di *Qi* si riconosce da affaticamento, malessere, respiro corto, voce bassa, colorito pallido, lingua pallida e polso filiforme. Quando il livello di *Qi* è normale, ma il suo flusso è lento, si verifica una sindrome di ristagno, in cui gli organi interni possono gonfiarsi o si sviluppano dolori nei punti in cui il *Qi* non può fluire attraverso i meridiani. In tali casi si rende necessario il *gua sha*. Il *Qi* è usato per comprendere il mondo in generale, in quanto tutti gli elementi dell'universo sono costituiti da *Qi*. Per un'analisi più approfondita si veda B. LEUNG, *op. cit.*

<sup>36</sup> «Etnocentrismo è il termine tecnico che designa una concezione per la quale il proprio gruppo è considerato il centro di ogni cosa, e tutti gli altri sono classificati e valutati in rapporto a esso», W.G. SUMNER, *Folkways*, New York, 1906, 17.

più critica sulle tematiche a cavallo tra diritto e antropologia, ampliando il proprio sguardo e riconoscendo altre pratiche all'interno del nostro universo culturale e giuridico.

Le pratiche qui presentate, se pur non ancora conosciute dalla giurisprudenza italiana, sono tuttavia estremamente diffuse, in quanto parte della medicina tradizionale asiatica, e possono sicuramente rappresentare un interessante spunto di riflessione.

Il dialogo tra diritto e antropologia aiuta a garantire una corretta ermeneutica dei fatti: le lenti culturali del giudice italiano potrebbero infatti alterare i pesi del sistema giudiziario e, per quanto riguarda le pratiche illustrate in questo paragrafo, se il giudice associasse erroneamente i lividi o le petecchie provocati dalla coppettazione o dal *gua sha* alle percosse, rischierebbe di ritenere il genitore colpevole di maltrattamenti, senza prendere in considerazione la possibilità che siano il risultato di procedure mediche distanti dal proprio orizzonte culturale di appartenenza.

In contesti multiculturali, l'importanza di conoscere approcci alla medicina e pratiche mediche differenti da quello biomedico, o perlomeno l'apertura e la disponibilità a prendere in considerazione che vi possa essere l'eventualità di farvi ricorso, risulta quindi cruciale nell'effettiva valutazione del caso in questione, favorendo una risposta giuridica più inclusiva ed equa al panorama multiculturale delle società contemporanee.

## 6. Conclusioni

Nel presente lavoro si sostiene l'importanza di un approccio integrato tra diritto e antropologia sia nella determinazione del concetto di salute sia nella valutazione di singole pratiche culturali o religiose eseguite su minori.

I casi analizzati mostrano l'importanza che le tematiche del multiculturalismo hanno e assumeranno in futuro e l'esigenza di raggiungere un attento bilanciamento tra diritti culturali e diritto alla salute. In particolare, emerge l'importanza di valutare quest'ultimo con lenti culturali non esclusivamente italiane: ignorando, infatti, la dimensione culturale in cui il minore è cresciuto si rischia di allontanarlo dalla famiglia recandogli un forte danno o di condannare genitori che sono, in realtà, adeguati alle loro funzioni una volta ricostruita la corretta ermeneutica del fatto.

Per prevenire il contenzioso multiculturale, sarebbe importante che, prima ancora del giudice, siano i soggetti che maggiormente hanno a che fare con un minore ad acquisire contezza di tali pratiche e aprirsi ad una idea plurale di salute: maestri d'asilo, docenti, assistenti sociali, genitori italiani i cui figli interagiscono con bambini stranieri sono spesso i soggetti da cui partono le denunce e che innescano il contenzioso. La diffusione di una conoscenza antropologica tra tutti questi soggetti è un presupposto importante per contribuire ad una tutela dei diritti del minore nell'attuale contesto multiculturale.

I valori costituzionali del pluralismo, della protezione della persona nelle formazioni sociali in cui si sviluppa, il principio di offensività e di personalizzazione della pena, sono tutti punti di riferimento per il giudice per tenere in conto nelle proprie decisioni il fattore culturale. Utilizzandoli, il giudice italiano ha accordato riduzioni di pena considerevoli anche di fronte a pratiche culturali controverse rispetto al diritto alla salute quali il divieto di emotrasfusioni dei Testimoni di Geova.

Resta aperta la questione di come favorire l'abbandono di quelle pratiche che sono potenzialmente avverse alla salute del minore quali il divieto di emotrasfusioni, le MGF e la circoncisione maschile, che ha sorprendentemente passato il vaglio del bilanciamento e risulta ammessa in tutto l'occidente.

La via della repressione penale di una pratica culturale, anche se avversa alla salute, non è a nostro avviso quella ideale, avendo degli impatti negativi sia sul minore (che in caso di arresto dei genitori si trova privato della famiglia), che sulla famiglia (che rischia di non capire il disvalore del fatto): piuttosto, sarebbe auspicabile un'attività di dialogo interculturale con i gruppi che pongono in essere la pratica volta a mettere in luce gli effetti negativi e a produrre uno spontaneo abbandono.

*Focus on*

## Il diritto alla salute come presupposto per l'ingresso dello straniero e come limite al suo allontanamento

Francesca Biondi Dal Monte, Emanuele Rossi\*

THE RIGHT TO HEALTH AS A CONDITION FOR ENTRY AND A LIMIT TO THE REMOVAL OF A MIGRANT

ABSTRACT: The essay analyzes the relationship between migration and health, investigating the cases of protection for health reasons or the issue of a resident permit for the entry and residence on Italian territory. The work also examines the limit for the removal of a migrant due to health reason, also in the framework of the case law of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice of the European Union. From a methodological point of view, the essay combines regulatory and jurisprudential analysis with the examination of data relating to the residence permits for medical treatment, obtained through a generalized civic access, in order to understand the impact of the reforms adopted in the recent years on the health of foreigners and in particular the number and nationalities of those who have been authorized to remain in the territory for health reasons.

KEYWORDS: Health; migration; asylum; protection; return

ABSTRACT: Il saggio analizza il rapporto tra migrazione e salute indagando i casi nei quali per motivi di salute è possibile ottenere protezione nel Paese in cui si è immigrati ovvero un titolo abilitante all'ingresso e alla permanenza sul territorio italiano. Il lavoro esamina altresì i casi nei quali, proprio per motivi di salute, è vietato l'allontanamento di uno straniero dal territorio nazionale, anche alla luce della giurisprudenza nazionale e di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia. Sotto il profilo metodologico, l'indagine unisce all'analisi normativa e giurisprudenziale anche l'esame dei dati relativi al rilascio di alcune tipologie di permesso di soggiorno per cure mediche, ottenuti a seguito di un accesso civico generalizzato, al fine di comprendere l'impatto delle riforme adottate negli ultimi anni sulla salute degli stranieri e in particolare il numero e le nazionalità di coloro che sono stati autorizzati a restare sul territorio per motivi di salute.

---

\* Francesca Biondi Dal Monte: Professoressa associata di Diritto Costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna. Mail: [francesca.biondi@santannapisa.it](mailto:francesca.biondi@santannapisa.it). Emanuele Rossi: Professore ordinario di Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna. Mail: [emanuele.rossi@santannapisa.it](mailto:emanuele.rossi@santannapisa.it). Il lavoro è frutto della riflessione congiunta tra i due autori sebbene Francesca Biondi Dal Monte abbia materialmente curato la stesura dei paragrafi 1, 7, 8 ed Emanuele Rossi quella dei paragrafi 2, 3, 4, 5; i paragrafi 6 e 9 sono stati elaborati congiuntamente. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

PAROLE CHIAVE: Salute; migrazione; asilo; protezione; rimpatrio

SOMMARIO: 1. Salute e immigrazione: relazioni e contesto di riferimento – 2. Diritto di asilo per motivi di salute? – 3 Dalla protezione umanitaria alla protezione speciale – 4. Ingresso e soggiorno sul territorio italiano per motivi di salute: a) il permesso di soggiorno (*ma non di ingresso*) per cure mediche o gravi patologie (art. 19 TUI) – 5. Segue: b) il permesso di soggiorno per cure mediche (art. 36 TUI) – 6. I permessi di soggiorno per cure mediche nella prassi: qualche dato su cui riflettere – 7. Restare sul territorio per motivi di salute: i limiti all'allontanamento dello straniero – 8. Salute ed espulsione dello straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea – 9. Conclusioni.

## 1. Introduzione

Come evidenziato dalla *World Health Organization* nel primo rapporto sulla salute dei rifugiati e dei migranti, la relazione tra migrazione e salute è complessa e dinamica<sup>1</sup>. Essa varia considerevolmente tra i gruppi di migranti e in ragione dei motivi della loro migrazione. Migranti e rifugiati sono spesso esposti a *post-traumatic stress disorders* (PTSD) dovuti all'aver subito torture o trattamenti inumani e degradanti nel Paese di origine e durante tutto il percorso migratorio fino al Paese di destinazione: trattamenti che non sempre sono ritenuti credibili e fondano il riconoscimento di una qualche forma di protezione. A ciò si aggiungono specifiche vulnerabilità dovute al mancato possesso di validi documenti di soggiorno, a cattive condizioni socioeconomiche, a disoccupazione o isolamento<sup>2</sup>. Stigmatizzazione, discriminazione, mancata conoscenza della lingua, barriere culturali e bassi livelli di reddito determinano frequentemente difficoltà nell'accesso dei migranti ai servizi sanitari di base, alle campagne di vaccinazione e agli interventi di promozione della salute. Al contempo la salute può migliorare a seguito della migrazione da un'area di guerra e conflitto o particolarmente esposta agli effetti del cambiamento climatico verso territori di pace, ove i servizi sanitari sono più efficienti e ben organizzati.

Salute e migrazione presentano dunque molteplici relazioni: si può decidere di migrare per motivi di salute; si possono subire aggravamenti delle proprie condizioni di salute durante il percorso migratorio; si possono trovare condizioni di salute migliori nei Paesi di destinazione, come pure incontrare, al di là del quadro normativo di riferimento, ostacoli nel pieno godimento delle prestazioni sanitarie. Per tali ragioni il presente contributo intende indagare una prospettiva specifica di tale relazione, con riferimento ai casi nei quali per motivi di salute è possibile ottenere protezione nel Paese in cui si è immigrati (in particolare il riconoscimento del diritto di asilo e le forme di protezione ad esso riconducibili a legislazione vigente) ovvero un titolo abilitante all'ingresso e alla permanenza sul territorio italiano. Al contempo, il lavoro intende indagare i casi nei quali, proprio per motivi di salute, è vietato

1 World Health Organization, *World report on the health of refugees and migrants*, Geneva, World Health Organization, 2022, 3.

2 Cfr. OMS, *Report on the health of refugees and migrants in the WHO European Region, 2018*, ove si afferma direttamente nel titolo: “No PUBLIC HEALTH without REFUGEE and MIGRANT HEALTH” (disponibile al sito [www.euro.who.int](http://www.euro.who.int)), in part. 35-36. Con particolare riferimento alla salute mentale, si veda H.B. MURPHY, *Migration, culture and mental health*, in *Psychol Med.*, 7, 1977, 677 ss., nonché D. BHUGRA (ed.), *Migration and Mental Health*, Cambridge, 2010.



l'allontanamento di uno straniero dal territorio nazionale, anche alla luce della giurisprudenza nazionale e di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. La Corte costituzionale italiana ha del resto riconosciuto l'esistenza di «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»<sup>3</sup> e tale «nucleo irriducibile» di tutela della salute, quale diritto fondamentale 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<sup>4</sup>. La salute, tutelata dalla Costituzione sia quale interesse della collettività come anche e soprattutto quale diritto fondamentale dell'individuo, in quanto tale strettamente legato alla tutela della dignità umana<sup>5</sup>, costituisce un «bene primario costituzionalmente garantito»<sup>6</sup>, la cui tutela opera anche nell'ambito dei rapporti di diritto privato. Esso è identificabile anche come diritto ai rimedi possibili alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza<sup>7</sup>.

A un'ampia definizione di salute ci si riferisce a livello internazionale, ove essa viene intesa come uno stato «di completo benessere fisico, mentale e sociale» e non solo come assenza di malattia o infermità<sup>8</sup>. La stessa OMS ha precisato, nelle dichiarazioni di Alma-Ata<sup>9</sup> e di Ottawa<sup>10</sup>, come debba essere garantito l'accesso all'assistenza sanitaria primaria di base, nella sua multidimensionale accezione (inclusiva, tra i vari aspetti, dei programmi di promozione, prevenzione, cura e riabilitazione, ma anche informazione, alimentazione, immunizzazione, ecc.). La salute si fonda, dunque, sull'esistenza di alcune condizioni, tra cui figurano: pace, alloggio, istruzione, cibo, reddito, ecosistema stabile, risorse sostenibili, giustizia sociale ed equità, ponendo dunque in relazione la salute con altri diritti fondamentali.

<sup>3</sup> Corte cost. sent. n. 252/2001.

<sup>4</sup> Corte cost. sent. n. 356/1991.

<sup>5</sup> Al riguardo C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 103, afferma che l'art. 32 Cost. sembra esprimersi «attraverso una sineddoche, tutelando la parte – la salute – per il tutto, la dignità umana», riservando quindi al diritto alla salute una *preferred position* anche in epoca di *self-restraint*.

<sup>6</sup> Si vedano in particolare Corte cost. sentenze nn. 399/1996, 202/1991, 559/1987, 184/1986, 88/1979. In generale sul punto si veda C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 321 ss.; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 7 ss.; A. MANGIA, *“Attuazione” legislativa ed “applicazione” giudiziaria del diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, 3, 1998, 751 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, III ed., 2018. Con specifico riferimento ai diversi modelli sanitari regionali, tra livelli essenziali e federalismo fiscale, si vedano i contributi contenuti in E. CATELANI, G.C. FERONI, N.C. GRISOLIA, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, e in relazione al quadro UE, L. CHIEFFI, *Equità nella salute e nei servizi sanitari tra politiche europee e interventi statali*, in *Corti Supreme e salute*, 1, 2022, 175-196.

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 306/2008, in riferimento alle condizioni di riconoscimento dell'indennità di accompagnamento per gli stranieri. Tale ampia nozione di salute, strettamente connessa al diritto all'assistenza sociale, è rintracciabile anche nella sent. n. 269/2010 avente a oggetto la l.r. Toscana 29/2009, la quale prevede, tra le altre cose, che «tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono fruire degli interventi socio assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali».

<sup>8</sup> Si veda *Constitution of the World Health Organization*, New York, 22 Luglio 1946, disponibile al sito [www.who.int](http://www.who.int).

<sup>9</sup> Cfr. *Alma-Ata Declaration*, 1978, “Conference on Primary Health Care, Alma-Ata”, 6-12 Settembre 1978.

<sup>10</sup> Cfr. *Ottawa Charter for Health Promotion*, 1986, “First International Conference on Health Promotion”, Ottawa, Canada, 17-21 Novembre 1986.

Del resto già all'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si prevede che ogni individuo abbia diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, alle cure mediche e ai servizi sociali. Tale prospettiva trova poi un ulteriore sviluppo nell'approccio *One Health* volto a bilanciare e ottimizzare in modo sostenibile la salute delle persone, degli animali e degli ecosistemi<sup>11</sup>.

Alla luce di tali concezioni, si cercherà dunque di analizzare anche il margine di tutela che viene offerto al diritto alla salute dello straniero in ingresso o in uscita dal territorio, se relativo al nucleo più ristretto di tale diritto o riferibile anche ad una prospettiva più ampia di garanzia. Sotto il profilo metodologico, l'indagine unirà all'analisi normativa e giurisprudenziale anche l'esame dei dati relativi al rilascio di alcune tipologie di permesso di soggiorno per cure mediche, ottenuti a seguito di un accesso civico generalizzato<sup>12</sup>, al fine di comprendere l'impatto delle riforme degli ultimi anni sulla salute degli stranieri e in particolare il numero di coloro che sono stati autorizzati a restare sul territorio per motivi di salute, nonché le nazionalità maggiormente presenti tra i richiedenti tali tipi di permesso.

## 2. Diritto di asilo per motivi di salute?

Per indagare il tema della relazione tra salute (e relativo diritto alla) e asilo occorre preliminarmente rispondere ad una questione: il diritto alla salute, come garantito dalla Costituzione, deve essere considerato una "libertà democratica"?

Tale interrogativo, che investe evidenti profili di carattere assiologico, ha anche una rilevanza pratica evidente, in quanto l'art. 10 della Costituzione garantisce il diritto di asilo a quanti, nel proprio Paese, sono privati della possibilità di esercitare effettivamente "le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana"<sup>13</sup>.

Nel dibattito in Assemblea costituente quest'ultima espressione è stata variamente intesa, sebbene la considerazione fosse rivolta primariamente a quei diritti che avevano, in certa misura, riferimento o connessione con le *idee politiche* (come dimostrano i ripetuti richiami agli "esuli", specie con riguardo a quanti erano stati costretti ad abbandonare l'Italia a causa del regime fascista). Quindi non vi è dubbio, in prima approssimazione, che la titolarità del diritto di asilo debba essere garantita a coloro che nel Paese di provenienza siano privati (dalle norme giuridiche oppure in via di fatto) della libertà di esprimere pubblicamente le proprie opinioni, ovvero a cui non sia riconosciuto il diritto di voto per

<sup>11</sup> Per tale definizione si veda Cfr. FAO, WHO, OIE, Joint Tripartite (FAO, OIE, WHO) and UNEP Statement, 1 dicembre 2021 Sul tema, in stretta connessione con il diritto di asilo, si veda K.Z. GALICZ, *One Health, One Society: il diritto alla salute quale presupposto per il diritto di asilo*, in *Corti Supreme e Salute*, 3, 2022, 754.

<sup>12</sup> Si fa riferimento ai permessi di soggiorno rilasciati ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. d-bis, e dell'art. 36 TUI. I dati sono stati ottenuti a seguito di richiesta di accesso civico generalizzato, formulata ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33/2013 e succ. mod. e int. I dati estratti sono aggiornati al 10 agosto 2023.

<sup>13</sup> Sul tema del diritto d'asilo la bibliografia è assai estesa: sia consentito limitare il richiamo ad alcune tra le opere monografiche più recenti: M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Bari, 2011; F. MASTROMARINO, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, 2012; C. PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020; C. LATINI, *Alle origini del diritto di asilo. Una prospettiva storica*, Torino, 2021.

ragioni politiche, oppure ancora che, sempre a causa di motivi politici, siano discriminati nel lavoro, nelle professioni e così via (si pensi agli effetti delle leggi razziali durante il regime fascista)<sup>14</sup>.

Tuttavia tale riferimento non può ritenersi esaustivo: si pensi, a mo' di esempio, al caso di una persona che sia gravemente discriminata nel proprio Paese a causa del genere cui appartiene<sup>15</sup>, oppure in ragione delle proprie convinzioni religiose o culturali. Situazioni in presenza delle quali sembra difficile negare il diritto di asilo in quanto forme di discriminazione non connesse all'idea politica.

Probabilmente molti, in Assemblea costituente, non avrebbero condiviso tale estensione: ma, come noto, l'interpretazione della Costituzione non può essere unicamente derivata dalle concezioni del Costituente<sup>16</sup>. È questo il problema che si pone anche con riguardo alla interpretazione da dare *oggi* alla formulazione dell'art. 10 Cost., che non può non risentire dell'evoluzione sociale, dell'espansione della tutela dei diritti nonché del valore pervasivo del principio di eguaglianza.

Tralasciando in questa sede i profili relativi alla possibilità o necessità di ricomprendere nella nozione costituzionale anche le categorie delle libertà *civili* e di quelle *economiche*, possiamo limitarci a considerare l'ambito dei c.d. *diritti sociali*, ed in esso – in specie – del diritto alla salute.

A tale riguardo, l'attuazione della disposizione costituzionale, in assenza di una legge generale quale quella richiesta dall'art. 10, terzo comma, Cost., è andata nel senso di ampliare la portata applicativa del diritto di asilo costituzionale a tutte le ipotesi di violazione (grave) di diritti fondamentali: così che l'espressione «libertà democratiche» è stata interpretata con riguardo a molti diritti di libertà, ed anche – almeno nelle tendenze più recenti – ai diritti sociali. Ad esempio, il diritto al lavoro è stato considerato come causa giustificatrice di uno specifico permesso di soggiorno nell'ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12-*quater*, d.lgs. n. 286/1998, testo unico in materia di immigrazione, in seguito TUI), mentre in giurisprudenza, sempre a mo' di esempio, è stata accordata la protezione (umanitaria) in circostanze di violazione del diritto all'integrità sociale, quale uno dei motivi determinanti la situazione di vulnerabilità personale<sup>17</sup>, nonché del diritto alla vita privata e familiare ex art. 8 della CEDU<sup>18</sup>, e così via.

Quest'ultimo passaggio richiede una precisazione. Alla richiamata assenza di una legge generale hanno fatto riscontro interventi normativi che hanno previsto il rilascio del permesso di soggiorno in presenza di situazioni variamente definite dal legislatore: tali permessi, tuttavia, non sono stati tutti "classificati"

<sup>14</sup> Su un diverso piano, evidentemente, si pongono le riflessioni di chi ritiene che emigrare costituisca di per sé, ed oggettivamente, un atto fondamentalmente politico, indipendentemente dalla volontà delle parti in causa: cfr. A. SAYAD, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano, 2002, 123 ss.

<sup>15</sup> In tema, v. I. BOIANO, *Il riconoscimento dello status di rifugiato e le persecuzioni sulla base del genere*, in F. BIONDI DAL MONTE, M. MELILLO (cur.), *Diritto di asilo e protezione internazionale*, Pisa, 2014, 137 ss. In giurisprudenza cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152, commentata da D. GENOVESE, *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di cassazione*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 5 febbraio 2018, relativamente al riconoscimento dello status di rifugiato a favore di una donna di religione cristiana che si era rifiutata di attenersi alle consuetudini del proprio villaggio in ordine alla scelta della persona con cui sposarsi.

<sup>16</sup> Sul punto, con riguardo all'istituto familiare, v. ad esempio Corte cost. sent. n. 138/2010.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., I sez. civ., 23 febbraio 2018, n. 4455, in *Questione giustizia*, 14 marzo 2018, con osservazioni di C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, *ivi*.

<sup>18</sup> Corte di Cassazione, sez. I civ., sentenza 23 febbraio 2018, n. 4455.

quali applicazioni del diritto di asilo, bensì in ragione delle condizioni che il legislatore ha ritenuto – di volta in volta – meritevoli di tutela, senza porsi il problema se un dato permesso di soggiorno dovesse considerarsi connesso al diritto di asilo o ad altre esigenze (salvo alcuni casi specifici). È stata successivamente la giurisprudenza che, in applicazione delle previsioni normative, ha definito quali permessi potessero considerarsi riferibili alla tutela prevista dall'art. 10, terzo comma, Cost. e quali invece dovessero ritenersi connessi ad altre esigenze e finalità: ma con la possibilità che un determinato tipo di permesso possa comunque risultare funzionale a finalità diverse. In questo contesto, risulta difficile attribuire con precisione un determinato tipo di permesso all'ambito del diritto di asilo: con il che gli esempi sopra riportati potrebbero anche costituire oggetto di valutazioni critiche<sup>19</sup>.

Venendo più nello specifico, e considerando che – secondo la giurisprudenza di legittimità, in certa misura accolta e fatta propria dalla Corte costituzionale<sup>20</sup> – il diritto di asilo costituzionale è «oggi interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione» (*status* di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione umanitaria)<sup>21</sup>, occorre esaminare quale considerazione abbia il diritto alla salute nelle tre fattispecie che compongono il puzzle del diritto di asilo.

Quanto alla normativa relativa ai «*rifugiati*» si deve osservare che l'art. 7, primo comma, del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251 stabilisce che ai fini della valutazione del riconoscimento dello *status* di rifugiato, gli atti di persecuzione devono rappresentare «una violazione grave dei diritti umani fondamentali» e possono consistere, tra l'altro, in «atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale».

Si deve evincere, da tale affermazione, che la violazione del diritto alla salute della persona possa costituire titolo per il riconoscimento dello *status* di rifugiato? Mi pare che la risposta possa essere positiva, considerato che la salute è indubbiamente un «diritto umano fondamentale» e che la violenza, sia fisica che psichica, costituisce una limitazione del diritto alla salute, inteso sia nella dimensione fisica che in quella psichica. Su questo punto, dunque, la risposta è chiara. Tuttavia il tema è un altro, o meglio può essere anche un altro: ovvero un sistema ordinamentale che non garantisca adeguatamente il diritto alla salute, nel senso che non appresti cure adeguate (perché ad esempio in esso il

<sup>19</sup> Tra gli autori che da ultimo sono intervenuti sul punto, C. PANZERA, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d'asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, 809 ss., ritiene che debbano ritenersi ricompresi tra i diritti legittimanti la richiesta d'asilo alcuni diritti sociali (quali la libertà di scelta del lavoro, di organizzazione sindacale e di sciopero) ma non altri, questi ultimi da escludere in ragione della «maggiore discrezionalità di cui gode il legislatore nel garantirne l'attuazione» (in part. 819). Personalmente nutro qualche perplessità sul punto: sia in quanto la discrezionalità legislativa è propria anche dei diritti «ammessi», sia in quanto pare non proprio coerente che uno straniero possa essere accolto nel nostro Paese perché nel proprio non è libero di scegliere quale lavoro svolgere e non possa esserlo se non è messo nelle condizioni di curarsi (magari anche da gravi malattie).

<sup>20</sup> Nei termini di cui si è precisato in E. ROSSI, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi del tema*, in F. BIONDI DAL MONTE, E. ROSSI (a cura di), *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, Pisa, 2020, 169 ss.

<sup>21</sup> In tal senso anche P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2008, 14. Secondo Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 19393/2009, in *Federalismi*, n. 20 del 21 ottobre 2009, la circostanza che la protezione umanitaria sia ancorata alla tutela dell'art. 2 Cost. realizza «un'identità di natura giuridica del diritto alla protezione umanitaria, del diritto allo status di rifugiato e del diritto di asilo costituzionale, in quanto situazioni tutte riconducibili alla categoria dei diritti umani fondamentali».

servizio sanitario è lasciato all'iniziativa privata, o perché non risulti sufficientemente adeguato all'evoluzione delle conoscenze mediche e tecnologiche, e così via), può considerarsi motivo sufficiente per considerare coloro che vivono all'interno di un tale sistema come "rifugiati"? Sul punto la giurisprudenza opta per la risposta negativa, limitando i casi di riconoscimento del relativo *status* a situazioni specifiche e delimitate<sup>22</sup>, quale ad esempio il caso di una persona affetta da disabilità mentali o fisiche che rischi di essere discriminato per tale motivo in quanto collegato ad un particolare gruppo sociale. Quanto alla *protezione c.d. sussidiaria*, essa è accordata, come noto, a coloro che dimostrino fondati motivi di ritenere che, qualora ritornassero nel proprio Paese, correrebbero un rischio effettivo di subire un grave danno, identificato in tre ipotesi tra le quali, per quel che qui ci riguarda, la «minaccia grave e individuale alla vita o alla persona derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Anche in questo caso può valere quanto detto: nessun dubbio che la «minaccia alla vita o alla persona» costituisca una violazione del diritto alla salute (nel più sta il meno, come è ovvio); ma altrettanto innegabile è che un sistema inadeguato di tutela della salute non costituisca una minaccia *individuale* tale da legittimare il riconoscimento dello *status*. Lo ha sancito anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con l'affermare che «il rischio di deterioramento dello stato di salute dello straniero (...) dovuto all'assenza di terapie adeguate nel suo Paese d'origine, senza che sia in discussione una privazione di assistenza sanitaria inflittagli intenzionalmente, non basta per riconoscere a quest'ultimo il beneficio della protezione sussidiaria»<sup>23</sup>. Sotto altra prospettiva la Corte di Giustizia ha, invece, precisato che la qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, letti alla luce dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in tema di divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti), devono essere interpretati nel senso che «è ammissibile allo *status* di protezione sussidiaria il cittadino di un Paese terzo torturato in passato dalle autorità del suo Paese di origine e non più esposto a un rischio di tortura in caso di ritorno in detto Paese, ma le cui condizioni di salute fisica e mentale potrebbero, in un tale caso, deteriorarsi gravemente»<sup>24</sup>. Spetta in questo caso al giudice verificare se, in caso di ritorno nel Paese d'origine, lo straniero possa effettivamente fruire di cure adeguate al trattamento dei postumi fisici o mentali degli atti di tortura commessi in precedenza dalle autorità di tale Paese.

### 3. Dalla protezione umanitaria alla protezione speciale

Venendo poi alla "terza gamba" dell'attuazione del diritto di asilo, ovvero la protezione umanitaria, il discorso è da articolare maggiormente, in considerazione dei mutamenti della legislazione nel corso del tempo.

Prima dell'entrata in vigore del d.l. 4 ottobre 2018, n. 118, era previsto, come noto, il permesso di soggiorno "per motivi umanitari" (art. 5, comma 6, TUI), intendendosi per questi «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato

<sup>22</sup> Si veda K.Z. GALICZ, *Salute umana e tutela dell'ambiente: quale protezione per lo straniero?*, in *Lessico di etica pubblica*, n. 2/2022, 63; nonché, in precedenza, 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., 228-230.

<sup>23</sup> CGUE, sentenza 18 dicembre 2014, *Mohamed M'Body*, causa C-542/13.

<sup>24</sup> CGUE, sentenza 24 aprile 2018, MP, causa C-353/16.

italiano». A tale riguardo, decisiva risultava la valutazione da dare (ed effettivamente data) al riferimento a «seri motivi di carattere umanitario», ed in particolare se all'interno di tale previsione fosse possibile e necessario includere motivi connessi alla tutela del diritto alla salute<sup>25</sup>. Non potendoci qui soffermare eccessivamente sul punto, sia sufficiente richiamare l'approdo giurisprudenziale: in un'ordinanza del 2020, la Corte di Cassazione<sup>26</sup> ha affermato che «la vulnerabilità del richiedente può anche essere la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute», in quanto la *ratio* della protezione umanitaria «rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità, come il fondamentale diritto alla salute in caso di patologie gravi»<sup>27</sup> (corsivo aggiunto). Pertanto si deve trarre la conclusione per cui la violazione o la mancata tutela della salute costituiscono (*recte*: costituiscono) motivi in base ai quali riconoscere il permesso di soggiorno per «motivi umanitari» (e, quindi, il diritto di asilo). Tale affermazione non va peraltro intesa con riguardo alla *potenzialità* della violazione o limitazione: ovvero nel senso della possibilità di richiedere il diritto di asilo sul presupposto del non adeguato funzionamento del sistema sanitario (e quindi delle possibili conseguenze che potrebbero derivare dall'insorgenza di un eventuale stato di malattia). Al contrario, la tutela in questione può (poteva) riguardare (soltanto) le *persone vulnerabili*, quali in particolare quelle affette da gravi malattie o disturbi mentali, o comunque che presentino (presentassero) una delicata condizione psicofisica: per le quali, dunque, l'inadeguatezza del sistema di cura nel Paese di origine ha effetti concreti e diretti sulla salute della persona<sup>28</sup>. A tal proposito il giudice è anche tenuto ad un dovere di cooperazione istruttorio, volto a documentare patologie che possono costituire ragione di vulnerabilità soggettiva tutelabile ai fini dell'applicazione del principio di non refoulement. La Corte di Cassazione ha, infatti, chiarito che, ove la documentazione non sia del tutto idonea che «il Tribunale è tenuto ad assolvere il proprio dovere di cooperazione istruttorio e chiederne l'integrazione o disporre indagini tecniche, tenuto conto dell'irrelevanza, fuori dello specifico ambito del permesso speciale (ove pure è discutibile), della non provenienza da presidio pubblico della documentazione, non ritenuta non veritiera e incontestatamente proveniente da struttura medico-sanitaria all'esito di valutazione medica»<sup>29</sup>.

Come si è detto, questa è comunque la disciplina vigente fino all'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, il quale ha abrogato la previsione riguardante il permesso per motivi umanitari e lo ha sostituito con altri permessi, tra cui il permesso per *protezione speciale*, con un ambito di applicazione più ristretto della protezione umanitaria, in quanto inizialmente riferito alle sole ipotesi di pericolo di persecuzione

<sup>25</sup> Si richiama a tal proposito la circolare del Ministero dell'interno, Commissione nazionale per il diritto di asilo, relativa alla "Ottimizzazione delle procedure relative all'esame delle domande di protezione internazionale. Ipotesi in cui ricorrono i requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari", ove si richiamano problemi sanitari e le gravi condizioni psico-fisiche o gravi patologie che non possono essere adeguatamente trattate nel Paese di origine.

<sup>26</sup> Cass., Sez. I civ., ordinanza 4 febbraio 2021, n. 2558, consultabile qui: <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/allegati/fascicolo-n-1-2020-2/umanitaria-9/557-5-cass-2558-20/file>.

<sup>27</sup> Cass., sez. I civ., 4 febbraio 2020, n. 2558, cit.

<sup>28</sup> In tali casi il permesso di soggiorno per motivi umanitari poteva essere riconosciuto o dalla Commissione territoriale competente oppure dal Questore. Per un approfondimento del quadro normativo e della giurisprudenza di riferimento a seguito della «scomposizione della protezione per motivi umanitari», cfr. K.Z. GALICZ, *One Health, One Society: il diritto alla salute quale presupposto per il diritto di asilo*, cit., 764 ss.

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, ordinanza n. 11738/2023, 6 febbraio 2023 (dep. 04/05/2023).

o di tortura, poi esteso nel 2020 anche ai casi di violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e infine nuovamente circoscritto con la riforma adottata nel 2023. Il d.l. n. 20/2023 ha limitato la possibilità di ottenere la protezione speciale solo all'esito della domanda di asilo (e non più anche con richiesta diretta al Questore), circoscrivendo tale possibilità ai casi di persecuzione, tortura, trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano obblighi costituzionali e internazionali.

Sull'impatto di tale ultima modifica deve comunque essere precisato come il richiamo agli obblighi costituzionali dovrebbe sollecitare interpretazioni volte ad offrire tutela a tutti quei casi nei quali la salute (ex art. 32 Cost.) sarebbe pregiudicata non riconoscendo adeguata protezione allo straniero. Peraltro, in merito alla precedente riforma del 2020, la Corte di Cassazione aveva precisato come detta normativa non avesse inserito nella compagine dei diritti fondamentali diritti nuovi la cui tutela fosse prima fosse preclusa, ma indicasse le modalità con cui, ai fini dell'attuazione del divieto di respingimento, il diritto alla vita privata e familiare, «deve essere valutato da chi è chiamato ad applicare la norma e con quali altri diritti ed interessi può essere bilanciato, e ciò fermo restando la rilevanza degli altri diritti compresi nel catalogo aperto di cui all'art 2 Cost. quali, a titolo esemplificativo, il diritto alla salute, alla libertà personale, alla autodeterminazione, a non subire trattamenti inumani e degradanti»<sup>30</sup>.

Occorre inoltre chiarire che, con il d.l. n. 113/2018, insieme alla protezione speciale sono stati introdotti anche alcuni permessi per "casi speciali": per *cure mediche*, per *calamità*<sup>31</sup> e per *motivi di particolare valore civile* (rispettivamente artt. 19, comma 2, lett. d-bis, 20 e 42-bis TUI), e sono stati ridenominati in tal modo alcuni permessi già previsti nel TUI in tema di *protezione sociale*, *violenza domestica* e *sfruttamento lavorativo* (rispettivamente artt. 18, 18-bis e 22, comma 12-quater).

#### **4. Ingresso e soggiorno sul territorio italiano per motivi di salute: a) il permesso di soggiorno (ma non di ingresso) per cure mediche o gravi patologie (art. 19 TUI)**

Tra i permessi per casi speciali introdotti nel 2018, quello che qui interessa è evidentemente quello *per cure mediche* o *per gravi patologie*, previsto dall'art. 19, comma 2, lettera *d-bis* del TUI<sup>32</sup>, che ha subito nel corso degli ultimi anni frequenti riformulazioni. Proviamo a seguire l'evoluzione della normativa. La prima previsione, contenuta nel testo del d.l. del 2018, stabiliva che il permesso di soggiorno dovesse essere rilasciato «(a)gli stranieri che versano in condizioni di salute di eccezionale gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da determinare un irreparabile pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza». La competenza al rilascio era attribuita al questore, e la durata del permesso era connessa al tempo attestato dalla certificazione sanitaria,

<sup>30</sup> Cfr. Cass, Sez. 1, ordinanza n. 8400 del 23 febbraio 2023 (dep. 23 marzo 2023).

<sup>31</sup> In merito al permesso per calamità naturali, preme evidenziare – sebbene non al centro del presente scritto – la possibile connessione con la tutela della salute della persona anche nell'accezione di ambiente salubre, pregiudicato dal verificarsi di particolari eventi avvenuti nel Paese di origine. Per un eventuale approfondimento si veda C. SCISSA, *La protezione per calamità: una breve ricostruzione dal 1996 ad oggi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>32</sup> Secondo C. PANZERA, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d'asilo*, cit., 824, questo tipo di permesso sembra trovare più adeguata giustificazione nell'art. 32 Cost. che non nel diritto di asilo ex art. 10, terzo comma, Cost.

comunque non superiore ad un anno, rinnovabile fino alla persistenza delle condizioni di salute di eccezionale gravità.

La legge di conversione (legge 1° dicembre 2018, n. 132) modificò la previsione, sostituendo alle parole «eccezionale gravità, accertate mediante idonea documentazione, tali da determinare un irreparabile» le seguenti: «particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi». In sostanza, sul versante delle condizioni richieste per il rilascio del permesso la legge di conversione ha mutato da «eccezionale gravità» a «particolare gravità» la situazione legittimante, e ha modificato l'«irreparabile pregiudizio» con la richiesta di un «rilevante pregiudizio»<sup>33</sup>. Sul versante procedurale, invece, la legge di conversione ha chiarito che la «idonea documentazione» (che il d.l. non specificava da chi dovesse essere fornita) deve essere rilasciata «da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale».

Successivamente ancora, il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, ha modificato il testo, sostituendo la previsione delle «condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità» con quella di «gravi condizioni psico-fisiche o derivanti da gravi patologie»<sup>34</sup>.

Da ultimo (al momento), il d.l. 10 marzo 2023, n. 20 (art. 7, primo comma, punto 3.1) ha introdotto un'ulteriore modifica, sostituendo la previsione di «gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie» con la seguente: «condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel Paese di origine». In sostanza, l'ultima novella ha da un lato ripristinato la previsione della legge n. 132/2018 (patologie di *particolare gravità* al posto di *gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie*), e dall'altro ha posto la condizione nella non curabilità di tali patologie nel Paese di origine<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Con riguardo a tale ultima previsione, si era sostenuto che essa dovesse essere letta in sistema con quanto stabilisce l'art. 35, terzo comma, del TUI, in base al quale agli stranieri regolarmente soggiornanti devono essere assicurate le «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti, comunque essenziali, purché continuative»: cfr. ASGI, Il permesso di soggiorno per cure mediche, scheda giugno 2021, reperibile qui: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/06/Scheda-salute.pdf>, che richiama anche la circolare del Ministero della Sanità 24 marzo 2000, n. 5 con la quale sono stati specificati i criteri per la qualificazione delle cure urgenti e essenziali.

<sup>34</sup> In merito alla differenza tra la formulazione del d.l. n. 118/2018 e quella del d.l. n. 130/2020 v. F. DI PIETRO, *La nuova disciplina dei permessi per calamità, per cure mediche, per motivi religiosi, per attività sportiva, per lavoro artistico, per ricerca*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa, 2021, 76 ss., per il quale la modifica introdotta nel 2020 conferisce rilevanza anche a situazioni che hanno un decorso nel tempo e che sono postume a una patologia, in linea con le definizioni del Ministero della Sanità, ed insieme allarga l'ambito di applicazione anche a patologie meno critiche (grazie all'eliminazione della previsione della particolare gravità delle condizioni di salute in questione).

<sup>35</sup> Per chiarezza, si riporta la formulazione del TUI come attualmente (settembre 2023) vigente: il permesso può essere rilasciato agli «stranieri che versano in condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel Paese di origine, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. In tali ipotesi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di cui al periodo precedente debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale».



Tale permesso<sup>36</sup> viene rilasciato per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, e comunque non superiore ad un anno (salvo rinnovo). È evidente come, nelle intenzioni del legislatore, tale permesso debba riferirsi a patologie che possano avere una durata limitata nel tempo, sebbene la rinnovabilità dello stesso (senza limiti temporali, salvo il rinnovo annuale) possa riguardare anche patologie di tipo cronico o degenerativo. Tanto più che la giurisprudenza ha chiarito che la garanzia delle cure per gli stranieri non regolarmente presenti sul territorio, assicurata dall'art. 35 TUI, deve essere riferita sia alle cure indifferibili ed urgenti *quoad vitam*, come anche a tutte le cure essenziali, ancorché continuative<sup>37</sup>.

Al di là dell'evoluzione normativa particolarmente faticosa, può dirsi nel complesso che si tratta di un permesso che non riguarda quanti intendano fare *ingresso* nel territorio nazionale, bensì coloro *che già si trovano in esso*<sup>38</sup> e che quindi hanno la possibilità di farsi visitare da una struttura del servizio sanitario (sulla base di quanto stabilito dalla legge n. 132/2018): per questi deve essere operata, da parte di chi è abilitato a rilasciare il permesso, anche una valutazione sul sistema sanitario del Paese di provenienza (o di possibile rientro) dello straniero, finalizzata ad accertare se quel sistema sia o meno in grado di assicurare adeguata cura. Valutazione che non soltanto esula all'evidenza dalle competenze e responsabilità del personale sanitario, ma che risulta altresì particolarmente ardua e che non può che essere compiuta "a spanne", essendo evidentemente impossibile che l'operatore (sanitario) italiano possa conoscere con precisione il livello di cura che in altri territori, distanti dall'Italia, possono essere assicurati. Su questo punto intervenne una circolare del Ministero dell'Interno relativa al d.l. n. 113/2018<sup>39</sup> che, nell'evidente tentativo di delimitare l'ambito di discrezionalità riservato dalla legge alle autorità sanitarie, introdusse previsioni potenzialmente limitative dell'efficacia della tutela assicurata dalla normativa primaria.

Con detta circolare, infatti, si invitavano i questori a

«valutare l'opportunità di verificare, sulla base della documentazione sanitaria prodotta, con le competenti rappresentanze diplomatiche italiane e/o estere, la mancanza della possibilità del richiedente di fruire di tali tipologie di cure mediche nel Paese di origine o di provenienza ovvero, qualora tali cure possano essere fornite, provvederanno di richiedere una certificazione sanitaria attestante il rilevante pregiudizio alla salute che comporterebbe il viaggio di rientro del cittadino straniero nel proprio Paese».

Si tratta di una previsione che, introducendo un evidente obbligo procedurale («avranno cura») a carico dei questori, non soltanto avrebbe potuto produrre l'effetto di una valutazione divergente da

<sup>36</sup> Con il quale si è «incorporato nell'ordinamento l'orientamento giurisprudenziale» che aveva ricompreso il diritto alla salute tra i motivi per i quali poteva essere rilasciato il permesso per ragioni umanitarie: così ASGI, *Il permesso di soggiorno per cure mediche*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. ASGI, *Il permesso di soggiorno per cure mediche*, cit., ove si richiama altresì la sentenza Corte di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 10 giugno 2013, n. 14500, che afferma il principio in base al quale devono ritenersi ricomprese tra le «cure essenziali» «anche le semplici somministrazioni di farmaci quando si tratti di terapie necessarie ad eliminare rischi per la vita o il verificarsi di maggiori danni per la salute, in relazione all'indisponibilità dei farmaci verso il quale lo straniero dovrebbe essere espulso».

<sup>38</sup> Come si deduce dalla previsione normativa che fa riferimento al «caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza». Ed infatti anche il sito del Ministero precisa che tale permesso può essere rilasciato ai «cittadini stranieri in Italia senza titolo di soggiorno».

<sup>39</sup> Circolare n. 400/A/2019/12.214.18.2 del 18 gennaio 2019 del Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica sicurezza. Direzione centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere.

parte del questore rispetto a quella compiuta dall'autorità sanitaria (cui la legge riservava il compito, come si è visto), con possibile diniego di rilascio del permesso di soggiorno anche in presenza di una valutazione positiva dell'unico soggetto competente per legge; ma insieme produceva un quasi certo allungamento dei tempi di rilascio del permesso, essendo richiesto un intervento delle rappresentanze diplomatiche (per il quale non era posto un termine) ed essendo altresì previsto, nel caso in cui queste si pronunciassero in senso negativo alla richiesta, l'obbligo di un'ulteriore certificazione sanitaria sul pregiudizio derivante dall'eventuale viaggio di ritorno in patria<sup>40</sup>.

A tale situazione di evidente illegittimità (sia con riguardo al rapporto tra norme primarie e norme secondarie, che al rispetto della riserva di legge stabilita dall'art. 10, terzo comma, Cost.) ha posto parzialmente rimedio una successiva circolare ministeriale, emanata a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 20/2023<sup>41</sup>, che ha richiesto ai questori di intervenire soltanto «nei casi dubbi», e di non richiedere un'attestazione da parte delle rappresentanze diplomatiche come previsto nella circolare precedente, bensì soltanto di «interessare le competenti Rappresentanze diplomatiche». Cosa possa significare, concretamente, questa attività di *interessamento* non è chiaro: tuttavia dovrebbe essere assodato che si tratta di una comunicazione eventuale e fors'anche successiva al rilascio del permesso, tale comunque da non poter impedire quest'ultimo in presenza di un parere favorevole delle autorità sanitarie (le uniche, lo si ripete, competenti *per legge* a pronunciarsi nel merito).

Vi è infine da rilevare che il permesso di soggiorno in questione, che il d.l. n. 130/2020 aveva reso convertibile in permesso per motivi di lavoro, non lo è più a seguito dell'entrata in vigore della legge di conversione (l. n. 50/2023) del d.l. n. 20/2023, che ha espressamente abrogato la previsione precedente. Mentre permane la previsione di cui all'art. 34 del TUI, in base alla quale gli stranieri in possesso del permesso di soggiorno per cure mediche «hanno l'obbligo di iscrizione al Servizio sanitario nazionale e hanno parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal Servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale».

Occorre infine segnalare una particolare situazione che non riguarda propriamente le cure mediche ma che comunque è relativa a situazioni fisiche che richiedono specifica cura, ovvero quella delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Anche in tali casi viene rilasciato un permesso per cure mediche, che, ai sensi di una decisione della Corte costituzionale del 2000<sup>42</sup>, deve essere riconosciuto anche al marito convivente della donna in stato di gravidanza, per il medesimo periodo di validità previsto. Sempre connessa ad esigenze di salute è l'autorizzazione che può essere rilasciata dal Tribunale per i minorenni ai fini dell'ingresso o della permanenza del familiare del minore che si trova sul territorio nazionale, «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore». Il provvedimento del Tribunale per i

<sup>40</sup> In tale senso anche la nota Asgi, *Il permesso di soggiorno per cure mediche*, cit., ove si sottolinea altresì come la circolare non specifichi le tipologie e condizioni (logistiche ed economiche) di disponibilità delle cure, con l'ulteriore difficoltà per le autorità locali di ammettere «l'inefficienza o la sostanziale inaccessibilità delle cure necessarie».

<sup>41</sup> Circolare n. 400/B/2023 del 1° gennaio 2023 del Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica sicurezza. Direzione centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere.

<sup>42</sup> Corte cost. 27 luglio 2000, n. 376.

minorenni è adottato all'esito di un procedimento attivato nel preminente interesse del minore e in tale caso il permesso di soggiorno reca la dicitura "assistenza minore"<sup>43</sup>.

### 5. Segue: b) il permesso di soggiorno per cure mediche (art. 36 TUI)

Il permesso indicato nel paragrafo precedente, che come detto può essere rilasciato a chi già si trovi sul territorio nazionale, va tenuto distinto da quello previsto dall'art. 36 del TUI, che riguarda invece lo straniero che, residente all'estero, intenda venire in Italia per ricevere cure mediche (si tratta dunque di un permesso di *ingresso*, oltre che di *soggiorno*): in tale circostanza l'interessato potrà ottenere da parte della rappresentanza consolare italiana nel Paese d'origine uno specifico visto d'ingresso per sé e per un eventuale accompagnatore; una volta giunto nel territorio nazionale, potrà richiedere al questore il permesso di soggiorno. Per la legge, è onere dello straniero indicare il tipo di cura che intende ricevere, nonché la data di inizio della stessa e la durata presunta del trattamento terapeutico, l'avvenuto deposito di una somma a titolo cauzionale e documentare la disponibilità di vitto e alloggio per l'accompagnatore per il periodo di convalescenza dell'interessato. Questo è quanto prevede la norma primaria.

Il relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, in particolare art. 44) richiede che la dichiarazione dell'interessato sul tipo di cura, la durata, ecc. debba essere accompagnata da una dichiarazione da parte della struttura sanitaria prescelta, nonché da una certificazione sanitaria (anche rilasciata all'estero) che attesti la patologia del richiedente (nel rispetto delle disposizioni in materia di tutela dei dati personali). L'interessato ha altresì l'onere di garantire che la propria disponibilità economica comprenda anche le «risorse sufficienti per l'integrale pagamento delle spese sanitarie e di quelle di vitto e alloggio fuori dalla struttura sanitaria e il rimpatrio per l'assistito e per l'eventuale accompagnatore».

Al di là della coerenza delle previsioni contenute nel regolamento di attuazione con quanto previsto nella norma primaria, è tuttavia evidente che in nessuna delle due fonti nulla sia richiesto circa la situazione sanitaria del Paese di provenienza. Ciò aiuta a comprendere come, nell'intenzione del legislatore, questo tipo di permesso sia certamente connesso al diritto alla salute, ma nel senso di *libertà di cura* ovvero di *possibilità di scegliere* il sistema sanitario o la singola struttura che offra (all'interessato) maggiori garanzie: detto in altri termini, anche un cittadino svizzero o statunitense, o comunque il cittadino di un Paese con un sistema sanitario efficiente ed adeguato, potrebbe chiedere il permesso di cui all'art. 36 (come si vedrà), mentre evidentemente quello previsto dall'art. 19 riguarda soggetti che non intendono esercitare un'opzione sul *quomodo* del diritto alla cura, bensì sull'*an* della tutela del proprio diritto alla salute.

Al contrario, nel sito istituzionale del Ministero della salute si legge che questo tipo di permesso può essere richiesto da «cittadini extracomunitari residenti in Paesi *privi di strutture sanitarie idonee e*

<sup>43</sup> Secondo quanto chiarito da Corte di cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 12 giugno 2019, n. 15750, l'interesse del familiare ad ottenere l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso nel territorio nazionale «riceve tutela in via riflessa, ovvero nella misura in cui sia funzionale a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del minore, che è il bene giuridico protetto dalla norma nonché la ragione unica del provvedimento autorizzatorio».

*Focus on*

*adeguate*<sup>44</sup>: tant'è che il richiedente deve allegare alla propria richiesta la «documentazione medica rilasciata dal Paese di provenienza (in lingua italiana o inglese) comprovante la necessità dell'intervento sanitario oggetto della richiesta e la *non curabilità in patria* su carta intestata sottoscritta e timbrata» (corsivi aggiunti). È evidente che queste ulteriori previsioni, seppur forse conseguenti ad una logica di risparmio economico per il servizio sanitario nazionale (ma come visto in realtà le spese sono a carico dell'interessato), non trovano fondamento né nella normativa primaria né in quella d'attuazione.

Va infine rilevato che il permesso di soggiorno in questione ha una durata pari a quella che si presume possa essere propria del trattamento terapeutico, ma è rinnovabile «finché durano le necessità terapeutiche documentate»: si tratta di una previsione del tutto logica e coerente con la *ratio* del permesso, e che tuttavia può risultare di difficile coerenza con l'obbligo di garantire la disponibilità di risorse economiche (in particolare di quelle relative al vitto e all'alloggio fuori dalla struttura sanitaria per sé e per l'eventuale accompagnatore). Il titolare di detto permesso può altresì svolgere attività lavorativa<sup>45</sup> (che evidentemente gli sia consentita dallo stato di salute in cui versa), ma non può convertire il permesso in quello per motivi di lavoro. Infine, egli può chiedere l'iscrizione anagrafica presso il Comune dove ha fissato la residenza, ai sensi dell'art. 6, settimo comma, TUI.

Ancora ai sensi dell'art. 36 TUI, è possibile un diverso visto di ingresso per cure mediche, quello consentito nell'ambito di programmi umanitari. Tale previsione fa seguito a quanto stabilito già dall'art. 12, secondo comma, lett. c), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che riserva una quota del fondo sanitario nazionale a favore di prestazioni sanitarie erogate a cittadini stranieri che si trasferiscono in Italia, previa autorizzazione del Ministro della sanità d'intesa con il Ministro degli affari esteri. La disposizione del TUI ha specificato che tali prestazioni possono essere effettuate nell'ambito di «programmi umanitari», e riguardano cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea: anche in questo caso, sebbene la legge non lo specifichi, tale permesso è rilasciato a vantaggio di stranieri i quali necessitino di cure «non effettuabili nei loro Paesi d'origine per carenza di strutture sanitarie adeguate o di personale medico in possesso di specializzazioni appropriate agli interventi richiesti». Detti programmi possono essere realizzati o a livello nazionale o in ambito regionale: nel primo caso occorre un'autorizzazione del Ministero della salute (che individua anche la struttura sanitaria e garantisce la copertura delle spese sanitarie necessarie (ma non quelle di viaggio né di soggiorno al di fuori della struttura); nel secondo caso, invece, sono le Regioni che autorizzano le Asl e le Aziende ospedaliere ad effettuare le prestazioni necessarie. Le Regioni possono intervenire qualora nei Paesi di provenienza non esistano o non siano facilmente accessibili competenze medico-specialistiche per il trattamento di gravi patologie o non sono in vigore accordi di reciprocità relativi all'assistenza sanitaria, ovvero nel caso di stranieri i cui Paesi di appartenenza versino in situazioni contingenti per cui non sono attuabili gli accordi in vigore per l'assistenza sanitaria nazionale.

<sup>44</sup> Si veda in particolare il sito web <https://www.salute.gov.it> – sez. “Autorizzazione all'ingresso per cure in Italia di cittadini extracomunitari” (ultimo accesso 20.9.2023). Evidenziano tale richiesta anche A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Diritto alla salute*, cit., 237, che ritengono che detto permesso possa essere rilasciato soltanto agli stranieri provenienti da Paesi «nei quali non esistono o non sono facilmente accessibili competenze medico specialistiche per il trattamento di specifiche patologie».

<sup>45</sup> Come stabilisce l'art. 36, terzo comma, TUI, in virtù della modifica introdotta dall'art. 1, primo comma, lett. i), del d.l. n. 130/2020.

## 6. I permessi di soggiorno per cure mediche nella prassi: qualche dato su cui riflettere

Può essere utile, a questo punto, svolgere una breve analisi sui dati relativi agli ultimi permessi indicati: dati rilasciati, su esplicita richiesta di chi scrive, dal Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere<sup>46</sup>.

Partiamo dai numeri relativi ai permessi di soggiorno ex art. 19, secondo comma, TUI (ovvero, lo si ricorda, relativi a coloro che già si trovano sul territorio dello Stato e non possono fare rientro nel loro Paese per motivi di salute). I numeri forniti sono suddivisi per periodi, legati alla vigenza delle diverse normative che si sono succedute: il che consente anche un confronto sugli effetti della normativa in ordine all'ampliamento o al restringimento delle varie politiche adottate.

Il primo periodo considerato è quello intercorrente tra il 4 ottobre 2018 (ovvero la data di entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, che ha introdotto questo tipo di permesso) e il 20 ottobre 2020, ovvero la data di entrata in vigore del d.l. n. 130/2020 (che ha modificato, come si è detto, le fattispecie previste per il rilascio del permesso). In questo periodo il numero complessivo di permessi rilasciati è stato pari a 6641, e dunque a una media (utile per operare un raffronto con i periodi successivi) di circa 271 permessi al mese<sup>47</sup>. Analizzeremo subito avanti la distribuzione geografica sia delle questure rilascianti che dei Paesi di provenienza degli stranieri.

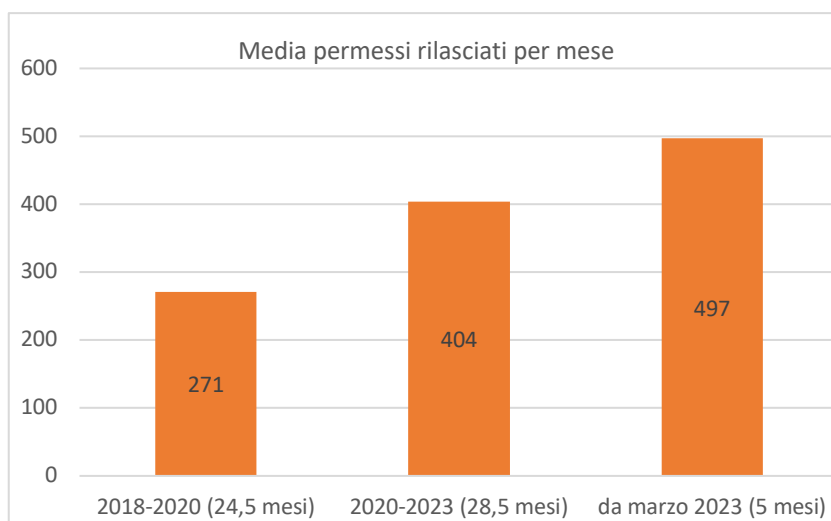
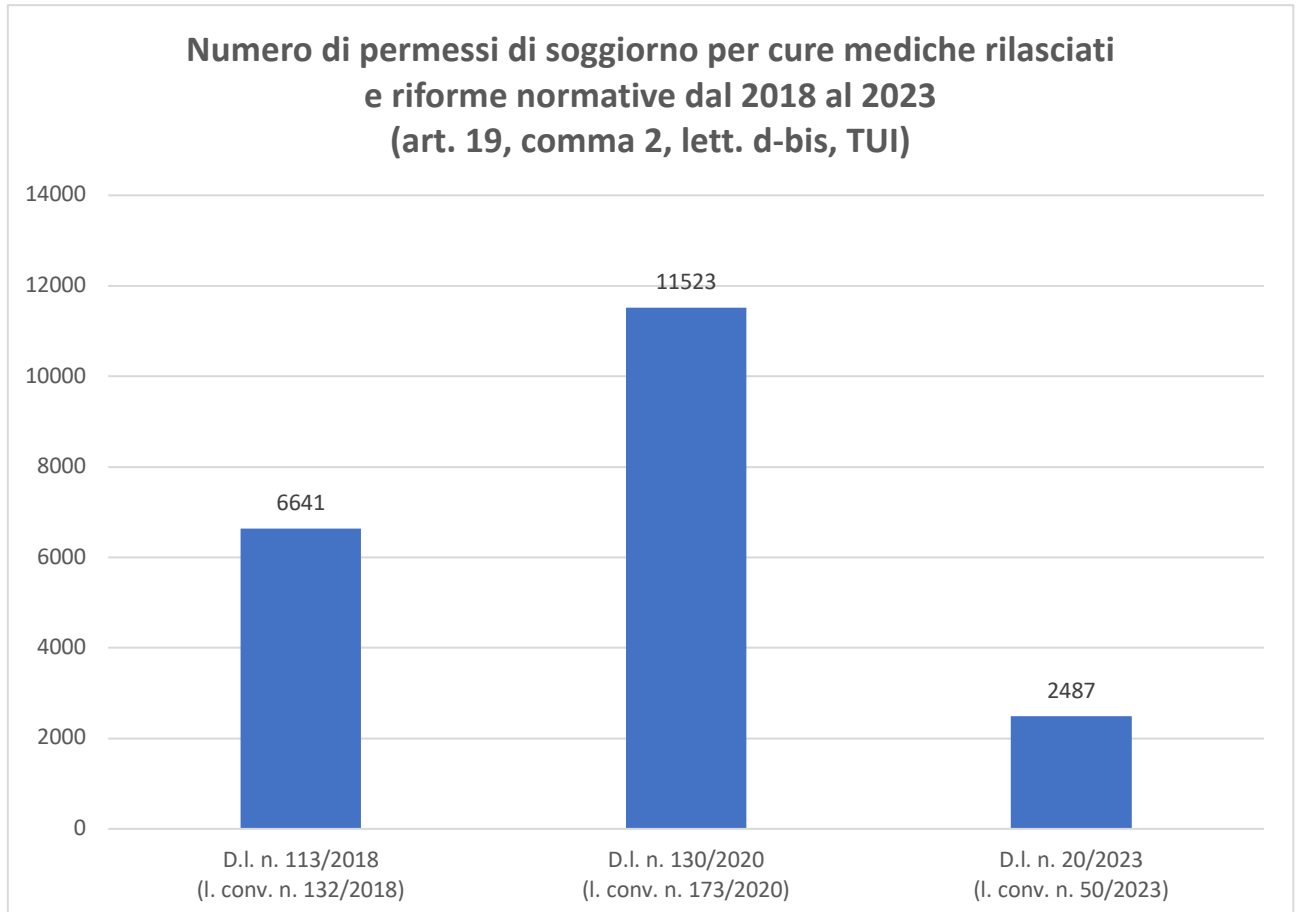
Dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 130/2020 (21 ottobre 2020) fino all'entrata in vigore del d.l. n. 20/2023 (9 marzo 2023), il numero complessivo è salito a 11.523, pari dunque a una media di circa 404 mensili. Ciò significa, in termini numerici, che il numero di permessi rilasciati con la normativa approvata con il Governo Conte II ha quasi raddoppiato il numero di permessi di soggiorno rilasciati per cure mediche: dato da non attribuire interamente al mutamento della disciplina, in quanto potrebbe essere conseguente anche da altri fattori (ad esempio un aumento del numero complessivo degli stranieri presenti sul territorio italiano; un'incidenza del diffondersi di particolari patologie, quali ad esempio il Covid-19; e così via). Tuttavia una qualche connessione tra allargamento dei presupposti e numero di permessi potrebbe essere plausibile.

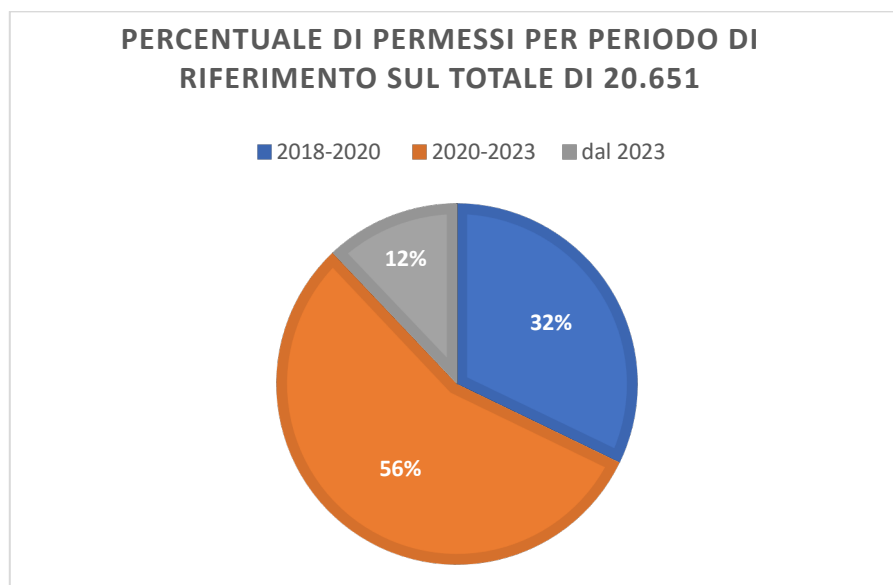
Il terzo arco temporale considerato è abbastanza breve, e riguarda i primi cinque mesi di vigenza del d.l. 20/2023: in tale periodo il numero complessivo di permessi rilasciati è stato di 2487, per una media mensile pari a circa 497. Dunque si è registrato un aumento consistente anche rispetto al periodo precedente: ancora più rilevante se si pensa all'avvenuto superamento del possibile effetto-Covid. In generale, va osservato che il ripristino della previsione del 2018 (lo si ricorda: dalle «*gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie*» previsto dal d.l. del 2020 alle «*patologie di particolare gravità*» già previsto dal d.l. del 2018) non ha prodotto una riduzione del numero di permessi rilasciati. Considerando che tali ultime scelte sono state realizzate da un governo (quello presieduto da Giorgia Meloni) che sul tema dell'immigrazione esprime la volontà di adottare politiche restrittive, e considerando altresì che anche la misura in questione era stata adottata con questo intento, si può ritenere che essa si sia rilevata – alla luce dei numeri – inadeguata rispetto allo scopo.

<sup>46</sup> I dati richiesti a seguito di accesso civico generalizzato sono aggiornati al 10 agosto 2023.

<sup>47</sup> In merito alla media di permessi rilasciati, il dato risultante dalla divisione tra il totale dei permessi rilasciati per arco temporale e il numero di mesi considerato (incluse frazioni di mese) è stato arrotondato all'unità.

Nei grafici seguenti vengono riportati il numero complessivo dei permessi rilasciati per i tre periodi considerati, la percentuale sul totale dei permessi rilasciati dal 2018 a oggi e la media dei permessi rilasciati per mese:





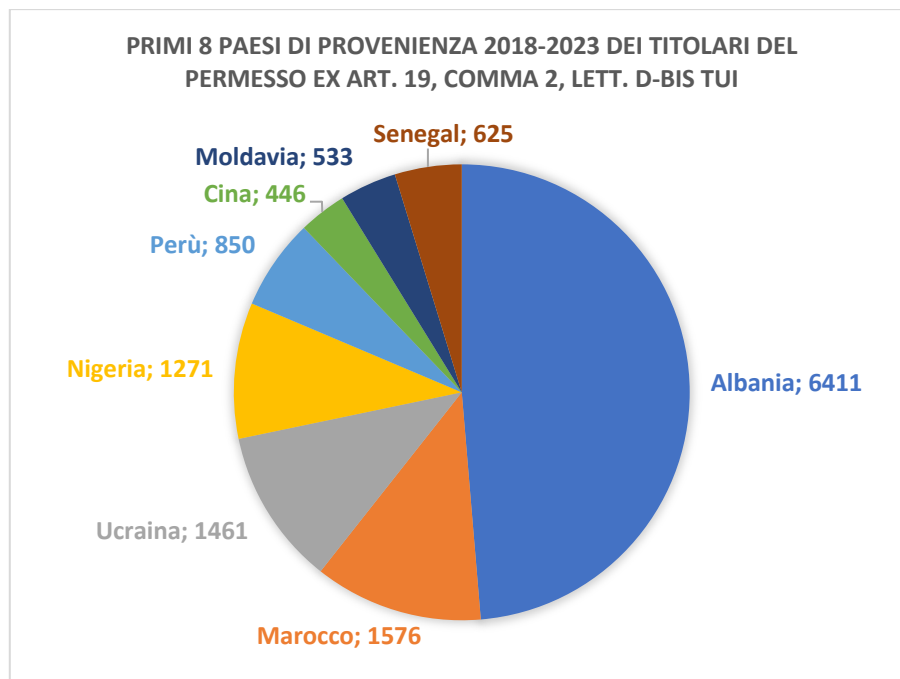
Per quanto attiene alla distribuzione territoriale delle questure che hanno rilasciato i permessi, la tendenza generale sembra essere abbastanza coerente con le percentuali relative alla presenza di stranieri sul territorio nazionale: più del 50% dei permessi è rilasciato nel nord del Paese (compresa l'Emilia-Romagna), di cui il 10% circa nel solo territorio di Milano; circa il 25% da questure del centro Italia, e la restante parte da quelle del sud e delle isole. Può essere utile considerare il dato relativo all'intero territorio siciliano, che sebbene oggetto di arrivi numericamente consistenti da Paesi terzi, registra un numero complessivo di permessi di questo tipo particolarmente limitato (nei vari periodi considerati oscilla – complessivamente per le nove province – tra il 4,5 e il 6% dei permessi complessivi).

Di maggiore interesse è il dato relativo ai Paesi di provenienza degli stranieri che ottengono questo particolare permesso: in tutti e tre i periodi considerati il Paese nettamente più rappresentato è l'Albania, che nel primo periodo fa registrare ben 2131 permessi su un totale di 6641 (il 32% circa); nel secondo 3527 su un totale di 11523 (30,6%); e, nel terzo, 753 permessi su un numero complessivo di 2487 (30,2%). Si tratta di un dato che desta un qualche motivo di riflessione, specie considerando che (al 1° gennaio 2022) il numero di cittadini albanesi residenti in Italia risultava pari a circa l'8,3% del numero totale di stranieri. A netta distanza seguono gli altri Paesi: nel primo periodo di tempo considerato il Marocco e l'Ucraina (poi la Nigeria e il Perù); analogamente nel secondo, con l'Ucraina che ha superato il Marocco (in questo periodo è scoppiata la guerra tra Russia ed Ucraina), poi ancora Nigeria e Perù; nel terzo Marocco e Nigeria (poi Ucraina e Perù). Oltre al dato dell'Albania, e tralasciando l'Ucraina per la quale hanno sicuramente inciso le vicende legate alla guerra, merita considerare che la media del numero di permessi rilasciati a cittadini nigeriani e peruviani è superiore rispetto alla media del numero degli stessi presenti in Italia<sup>48</sup>, mentre quella del Marocco è leggermente inferiore. Come pure merita sottolineare che tutti gli altri Paesi maggiormente rappresentati in Italia hanno medie di permessi ex art. 19, secondo comma, inferiori rispetto alla media di presenze sul territorio: in

<sup>48</sup> Per la precisione: per la Nigeria la media – complessiva nei tre periodi considerati – di permessi rilasciati è di 6,2%, a fronte di una presenza pari al 2,3% di nigeriani regolarmente presenti; per il Perù la media è di 4,1%, a fronte di una presenza pari a 1,9%.

particolare la Cina ha il 6% della popolazione straniera residente, ma soltanto il 2,1% di permessi per cure mediche; l'India ha il 3,2% della popolazione straniera ma soltanto lo 0,9% di permessi di questo tipo, e così pure le Filippine (3,1% di popolazione, 0,7% di permessi). Potrebbe pensarsi che dietro a queste cifre si nascondano ragioni di carattere culturale o la maggiore o minore conoscenza di questa tipologia di permesso, ma non siamo in grado di approfondire questo tema.

Nel grafico seguente vengono indicati i numeri di permesso di soggiorno rilasciati ai sensi dell'art. 19 TUI da ottobre 2018 ad agosto 2023, considerando in particolare i primi 8 Paesi di provenienza per numero di permessi:

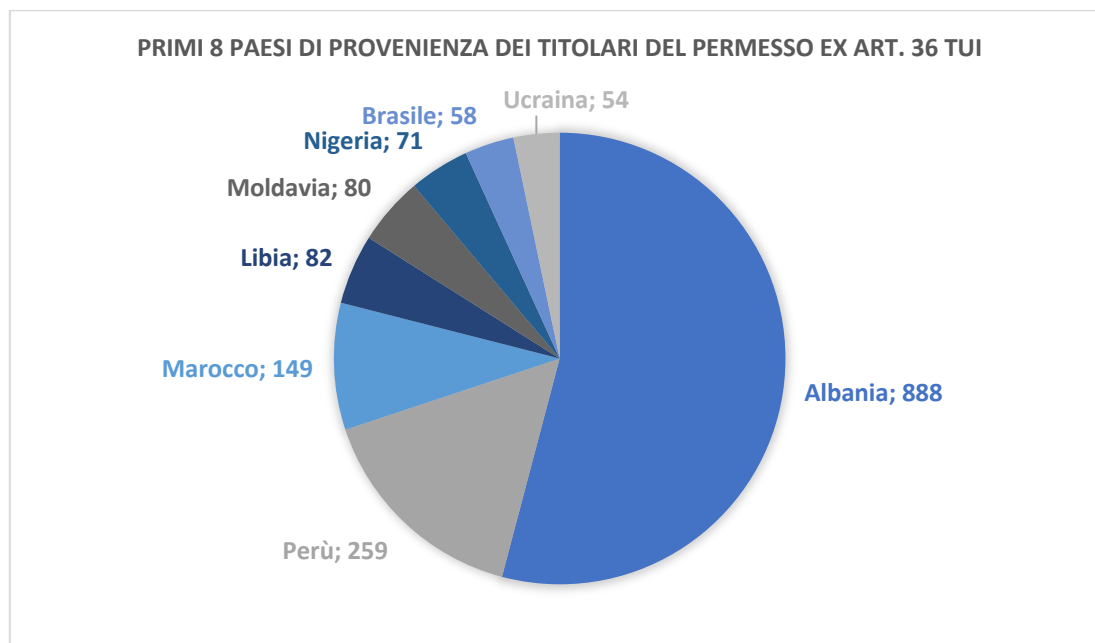


Per quanto riguarda invece il permesso di soggiorno ex art. 36 TUI (quello, come si è detto, di cui possono godere coloro che dall'estero intendano venirsi a fare curare in Italia), il numero complessivo dei permessi rilasciati ad agosto 2023 è di 2349<sup>49</sup>. In questo caso la distribuzione geografica delle sedi di rilascio è almeno in parte diversa, probabilmente in quanto legata alle strutture sanitarie in cui gli stranieri vengono curati ed ai centri sanitari ove determinate patologie sono maggiormente seguite: così che il territorio con maggior numero di permessi rilasciati non è Milano (che risulta al secondo posto) bensì Roma, cui seguono Milano, Torino e Firenze. Non cambia invece la nazionalità di chi ne usufruisce: ancora una volta i cittadini albanesi risultano in forte maggioranza (888 permessi totali, il

<sup>49</sup> Per avere un raffronto rispetto alle altre tipologie di permessi di soggiorno preme evidenziate che, nel corso del 2021, il numero dei permessi di soggiorno rilasciati in totale è 242.000, di cui circa la metà (50,9%) è stata rilasciata per motivi familiari e il 21,1% per lavoro. Per asilo e motivi umanitari sono stati rilasciati il 12,9% dei permessi, mentre i permessi per studio e per ragioni di salute, religione e scelta dell'Italia come residenza rappresentano, rispettivamente, il 7,3% e il 7,9% del totale. Per un quadro di tali dati cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *XIII Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, agosto 2023, 12 (<https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita-immigrazione/focus/xiii-rapporto-mdl-stranieri-2023>).



37,8%), seguiti a netta distanza dai peruviani (259, l'11%) e dai cittadini marocchini (149, il 6,3%). In questo caso il dato sull'Albania può risultare un po' più giustificato dalla vicinanza territoriale dall'Italia e – probabilmente – dal livello dell'assistenza sanitaria garantita in quel Paese (almeno raffrontata con quella italiana).



Da segnalare che, a conferma del fatto che questo permesso di soggiorno può essere rilasciato indipendentemente dalla condizione del sistema sanitario di provenienza, vi sono anche alcuni casi (sebbene numericamente limitati) di permessi rilasciati a cittadini statunitensi, del Regno Unito, dell'Australia, del Giappone e così via. Non è dato da sapere se tali cittadini, nel formulare la propria richiesta, vi abbiano allegato (come richiesto da Ministro della salute) la «documentazione medica rilasciata dal Paese di provenienza (in lingua italiana o inglese) comprovante la necessità dell'intervento sanitario oggetto della richiesta e la *non curabilità in patria* su carta intestata sottoscritta e timbrata».

## 7. Restare sul territorio per motivi di salute: i limiti all'allontanamento dello straniero

Come si è visto, la tutela della salute dello straniero può costituire un motivo non solo per fare ingresso sul territorio ma anche per restarvi, chiedendo il rilascio di permesso di soggiorno ex art. 19, comma 2, lett. d-bis, TUI in relazione alle gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie di cui si è affetti. Sempre per ragioni di salute lo straniero non regolarmente presente sul territorio può anche impugnare un eventuale provvedimento di espulsione emesso nei suoi confronti. Del resto il permesso sopra citato è previsto proprio nella disposizione dedicata ai divieti di espulsione e respingimento, ove si afferma espressamente che non può disporsi l'espulsione (salvo che per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato) degli stranieri che versano in condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel Paese di origine (a cui consegue il rilascio di detto permesso).

Tuttavia, anche prima della riforma del 2018, la giurisprudenza aveva chiarito l'esistenza di un divieto di espulsione dello straniero non regolarmente soggiornante sul territorio per motivi di salute. In particolare, ci si interrogò sulla legittimità costituzionale del previgente art. 19 TUI proprio nella parte in cui non prevedeva un espresso divieto di espulsione dello straniero che, essendo entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, vi permanesse al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico essenziale in relazione alle sue pregresse condizioni di salute. A prescindere da una espressa previsione in tal senso, la Corte costituzionale chiarì che lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili e urgenti, secondo i criteri indicati dall'art. 35 TUI e che, di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione, qualora vengano invocate fondate esigenze di salute dell'interessato, «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»<sup>50</sup>.

Del resto, e più in generale, a presidio della tutela della salute dello straniero non in regola con le norme sull'ingresso e il soggiorno il TUI prevede, fin dalla sua entrata in vigore nel 1998, un esplicito divieto di segnalazione dello straniero non regolarmente soggiornante che abbia accesso alle strutture sanitarie<sup>51</sup>. Tale divieto, come è stato osservato<sup>52</sup>, costituisce una delle condizioni individuate dal legislatore al fine di garantire l'attuazione del nucleo essenziale del diritto alla salute, senza il quale la costruzione garantistica assicurata dal sopracitato art. 35 sarebbe destinata a perdere la propria effettività. Anche a tali cittadini stranieri sono infatti assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva, garantendo in particolare: la tutela sociale della gravidanza e della maternità; la tutela della salute del minore; le vaccinazioni; gli interventi di profilassi internazionale; la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive e l'eventuale bonifica dei relativi focolai.

Numerosi sono i ricorsi avverso provvedimenti di espulsione nei quali sono stati adottati motivi di salute, offrendo dunque alla giurisprudenza la possibilità di precisare la portata delle «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché non continuative», di cui all'art. 35, comma 3, TUI, la cui fruizione è tale da costituire un limite all'allontanamento dal territorio.

La questione controversa ha riguardato, in primo luogo, l'ambito di estensione di tali cure, soprattutto con riferimento ai trattamenti post operatori, riabilitativi di mantenimento o controllo. Un primo e più risalente orientamento fa rientrare in tale nozione soltanto le cure urgenti o comunque essenziali per

<sup>50</sup> Corte cost. sent. 252/2001, cit. Il caso riguardava un cittadino senegalese che aveva subito un'amputazione alla gamba nel paese di origine e che si era recato in Italia senza validi documenti di soggiorno per la sostituzione della protesi inadeguatamente applicata.

<sup>51</sup> In particolare l'art. 35, comma 5, TUI prevede che «l'accesso alle strutture sanitarie [...] 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».

<sup>52</sup> Sul punto S. PENASA, *Diritto alla salute, diritto di tutti? Riflessioni a prima lettura sulle possibili innovazioni legislative in materia di accesso alle cure degli stranieri irregolari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Più in generale, in riferimento alla salute degli stranieri, si veda E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e Salute*, Padova, 2007, 157 ss.

l'immediata sopravvivenza dello straniero non regolarmente presente sul territorio<sup>53</sup>; un secondo orientamento tende invece a ricomprendervi anche le terapie necessarie a ristabilire il benessere fisico e psichico del paziente (es. riabilitazione)<sup>54</sup>. Tale garanzia comprenderebbe cioè non soltanto le prestazioni rese nell'area del pronto soccorso e della medicina d'urgenza, ma si estenderebbe anche a tutte quelle prestazioni essenziali per la vita dello straniero che i presidi sanitari pubblici possono fornire, compresi gli interventi ritenuti necessari per l'eliminazione di una patologia e le cure ambulatoriali da completare nell'arco di tempo necessario e sufficiente secondo la scienza medica<sup>55</sup>.

Pertanto, se in un primo momento la Corte di Cassazione aveva ritenuto che i trattamenti di mantenimento o controllo, «pur se indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, [fuoriuscivano] dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile e urgente», non giustificando la permanenza nel territorio dello straniero<sup>56</sup>, si è poi chiarito che l'essenzialità delle cure può far riferimento anche alle «semplici somministrazioni di farmaci quando si tratti di terapie necessarie a eliminare rischi per la vita o il verificarsi di maggiori danni alla salute, in relazione all'indisponibilità dei farmaci nel paese verso il quale lo straniero dovrebbe essere espulso»<sup>57</sup>. Secondo tale ultima posizione, dunque, la garanzia del diritto fondamentale alla salute del cittadino straniero comprende non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Al riguardo cfr. Cass., Sez. I, sent. 14 dicembre 2001, n. 15830, con la quale è stato negato il diritto all'assistenza allo straniero entrato irregolarmente sul territorio e tossicodipendente, perché l'assistenza di cui all'art. 35 TUI riguarda cure urgenti ed essenziali, mentre la tossicodipendenza è considerata «uno stato patologico» e in particolare «una malattia cronica dalla quale non necessariamente deriva un imminente pericolo di vita».

<sup>54</sup> Secondo quest'ultimo arresto giurisprudenziale, allo straniero non può essere applicata temporaneamente la misura dell'espulsione dal territorio nazionale fino a che le terapie (altrimenti non realizzabili nel paese di origine dello straniero), necessarie a ristabilire il proprio benessere fisico e mentale, siano completate e persista una possibile ripercussione negativa sulla sua integrità fisica.

<sup>55</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 22 settembre 2006, n. 20561. Il caso riguardava un cittadino peruviano che si era sottoposto a un intervento chirurgico alla retina e che, in attesa di un secondo intervento, che doveva subire dopo pochi mesi, effettuava periodiche sedute di laser-terapia, necessarie per il recupero della funzione visiva. La Corte di cassazione ha ritenuto che nel concetto di terapie essenziali e continuative debbano rientrare anche le cure ambulatoriali effettuate tra il primo intervento chirurgico e il secondo, estendendo quindi la portata dell'art. 35 TUI anche a tutte quelle prestazioni essenziali per la vita che debbano «essere completate nell'arco di tempo necessario e sufficiente secondo la scienza medica». Al riguardo cfr. il commento di C. LAZZERI, *Il diritto alla salute e la nuova apertura della Corte di cassazione*, in *Dir. imm. e citt.*, 1, 2007, 86 ss. In riferimento alla necessità di superare un'interpretazione restrittiva dell'art. 35, comma 3, in relazione alle cure continuative, cfr. già A. ORITI, *Accesso alle cure degli stranieri presenti in Italia*, in *Dir. imm. e citt.*, 4, 2005, 90. In giurisprudenza si vedano anche Cass., sent. n. 1690/2005 e sent. n. 7615/2011.

<sup>56</sup> Sul punto si veda Cass., Sez. I, 24 gennaio 2008, n. 1531, in riferimento a una terapia anticoagulante post operatoria, in relazione alla quale la Corte afferma come sia «lo stesso ricorrente ad affermare che la ragione della pretesa protrazione della inespellibilità, pur dopo gli interventi del 2003 e del 2004, sta nella necessità di terapie anticoagulanti e di continuativi controlli della coagulazione, le une e gli altri destinati a durare per tutta la sua vita: in tal guisa è reso palese che la situazione prospettata non può rientrare, come con diversa e concisa motivazione intuito dal Giudice del merito, nella norma di cui all'art. 35 del T.U. semmai configurandosi un quadro suscettibile di valutazione ai sensi e per gli effetti del successivo art. 36».

<sup>57</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 5 giugno 2012 - 10 giugno 2013, n. 14500.

<sup>58</sup> Sul punto si veda anche Cass, Sez. VI Civ., ordinanza 27 giugno 2016, n. 13252.

In merito poi alle conseguenze dell'espulsione sullo stato di salute dello straniero, il giudice è chiamato a valutare se la specifica patologia di cui è affetta la persona può ottenere o meno cure adeguate nel paese di origine, non potendo limitarsi in modo apodittico a rilevare che detto paese sia (o non sia) idoneo alla somministrazione di farmaci<sup>59</sup>. Significativa a tal proposito è anche la possibilità o meno di fruire di esami strumentali in maniera continuativa ovvero gratuita<sup>60</sup>.

Preme infine evidenziare che anche nel giudizio di bilanciamento tra le esigenze di ordine pubblico e la tutela del diritto alla salute dello straniero, «la valutazione della sussistenza del requisito della pericolosità sociale dello straniero va effettuata in concreto ed all'attualità, tenendo conto dell'esame complessivo della sua personalità, desunta dalla condotta di vita e dalle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, senza limitarsi ad una mera valutazione dei precedenti penali»<sup>61</sup>. Da tale consolidato orientamento si desume che anche l'espulsione dello straniero, che sia fondata su precedenti penali, può trovare un limite rispetto alla sua complessiva condotta di vita nella quale non può non rientrare il profilo della tutela della salute, nel caso in cui lo Stato di provenienza non assicuri cure ed esami adeguati.

## 8. Salute ed espulsione dello straniero nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea

In tema di tutela della salute dello straniero e dei limiti al suo allontanamento, significativi contributi sono offerti anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (In seguito Corte EDU) e della Corte di Giustizia dell'Unione europea (in seguito CGUE).

In particolare, nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, decisivo è stato il riferimento all'art. 3, per il quale nessuno può essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Tale previsione, pur non essendo espressamente riferita alla salute (come del resto la Convenzione in generale), ha comunque consentito una tutela «*par ricochet*» di tale diritto, che scatta cioè di riflesso come corollario del divieto di infliggere, anche indirettamente, trattamenti inumani e degradanti<sup>62</sup>. In questa direzione, la Corte EDU ha dunque potuto valutare la conformità a Convenzione di tutti quei provvedimenti di espulsione che hanno inciso sulla salute dello straniero e sulla fruizione di cure mediche.

<sup>59</sup> Cass. Sez. I Civ., ordinanza 9 gennaio 2020, n. 272.

<sup>60</sup> Cass. Sez. VI Civ., ordinanza n. 710 del 25 novembre 2022, dep. 12 gennaio 2023, ove si chiarisce altresì il bene giuridico protetto dal divieto di espulsione di cui all'art. 19, comma 2, lett. d-bis, TUI.

<sup>61</sup> Si richiamano sul punto anche Cass., n. 23423/22, n. 24148/20, n. 20692/19.

<sup>62</sup> Tale tecnica è stata utilizzata dalla Corte anche in materia di asilo e in riferimento alle condizioni di detenzione. Sul punto si veda A. SACCUCCI, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, 150. Per un approfondimento, cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2012, 4, il quale mette comunque in luce la diversità dei "cataloghi costituzionali" tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo e la portata della tutela conseguentemente riconosciuta al diritto alla salute. Sulle condizioni di salute e l'obbligo di *non-refoulement* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. A. BRAMBILLA, M. CASTIGLIONE, *Diritto alla salute, divieto di respingimento e forme di protezione*, cit., 219 ss.

A tal riguardo, meritevole di attenzione è il caso *D. c. Regno Unito*<sup>63</sup>, nel quale la Corte EDU ha evidenziato come l'espulsione degli stranieri debba essere eseguita in conformità ai principi della Convenzione, tra cui l'art. 3 CEDU, che sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche e deve essere applicato con «sufficiente flessibilità», anche nei casi in cui la fonte del rischio del «trattamento inumano» nel Paese di destinazione derivi da fattori che non possono coinvolgere, direttamente o indirettamente, la responsabilità delle autorità pubbliche di tale paese ma anche ragioni relative all'eventuale peggioramento delle condizioni mediche della persona. In questo contesto la Corte ha evidenziato che, qualora la sospensione delle cure mediche comporti conseguenze drammatiche per la vita della persona, anche tenuto conto delle condizioni in cui essa si troverebbe nel paese di destinazione<sup>64</sup>, l'esecuzione dell'ordine di espulsione potrebbe configurare un trattamento inumano in violazione dell'articolo 3 CEDU.

In altri casi, invece, la non gravità della malattia, la possibilità di ricevere cure nel paese di origine, sebbene a costi più elevati, ovvero la presenza di una rete parentale di supporto e cura hanno escluso la violazione del citato art. 3<sup>65</sup>. Il fatto che, in caso di espulsione, la situazione sanitaria dello straniero possa aggravarsi, fino a mettere in discussione l'aspettativa di vita, non è, dunque, in sé sufficiente a dare luogo a una violazione dell'articolo 3 CEDU, ma è suscettibile di rilevare soltanto in casi eccezionali, ossia quando gli argomenti di ordine umanitario da opporre all'espulsione siano gravi e imperativi. Così, nel successivo caso *N. c. Regno Unito*<sup>66</sup>, la Corte EDU riconosce che, se è vero che i progressi della medicina e le differenze socio-economiche tra i vari Paesi fanno sì che il livello di trattamento sanitario possa essere differente tra Stato territoriale e Stato d'origine dello straniero, l'articolo 3 CEDU non pone a carico del primo l'obbligo di rimediare a tali differenze fornendo cure sanitarie gratuite e illimitate a tutti gli stranieri che hanno perso il diritto di restare nel suo territorio. Conclusioni differenti potrebbero comportare, a parere della Corte, un carico eccessivo per lo Stato d'accoglienza. Al riguardo la Corte osserva come «insita in tutta la Convenzione sia la ricerca di un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo».

Tale posizione, attenta anche all'impatto che la garanzia di un tale diritto può avere nei sistemi sanitari dei Paesi di destinazione, ha trovato una più recente evoluzione nel successivo caso *Paposhvili c.*

<sup>63</sup> Corte EDU, sent. 2 maggio 1997, *D. c. Regno Unito*. Il caso riguardava un cittadino di St. Kitts, gravemente malato, che era stato condannato per un reato connesso a questioni di droga e per tale ragione ne era stata disposta l'espulsione.

<sup>64</sup> Si veda in particolare il caso *D. c. Regno Unito*, cit., § 52. Al riguardo si veda anche Corte EDU, sent. 7 settembre 1998, *B.B c. Francia*, concluso con la cancellazione della causa dal ruolo a seguito dell'impegno della Francia a non espellere lo straniero.

<sup>65</sup> La Corte non ha ravvisato una violazione della Convenzione nel caso *Karara c. Finlandia*, decisione della Commissione del 29 maggio 1998, in cui la malattia non era in fase avanzata, e nel caso *S.C.C. c. Svezia*, sent. 15 febbraio 2000, nel quale la Corte specifica che le cure necessarie erano comunque disponibili nel paese di origine sebbene a costi notevoli. In ragione dello stadio non avanzato della malattia e del sostegno della rete parentale si vedano anche i seguenti casi: *Ndangoya c. Svezia*, 22 giugno 2004; *Amegnigan c. Paesi Bassi*, 25 novembre 2004; *Arcila Henao c. Paesi Bassi*, 24 giugno 2003, e *Bensaid c. Regno Unito*, 6 febbraio 2001.

<sup>66</sup> Si veda Corte EDU, sent. 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, § 44, riguardante l'espulsione di un cittadino straniero, originario dell'Uganda, e affetto da HIV. Nel caso era stata invocata anche la violazione dell'art. 8 CEDU, come diritto al rispetto della propria vita privata.

*Focus on*

*Belgio*, anche alla luce dell'art. 8 CEDU. In primo luogo la Corte chiarisce l'ambito di quei "casi eccezionali" che nei suoi precedenti hanno portato ad affermare una violazione dell'art. 3 CEDU, riferendosi in particolare a quelle situazioni nelle quali, pur non correndo un rischio di morte imminente, la persona «correrebbe un rischio reale, a causa dell'assenza di cure adeguate nel Paese ricevente o della mancanza di accesso alle cure tale trattamento, di essere esposto a un peggioramento grave, rapido e irreversibile del proprio stato di salute, che comporti un'intensa sofferenza o una significativa riduzione della speranza di vita»<sup>67</sup>. A tal fine spetta ai ricorrenti fornire elementi idonei a dimostrare che esistono fondati motivi per ritenere che, qualora la misura censurata venisse attuata, essi sarebbero esposti ad un rischio concreto di essere sottoposti a trattamenti contrari all'articolo 3 CEDU e gli Stati sono conseguentemente chiamati a verificare, caso per caso, se le cure generalmente disponibili nello Stato di destinazione siano sufficienti e adeguate nella pratica per il trattamento della malattia del richiedente. Al riguardo, la Corte chiarisce che «il punto di riferimento non è il livello di assistenza esistente nello Stato di rimpatrio; non si tratta di accertare se le cure nello Stato di destinazione sarebbero equivalenti o inferiori a quelle fornite dal sistema sanitario nello Stato di rimpatrio. Né è possibile ricavare dall'art. 3 un diritto a ricevere nello Stato ricevente cure specifiche di cui non può usufruire il resto della popolazione»<sup>68</sup>. Chiarito tale profilo, le autorità statali sono comunque chiamate a considerare in che misura la persona avrà effettivamente accesso alle cure nello Stato ricevente, considerando il costo dei farmaci e delle cure, l'esistenza di una rete sociale e familiare, nonché la distanza da percorrere per avere accesso alle cure necessarie. Qualora permangano ancora dubbi sul possibile impatto dell'allontanamento, «lo Stato di rimpatrio deve ottenere misure individuali e sufficienti garanzie da parte dello Stato ricevente, come preconditione per l'allontanamento, che le persone interessate avranno a disposizione e potranno accedere a cure adeguate affinché non si trovino in una situazione contraria all'articolo 3»<sup>69</sup>.

In tale contesto lo Stato può anche essere chiamato a verificare, ai sensi dell'art. 8 CEDU, «il grado di dipendenza del ricorrente dalla sua famiglia a causa del peggioramento del suo stato di salute» e in particolare – anche qualora non sia integrata una violazione dell'art. 3 CEDU ai sensi di quanto sopra chiarito – le conseguenze dell'allontanamento sulla vita familiare del ricorrente, dovendo se del caso valutare tale profilo ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno necessario a trascorrere con i propri familiari la residua parte della propria vita<sup>70</sup>. Nel caso *Savran c. Danimarca* viene inoltre ribadita la necessità che ogni espulsione, anche se conseguente alla commissione di reati, sia comunque necessaria in una società democratica, tenendo anche conto dell'eventuale salute mentale del ricorrente e della durata del suo soggiorno nello Stato<sup>71</sup>.

Sulle condizioni di salute di uno straniero in caso di allontanamento, possono richiamarsi, seppur brevemente, anche alcuni casi analizzati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sia in relazione

<sup>67</sup> Corte EDU, GC, *Paposhvili c. Belgium*, sent. 13 dicembre 2016, § 183.

<sup>68</sup> Cfr. *Paposhvili c. Belgium*, cit., § 189.

<sup>69</sup> In materia di garanzie individuali, la Corte EDU richiama anche *Tarakhel v. Svizzera*, sent. 4 novembre 2014, § 120.

<sup>70</sup> Cfr. *Paposhvili c. Belgium*, cit., § 225.

<sup>71</sup> Corte EDU, GC, *Savran c. Danimarca*, sent. 7 dicembre 2021, § 194 in part. Per un approfondimento di tale giurisprudenza si veda Corte EDU, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights*, 31 agosto 2022, § 6, disponibile al sito [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Immigration\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Immigration_ENG).

all'interpretazione della direttiva 2008/115/CE in tema di rimpatrio, sia in relazione al trasferimento dei richiedenti asilo da uno Stato membro ad un altro ai fini all'esame della domanda di asilo.

Sotto il primo profilo, la Corte ha chiarito che l'articolo 5 della direttiva 2008/115, in combinato disposto con gli articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in tema di divieto di trattamenti inumani e degradanti<sup>72</sup>, deve essere interpretato nel senso che esso osta all'adozione di una decisione di rimpatrio o di un provvedimento di allontanamento nei confronti di uno straniero affetto da una grave malattia, «allorché sussistono gravi e comprovati motivi per ritenere che, in caso di rimpatrio, l'interessato possa essere esposto, nel Paese terzo verso il quale verrebbe allontanato, al rischio reale di un aumento significativo, irrimediabile e rapido del suo dolore, a causa del divieto, in tale Paese, della sola terapia analgesica efficace». Inoltre, le condizioni di salute di tale cittadino e le cure che riceve in detto territorio per tale malattia devono essere prese in considerazione, insieme a tutti gli altri fattori pertinenti, dall'autorità nazionale competente nel valutare se il diritto al rispetto della vita privata di tale cittadino sia violato in caso di allontanamento dal territorio.

Sotto il secondo profilo, nell'interpretazione delle regole previste dal c.d. regolamento Dublino III (che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale nell'Unione europea), la Corte di Giustizia ha chiarito che «il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l'interessato subisca trattamenti inumani o degradanti, ai sensi di tale articolo»<sup>73</sup>. Pertanto, se un disturbo mentale o fisico particolarmente grave comporta il rischio reale e acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell'interessato, detto trasferimento costituisce un trattamento inumano e degradante. Spetta ovviamente alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato adottando le precauzioni necessarie affinché il suo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente le sue condizioni. Nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere che lo stato di salute del richiedente asilo interessato non migliori a breve termine, o che una sospensione di lunga durata della procedura rischierebbe di aggravare lo stato dell'interessato, lo Stato membro può scegliere di esaminare esso stesso la domanda di asilo<sup>74</sup>.

## 9. Conclusioni

Il presente contributo ha voluto mettere a fuoco la delicata relazione tra un diritto fondamentale come quello alla salute e (i limiti a) la discrezionalità dello Stato di autorizzare l'ingresso o la permanenza sul

---

<sup>72</sup> Si veda Corte di giustizia UE, sent. 22 novembre 2022, C-69/21. Sono in particolare richiamati gli artt. 4 e 19, paragrafo 2, nonché l'art. 1 della Carta per la stretta connessione del divieto di trattamenti inumani e degradanti con la tutela della dignità della persona. Nella sentenza sono altresì richiamati i precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo sopra citati e l'art. 3 Cedu, attivando in tal modo un positivo dialogo tra Corti sovranazionali, su cui si veda il commento di V. ODDI, *L'estensione del diritto alla salute nella giurisprudenza di Lussemburgo: dalla disciplina del rimpatrio al MAE*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 gennaio 2023.

<sup>73</sup> CGUE, sent. 16 febbraio 2017, C-578/16.

<sup>74</sup> Si richiama a tal proposito la «clausola discrezionale» prevista dall'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino.

territorio degli stranieri. Dalla rassegna sin qui condotta possono trarsi alcuni spunti conclusivi di valutazione.

In primo luogo, sebbene, come si è visto, la tutela della salute degli stranieri sia oggetto di attenzione da parte del legislatore (oltre che dell'ordinamento internazionale e della giurisprudenza), siamo ancora lontani da una tutela di essa quale stato «di completo benessere fisico, mentale e sociale»: piuttosto, sembra prevalente una concezione di salute come stato o rischio di malattia o infermità. E pare dunque lontana la prospettiva richiamata in apertura che connette la salute all'esistenza dei prerequisiti di pace, alloggio, istruzione, cibo, reddito, ecosistema stabile, risorse sostenibili, giustizia sociale ed equità. E ciò anche in relazione al riconoscimento del diritto di asilo, e in particolare degli status riferibili alla protezione internazionale (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria), che vedono una tutela indiretta della salute come bene giuridico protetto perché strettamente connesso alla prevenzione di un rischio per la vita o di violenze conseguenti a «persecuzioni» o, più in generale, al «danno grave» che la persona potrebbe subire in caso di rientro nel Paese di origine. Mentre più diretta è la tutela della salute connessa al riconoscimento delle forme di protezione nazionale, tra cui in primo luogo la previgente protezione umanitaria e la successiva protezione speciale. Queste, nel riferirsi in modo più ampio all'osservanza di obblighi internazionali e costituzionali, nonché alla tutela della vita familiare e privata (almeno fino al 2023), hanno, infatti, lasciato un certo margine interpretativo all'autorità amministrativa e a quella giurisdizionale ai fini della valutazione, caso per caso, delle condizioni specifiche dei richiedenti e del loro stato di vulnerabilità.

Sul versante dell'ingresso e della permanenza sul territorio per motivi di salute, varie sono state le modifiche legislative che hanno interessato il TUI. A tal proposito, considerata la peculiarità del permesso per cure di mediche di cui all'art. 36 TUI, è il permesso di cui all'art. 19, comma 2, lett. *d-bis*), TUI a presentare significative potenzialità per la tutela della salute dello straniero, in parte ostacolate dagli oneri documentali, di non sempre facile adempimento, richiesti dalla normativa. I numeri dei permessi rilasciati a tal fine dal 2018 ad oggi, e pari a 20.651, dimostrano comunque un apprezzabile utilizzo di tale permesso che può rappresentare anche un percorso di «emersione» dalla condizione di irregolarità nella quale un migrante può trovarsi, o perché ha fatto ingresso senza validi documenti di soggiorno oppure perché, anche a causa delle proprie condizioni di salute, può essersi trovato nell'impossibilità di rinnovare il proprio titolo di soggiorno. In questa direzione positiva era la possibilità di convertire questo titolo di soggiorno in permesso per motivi di lavoro, introdotta nel 2020 e successivamente abolita con la riforma del 2023. Degli 11.523 permessi rilasciati nel periodo 2020-2023, 480 sono stati convertiti in motivi di lavoro.

C'è comunque un importante punto di contatto tra il diritto di asilo e il rilascio di tale tipologia di soggiorno, grazie alla modifica normativa del 2020 che ha previsto la possibilità per le Commissioni territoriali, nelle ipotesi di rigetto della domanda di protezione internazionale, di trasmettere gli atti al Questore ove ricorrano i requisiti di cui all'articolo 19, comma 2, lettera *d-bis*), TUI. In questo contesto la salute assume dunque una nuova centralità anche ai fini della condizione del richiedente asilo. Inoltre, la tutela giurisdizionale in tema di protezione internazionale e in relazione al diniego di rilascio del



permesso di soggiorno per cure mediche affidata alle Sezioni Specializzate<sup>75</sup> potrà offrire, anche nel prossimo futuro, ulteriori chiarimenti interpretativi sulla portata di tale previsione.

In tema di allontanamento dello straniero dal territorio, è poi grazie alla Corte costituzionale che è stata chiarita l'esistenza di un divieto di espulsione per motivi di salute fondato sulla tutela di quel nucleo "irriducibile" del diritto alla salute riconosciuto a qualsiasi persona, a prescindere dalla regolare presenza sul territorio. Rilevanti sono poi gli apporti giurisprudenziali che, a livello nazionale e sovranazionale, hanno contribuito a chiarire la portata di tale limite, con alcune aperture interpretative che – non senza qualche difficoltà – hanno cercato di ampliare i confini della stretta categoria delle cure mediche essenziali per la vita della persona.

In secondo luogo, alla luce dell'analisi condotta, non può non notarsi come il tema dell'immigrazione – in generale – sia ormai da alcuni decenni oggetto (e non solo in Italia) di lotta politica ("sull'immigrazione si vincono le elezioni", come si ascolta spesso), e non sfugge a tale condizione neppure la tutela della salute dei migranti, che pure dovrebbe costituire, secondo la Costituzione, un diritto fondamentale della persona. Si sono viste le evoluzioni della normativa in materia di permesso di soggiorno per motivi umanitari ed anche in ordine al permesso per cure mediche: e davvero risulta poco comprensibile come almeno in ordine ad un diritto fondamentale come quello in questione non sia possibile superare le contrapposizioni e le divergenze tra le parti politiche. Si pensi da ultimo all'introduzione della garanzia finanziaria a carico dello straniero durante lo svolgimento delle procedure per l'accertamento del diritto di accedere al territorio dello Stato, quale alternativa al trattenimento<sup>76</sup>. Senza entrare nel merito dell'ambito di applicazione di tale previsione, essa rischia comunque di aggravare una fase già delicata e caratterizzata dalla necessità di verificare eventuali vulnerabilità specifiche dello straniero, incluse quelle relative alla sua condizione di salute psico-fisica.

Se sono comprensibili le difficoltà connesse all'estensione della tutela di ogni forma di malessere fisico, mentale o sociale, ai fini dell'ingresso o della permanenza sul territorio, nondimeno va riscontrata la distanza ancora intercorrente tra ciò che si afferma in termini generali sulla tutela della salute e quanto si realizza effettivamente. E tale distanza risulta ancora più evidente verificando le condizioni attraverso le quali i migranti possono fruire di tale diritto, nell'ambito del sistema di accoglienza, nell'accesso ai servizi sanitari o nei centri per il rimpatrio. Servizi di mediazione, protocolli multidisciplinari e collaborazioni tra soggetti pubblici e privati (soprattutto nell'ambito del sistema di accoglienza) costituiscono soltanto alcuni degli ambiti sui quali occorrerebbe investire per garantire interventi sanitari adeguati ad un'utenza sempre più multiculturale ed eterogenea, segnata in modo consistente dai traumi subiti nei Paesi di origine e durante il percorso migratorio.

<sup>75</sup> Si ricorda che le Sezioni Specializzate sono state istituite presso i Tribunali ordinari che hanno sede nei capoluoghi di Corte d'Appello, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d-bis del d.l. n. 13/2017 (legge conv. n. 46/2017).

<sup>76</sup> L'importo e le modalità per la prestazione di tale garanzia, prevista dall'art. 6-bis del d.lgs. n. 142/2015, sono stati definiti con decreto del Ministero dell'Interno del 14 settembre 2023 (G.U. n. 221 del 21 settembre 2023).

## L'accesso ai servizi socio-sanitari da parte dei migranti tra tutela della salute e salvaguardia dell'identità culturale

Franca Meola\*

ACCESS TO SOCIAL AND HEALTH SERVICES BY MIGRANTS BETWEEN HEALTH PROTECTION AND SAFEGUARDING CULTURAL IDENTITY

ABSTRACT: The paper investigates the problems related to the protection of the health of immigrants, specifically addressing the issues concerning the accessibility and usability of social and health services by migrant populations. From this perspective, therefore, the analysis focuses on examining the many obstacles which, in favor of these people, still stand in the way of an effective enjoyment of the services in question.

KEYWORDS: Immigration; social-health service; cultural identity; immigrants' right to health; migration medicine; accessibility to social and health services; the usability of social and health services

ABSTRACT: Lo scritto indaga sulle problematiche connesse alla tutela della salute degli immigrati, affrontando nello specifico le questioni concernenti l'accessibilità e la fruibilità dei servizi socio-sanitari da parte delle popolazioni dei migranti. In questa prospettiva, quindi, l'analisi si concentra sulla disamina dei molti ostacoli che, a favore di costoro, ad oggi ancora si frappongono ad un effettivo godimento delle prestazioni in questione.

PAROLE CHIAVE: Immigrazione; servizio socio-sanitari; identità culturale; diritto alla salute degli immigrati; medicina delle migrazioni; l'accessibilità ai servizi socio-sanitari; la fruibilità dei servizi socio-sanitari

SOMMARIO: 1. Migrazione, salute, cultura, diritti – 2. La “medicina delle migrazioni” – 3. L'assistenza agli immigrati tra *accessibilità* ai servizi sanitari... – 4. ... e loro *fruibilità* – 5. Perché le buone norme diventino prassi e i diritti previsti sulla carta si realizzino nella quotidianità: considerazioni di sintesi.

---

\* Ricercatrice t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”.  
Mail: [franca.meola@unicampania.it](mailto:franca.meola@unicampania.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 1. Migrazione, salute, cultura, diritti

L'estrema *porosità*<sup>1</sup> dei confini statali, resi sempre più permeabili alle immigrazioni multinazionali, rappresenta ormai da tempo una delle maggiori problematiche poste dal processo di globalizzazione in atto. La trasformazione in senso multiculturale, multi-etnico e multi-etico del tessuto sociale, naturalmente indotta dall'ingresso di nuove *gens* all'interno di una determinata realtà statale, si è infatti presto imposta quale dato di realtà assolutamente complesso nella sua gestione. E ciò anzitutto in ragione dello scarto tra l'indubbia necessità di apertura e comprensione dei fenomeni del "pluralismo" e delle "diversità culturali" e le molteplici difficoltà di una traduzione di quest'esigenza in misure a ciò effettivamente strumentali. In particolare, la distanza che spesso si registra tra la necessità di garantire il godimento dei più tradizionali diritti di cittadinanza e l'esigenza, che in tali contesti naturalmente si impone, di offrire pari tutela dei diritti alla differenza<sup>2</sup>, rappresenta ancora oggi un limite che, oltre ad altri ambiti, interessa in particolare l'accesso da parte dei migranti ai servizi sociali<sup>3</sup>. Anzi, specie sotto tale profilo quella della popolazione immigrata è stata ed è, purtroppo, ancora oggi, per molti aspetti, «una storia di diritti negati, di incomprensioni reciproche, di pregiudizi e paure»<sup>4</sup>. Basti al riguardo anche solo considerare che la c.d. "medicina delle migrazioni"<sup>5</sup>, secondo l'espressione da tempo coniata ad intendere il nesso tra le questioni concernenti la tutela della salute e le problematiche poste dai flussi migratori e il loro stanziamento all'interno di un dato territorio statale, si è sostanzialmente imposta *ab origine* quale precipitato di una «storia di malattie o di quadri nosologici inconsueti»<sup>6</sup>, e la stessa accessibilità ancor prima della fruibilità delle prestazioni sanitarie da parte dei migranti sono state solo una successiva conquista.

<sup>1</sup> C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. a cura di L. CEPPEA, G. RIGAMONTI, Milano, 1998, 51.

<sup>2</sup> Come efficacemente marcato da C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, cit., 47, alcuna società potrebbe mai definirsi liberale se non a condizione di rispettare le diversità indotte dalla presenza al proprio interno di individui «che non condividono i suoi fini comuni». Anzi, una società si dimostra liberale proprio «per il modo in cui tratta le minoranze, compresi coloro che non condividono la definizione pubblica di bene, e soprattutto per i diritti che accorda a ognuno dei suoi membri».

<sup>3</sup> Vale a dire l'ambito maggiormente interessato dalla multiculturalità. A riflettere sul nesso strettissimo tra le trasformazioni in senso multiculturale della società e la domanda di accesso ai servizi sociali è stato in particolare M. VENTURA, *Diritto, religione e bioetica in una società multiculturale*, in V. MENESINI (a cura di), *Interfaccia tra bioetica e diritto*, Perugia, 1998, 145, il quale, già anni fa, rilevava come «le politiche sanitarie pubbliche, la concreta tutela del diritto alla salute, le forme riconosciute di obiezione di coscienza, la libertà dei ricercatori, la gestione giuridica delle biotecnologie, sono sempre più oggetto di scontro/confronto tra norme e valori a forte matrice religiosa».

<sup>4</sup> Così, S. GERACI, B. MAISANO, M. MAZZETTI (a cura di), *Migrazione, salute, cultura, diritti*, Roma, 2025, 3, oggi reperibile in *Studi Emigrazione*, XLII, 157, marzo 2005, all'indirizzo: [https://www.simmweb.it/attachments/article/594/storia\\_della\\_medicina\\_delle\\_migrazioni.pdf](https://www.simmweb.it/attachments/article/594/storia_della_medicina_delle_migrazioni.pdf).

<sup>5</sup> Quanto al conio del concetto di "medicina delle migrazioni", S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 1, ricorda che: «In Italia si comincia a parlare di medicina delle migrazioni verso la fine degli anni ottanta, quando la presenza di immigrati provenienti dalle aree più povere del mondo diviene sempre più visibile».

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Ad oggi, pertanto, quel che si impone non è più solo una riflessione squisitamente teorica sui rivolgimenti, anzitutto culturali e quindi giuridici, che nel tempo hanno concorso ad una ridefinizione dello stesso approccio al tema.

In realtà, specie nell'attuale momento storico, qualunque riflessione incentrata su di esso acquista rilevanza soprattutto se proiettata sul piano dell'effettività, e perciò volta ad analizzare le norme concernenti l'accessibilità e la fruibilità dei servizi sociali, *in primis* di quelli sanitari, nella prospettiva di far emergere se e in che misura le stesse abbiano concretamente concorso a rendere il diritto alla salute parte integrante e sostanziale del patrimonio dei diritti dei migranti. Il tutto altresì in ossequio alla diversa portata secondo cui oggi si declina il concetto di medicina delle migrazioni.

## 2. La “medicina delle migrazioni”

In effetti, progressivamente affrancatasi dalle sole finalità di contenimento della possibile recrudescenza di malattie esantematiche di cui, perse quasi le tracce in Italia come nel resto del continente europeo, le popolazioni dei migranti sono state al contrario per lungo tempo considerate potenziali vettori<sup>7</sup>, nel tempo la medicina delle migrazioni ha ridefinito i propri compiti e le sue stesse priorità,

---

<sup>7</sup> Il nesso tra le problematiche connesse alla salute della popolazione immigrata e il rischio della possibile importazione di malattie è sottolineato, tra gli altri, da S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, articolo tratto da S. GERACI, B. MAISANO, M. MAZZETTI (a cura di), *Migrazione, salute, cultura, diritti*, cit., il quale, tra l'altro, p. 2, ricorda taluni episodi che, risalenti già inizi degli anni '80 del secolo scorso, attestano l'esistenza di un diffuso convincimento circa la riconducibilità della (nuova) diffusione di malattie contagiose all'ingresso all'interno dell'Europa continentale, e quindi anche del nostro territorio statale, delle popolazioni provenienti dalla parti più povere del pianeta. Ed infatti, è proprio in quegli anni che «Francesco De Lorenzo, ministro della sanità, istituisce per la prima volta una commissione ministeriale che ha il compito di affrontare il problema della salute degli immigrati». E «non è casuale che a parteciparvi siano chiamati quasi esclusivamente medici tropicalisti ed infettivologi». Al tempo stesso, però, l'autore non nega che, effettivamente, in diversi momenti storici, «i movimenti di popolazione abbiano facilitato la trasmissione di alcune malattie». Ad esempio – ricorda l'autore riferendo quanto Giovanni Berlinguer aveva evidenziato in un suo editoriale di qualche anno prima (*Immigrati e malattie: facciamo chiarezza*, “L'Unità”, 26 settembre 1997) – questa evenienza si è «drammaticamente verificata durante la conquista dell'America, evento che implicò l'unificazione microbica del mondo. I bianchi “esportarono” il vaiolo, il morbillo e l'influenza e fecero strage delle popolazioni locali, prive di difese immunitarie specifiche non avendo conosciuto prima quegli agenti infettivi. Dall'America i conquistatori “importarono”, come fossero essi stessi enormi vettori, la sifilide e questo fece divampare in Europa (in particolare in Spagna, Francia ed Italia) una epidemia per molti anni acuta e letale». Ed aggiunge: «un'altra migrazione di popoli [e di agenti infettanti] si registrò a partire dal 1600, quando gli schiavi africani deportati nelle Americhe vi diffusero la febbre gialla. Anche in questo caso l'evoluzione fu drammatica, seppure più lenta per una ragione biologica: la malattia non si trasmette attraverso il respiro, la pelle o i rapporti sessuali, ma a mezzo di un insetto vettore, la zanzara *Aedes aegypti*. Con le navi degli schiavisti arrivarono oltre Oceano le zanzare, ma queste impiegarono del tempo ad adattarsi al Nuovo Mondo e a riprodursi in numero sufficiente per raggiungere la densità necessaria alla comparsa della malattia». Ancora, menzionando sempre Berlinguer, ricorda come questi citi un ultimo esempio: «quello dell'aids. I primi focolai di questa malattia sono stati identificati nelle grandi città degli Stati Uniti, ma essa si è in seguito diffusa in tutto il mondo: il suo “successo” è dovuto alla modalità di contagio per via sessuale e all'associazione fra il virus e l'eroina, con le siringhe che fungono da moderno vettore. La diffusione è stata accelerata anche dall'intensità dei viaggi tra paesi e continenti, nonché dall'ignoranza e dalla resistenza verso i metodi e comportamenti preventivi. Ma l'aids è una malattia contemporanea e ben conosciamo le varie proposte “difensive” che hanno suscitato in un passato non troppo lontano un acceso dibattito: erano infatti basate spesso sull'identificazione e la schedatura e sul divieto di ingresso ai soggetti positivi.

dimostrando di essere tutt'altro che una nuova branca dell'*ars medica*<sup>8</sup>. E di fatto, nella riscoperta che «l'attenzione, a persone prima ancora che pazienti e nel caso degli immigrati a portatori di una particolare specificità linguistica, culturale e di status, è essa stessa medicina e terapia»<sup>9</sup>, la stessa si è imposta agli occhi dei più non come ad sapere specialistico che si occupa di malattie e di rischio, ma come ad un'«occasione per riconsiderare la persona nel suo insieme [corpo, psiche ma anche cultura, aspettative, desideri...] ed in un contesto [inserimento o fragilità sociale, effetti delle politiche d'accoglienza e d'integrazione, pregiudizi e discriminazioni ...], in un'ottica di salute globale che nell'epoca della globalizzazione non deve certamente sfuggirci»<sup>10</sup>.

Anche in quanto sostenuta dalle risultanze delle ricerche epidemiologiche, che hanno presto dimostrato il carattere minimale di rischio di ogni possibile rischio di importazione di malattie infettive ricorrendo ai spostamenti delle genti di varia provenienza nel nostro territorio<sup>11</sup>, essa insomma ha finito col tempo per proiettare il proprio impegno verso quelle finalità di tutela della persona nella sua complessità che rappresenta la vera grande sfida che ogni ordinamento è oggi chiamato a fronteggiare in una realtà sempre più multiculturale e multietnica quale quella attuale.

Non si tratta infatti più soltanto di tutelare la persona nella sua fisicità, ovvero sotto il profilo psichico. L'unitarietà di quella tutela è ormai parte irrettrabile del patrimonio di diritti di cui, nel nostro Paese, tutti, a prescindere dal proprio *status*<sup>12</sup>, godono in ragione del disposto dell'art. 32 del Testo fondamentale.

Piuttosto, attese le peculiarità del contesto sociale odierno, le esigenze di salvaguardia della persona sconfinano, rendendo a ciò strumentale non soltanto la comprensione (ma anche la valorizzazione) di

---

Paradossalmente proprio gli Stati Uniti si sono contraddistinti in questa politica, tentando di imporre, a quanti volevano varcare la loro frontiera, esami del sangue per impedire un "contagio di ritorno". Oggi la malattia è in fase calante nell'occidente, ma manifesta tutta la sua drammaticità nei paesi più poveri, dove chi è malato non ha la forza per viaggiare e/o migrare, a differenza degli uomini d'affari americani di un paio di decenni fa». «Infine il caso della sars [sindrome respiratoria acuta severa] è cronaca recente: dopo le prime evidenze in Oriente, ha provocato malati e alcuni decessi in vari paesi ed allarme [forse eccessivo] in tutto il mondo».

<sup>8</sup> «La medicina delle migrazioni non è, né vuole essere una nuova branca della medicina, una nuova specializzazione»; così S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 3.

<sup>9</sup> Sul punto, S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 3.

<sup>10</sup> In questo senso, S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 2.

<sup>11</sup> Su tale profilo, tra gli altri, S. GERACI, *Migrazione e salute: le tappe di una storia che ci trasforma*, in <http://www.accademia-lancisiana.it/geraci.htm>, il quale, smentendo il pur diffuso convincimento, ricorda che «gli esperti parlano di "effetto migrante sano", una forma di selezione naturale all'origine per cui decide di emigrare solo chi è in buone condizioni di salute». Addirittura, capovolgendo l'assunto, lo stesso tiene a sottolineare che è solo a seguito dell'arrivo in Italia che «gli immigrati, soprattutto in un primo periodo e se in condizione di irregolarità giuridica, vedono progressivamente depauperare il loro patrimonio di salute, a causa della continua esposizione ai fattori di rischio della povertà – precarietà alloggiativa, sovraffollamento, scarsa tutela sul lavoro, alimentazione carente – ai quali si aggiungono il disagio psicologico legato allo sradicamento culturale e le difficoltà di accesso ai servizi socio-sanitari».

<sup>12</sup> Intendendo per *status* la posizione del singolo rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato. Sul punto, in tema, assolutamente paradigmatica è la sentenza della Corte costituzionale, 17 luglio 2001, n. 252, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). In essa, il giudice delle leggi ha precisato che sebbene «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti», in ogni caso deve sussistere «la garanzia di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana"» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

tutti quei profili che la definiscono in sé e nel rapporto con gli altri (quali appunto la cultura, il sapere, le esperienze, oltre le aspettative e i desideri di cui si è fatto già cenno), ma anche l'abbattimento di tutte quelle barriere (culturali e/o burocratiche) che ne limitano o impediscono di fatto lo sviluppo della personalità, ovvero ne ostacolano l'effettiva integrazione nel tessuto sociale di accoglienza. In questo senso, allora, può certo condividersi quanto efficacemente marcato da chi, già anni fa, proprio riflettendo sulla *vocatio* della medicina delle migrazioni, e sulle conquiste culturali che in essa andavano trovando finalmente espressione, ammoniva che «l'incontro con lo straniero immigrato è uno dei momenti nuovi dell'essere impegnati nel campo sanitario in Italia e questo non perché da ciò nascono nuove problematiche o nuove esigenze ma perché è nuovo il modo in cui queste problematiche e queste esigenze si pongono: la riscoperta del peso della cultura, dell'imprinting della propria società d'origine, di come le condizioni sociali possano pesantemente influenzare lo stato di salute fisica e mentale degli individui»<sup>13</sup>.

### 3. L'assistenza agli immigrati tra **accessibilità ai servizi sanitari**...

Tuttavia, laddove si abbandoni il piano teorico per saggiare la concretezza delle conquiste culturali nella loro traduzione giuridica, occorre prendere atto che, per lungo tempo, e comunque fino alla metà degli anni '90<sup>14</sup>, gli immigrati sono stati «esclusi dalla possibilità di un accesso ordinario al Servizio sanitario nazionale [Ssn], non hanno avuto garantito il diritto alla salute, non sono entrati nelle casistiche ufficiali, negli studi epidemiologici, nella programmazione sanitaria»<sup>15</sup>.

Ad essi, dunque, almeno fino a quel momento, non è stata né riconosciuta l'accessibilità, che è in funzione della risposta che l'ordinamento giuridico dà alla richiesta di accesso alle prestazioni sanitarie da parte dei migranti, né tantomeno è stata loro garantita la fruibilità di tali servizi, intesa quale capacità "culturale" di questi di adeguare le risposte alle necessità di nuovi utenti.

E ciò, nonostante il fatto che andasse progressivamente maturando la consapevolezza che il grado di accessibilità e di fruibilità dei servizi sanitari rappresentasse una questione cruciale per la salute dei migranti<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Così, S. GERACI, *Migrazione e salute: le tappe di una storia che ci trasforma*, cit., il quale basa questa sua affermazione sul presupposto, frutto di un fermo convincimento, che «la medicina delle migrazioni in Italia è anche la cronaca di un incontro, avvenuto sul piano del bisogno, ma che progressivamente ha fatto intravedere e scoprire la necessità di incontrarsi sul piano anche della cultura, del sapere, della condivisione di esperienze, stimoli, sensazioni».

<sup>14</sup> In realtà, «è a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso che l'Italia è diventato un paese di immigrazione, ma è solamente dagli anni '90 che i flussi d'ingresso sono progressivamente aumentati, fino a raggiungere una rilevanza numerica davvero notevole nel primo decennio del nuovo Millennio»; così, G. CASELLI, S. LO, S. STROZZA, *Immigrazione, salute e mortalità degli stranieri in Italia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, del 26 novembre 2017, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it).

<sup>15</sup> Al riguardo, di nuovo S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 4.

<sup>16</sup> A dimostrazione della perdurante centralità del problema dell'accessibilità e fruibilità dei servizi sanitari da parte dei migranti all'interno della più vasta tematica concernente la tutela della salute di questi ultimi, può richiamarsi una più tarda Risoluzione del Parlamento europeo in tema di «Riduzione delle disuguaglianze sanitarie dell'Unione Europea» in cui si rivolge l'invito agli Stati «ad assicurare che i gruppi più vulnerabili, compresi i

Proprio in quegli anni, però, nel nostro Paese, anche in ragione di una serie di eventi frutto dell'iniziativa delle gerarchie ecclesiastiche<sup>17</sup> nonché di alcune associazioni di volontariato<sup>18</sup> che, accendendo i riflettori sul problema, mettono prepotentemente in luce la necessità e non improcrastinabilità dell'avvio di politiche strumentali alla sua risoluzione, non solo il quadro normativo di riferimento inizia lentamente a cambiare, ma anzitutto cambia il modo in cui le forze politiche approcciano il tema.

Ed infatti, non soltanto per la prima volta il Senato approva un ordine del giorno con il quale impegna l'allora governo Dini «a ricercare le forme per difendere il diritto alla salute per i cittadini extracomunitari, emanando provvedimenti atti a superare gli ostacoli che impediscono di fatto la parità dei trattamenti»<sup>19</sup>, ma lo stesso Ministro della sanità del tempo, che già pure nel corso di un'audizione parlamentare aveva espresso il suo sgomento per il mancato riconoscimento di qualsiasi diritto di prestazione a favore degli immigrati non regolari<sup>20</sup>, torna ripetutamente a parlare della necessità di estendere una protezione sanitaria a tutta la popolazione immigrata comunque presente sul territorio nazionale in numerose occasioni pubbliche<sup>21</sup>.

---

migranti sprovvisti di documenti, abbiano diritto e possano di fatto beneficiare della parità di accesso al servizio sanitario». Si tratta della Risoluzione n. 2010/2089 (INI) del 08 marzo 2011.

In dottrina, il tema è stato ancora di recente attenzionato, tra gli altri, da M. TOGNETTI BORDOGNA, P. ROSSI (a cura di), *Salute e inclusione sociale degli immigrati. La sfida dell'accesso ai servizi sanitari*, Milano, 2016.

<sup>17</sup> L'attivismo in tema delle gerarchie ecclesiastiche del tempo è marcato da S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 7, il quale ricorda «un convegno, organizzato a Roma nel mese di gennaio dalla Caritas di mons. Luigi Di Liegro [Immigrazione e salute: una politica dell'oblio] in occasione della presentazione del volume *Argomenti di medicina delle migrazioni*», durante il quale venne sottolineata «con vigore la necessità di una politica sanitaria adeguata alle realtà immigratoria e sociale».

<sup>18</sup> Sempre S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 8, menziona un altro convegno che, svoltosi il 25 febbraio del 1995, «segna un momento importante: a Milano, il Naga [un'associazione di volontariato sanitario per immigrati e nomadi] ed altri gruppi di volontari del nord Italia organizzano il seminario *Salute senza colore*, nel corso del quale è presentata una proposta di legge per il diritto alla salute per gli extracomunitari».

<sup>19</sup> 193° resoconto sommario, ordine del giorno n. 1 – 9.1735.1. del 6.7.1995, primo firmatario on. Petrucci.

<sup>20</sup> «Per quanto riguarda gli immigrati irregolari, i profughi e quanti chiedono asilo il problema è estremamente delicato, perché, allo stato, è permesso esclusivamente l'intervento d'urgenza, cioè il ricovero ospedaliero, mentre voi parlate della necessità di assicurare un'assistenza sanitaria di base e preventiva. Mi dicono che vi è una certa contraddizione nell'impegno formale ed ufficiale ad assistere una persona che non dovrebbe esistere. Mi rendo conto di questo, però prescindendo per un momento dalla funzione di ministro della sanità, come persona che fa parte della sanità pubblica inorridisco. Come posso infatti ignorare che si tratta di persone che mettono a rischio la loro esistenza e che indirettamente potrebbero costituire un pericolo per la comunità nazionale? Questo è un problema che umanamente dobbiamo porci; poi vedremo di risolverlo e forse potremo avere preziose indicazioni»; così Elio Guzzanti, allora neo-ministro della sanità, nel corso di un'audizione alla XII Commissione parlamentare (7 febbraio 1995), in [https://legislature.camera.it/dati/leg12/lavori/Bollet/40058\\_07.pdf](https://legislature.camera.it/dati/leg12/lavori/Bollet/40058_07.pdf).

<sup>21</sup> Da ultimo, intervenendo al convegno *Per una sanità multiculturale: quale politica per gli immigrati?*, svoltosi a Roma dalla Caritas e dall'Istituto d'Igiene dell'Università La Sapienza l'8 novembre 1995. Il dato è riferito da S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 8.

Vede così la sua approvazione il d.l. n. 489/95<sup>22</sup> che, all'articolo 13<sup>23</sup>, riconoscendo per la prima volta il diritto all'assistenza sanitaria anche a favore dell'immigrato irregolare e clandestino, finalmente sgancia la sua fruizione alla mera ricorrenza di situazioni di urgenza<sup>24</sup>.

E sebbene la sorte di tale decreto sia stata poi negativamente segnata da più reiterazioni, e dal successivo suo affondo per effetto dell'illegittimità di tale prassi dichiarata proprio in quel tempo dalla Corte<sup>25</sup>, le successive scelte delle forze governanti si sono comunque poste in perfetta continuità con i suoi contenuti.

Nella stessa prospettiva del decreto *de quo* si è infatti mossa anzitutto un'ordinanza ministeriale dell'allora nuovo ministro della Sanità, Rosy Bindi<sup>26</sup>; e quindi la legge n. 40/98<sup>27</sup>, primo testo normativo organico in materia di immigrazione, successivamente confluita nel «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Si tratta del decreto-legge 18 novembre 1995, n. 489, contenente «Disposizioni urgenti in materia di politica dell'immigrazione e per la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno nel territorio nazionale dei cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea» (in G.U. n. 270 del 18.11.1995).

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 13 (Assistenza sanitaria) del decreto-legge 18 novembre 1995, n. 489, cit: «1. Il comma settimo dell'articolo 5 del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, è sostituito dal seguente: "Agli stranieri, temporaneamente presenti nel territorio dello Stato sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere assistenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio, e sono estesi i programmi di medicina preventiva. È altresì garantita la tutela sociale della maternità responsabile e della gravidanza, come previsto dalle vigenti norme applicabili alle cittadine italiane. L'accesso dello straniero alle strutture sanitarie non può comportare alcun tipo di segnalazione, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano. Salve le quote di partecipazione alla spesa, ove previste, sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti le prestazioni preventive, quelle per la tutela della maternità e della gravidanza, nonché le altre prestazioni individuate con decreto del Ministro della sanità, adottato di concerto con il Ministro del tesoro, nell'ambito del fondo sanitario nazionale, utilizzando, ove necessario, quota parte delle risorse destinate all'emergenza sanitaria e nei limiti dei livelli assistenziali"».

<sup>24</sup> È bene infatti ricordare che «prima dell'articolo 13 del Decreto Legge 489 del 18 novembre 1995 sull'immigrazione, per i non iscritti al Servizio Sanitario Nazionale l'unica porta di accesso alla cura era quella del Pronto Soccorso, con una serie di limitazioni ed ostacoli che comunque ne scoraggiavano l'uso se non in casi di estrema necessità: l'addebito delle spese sostenute per un eventuale successivo ricovero, la segnalazione alla Prefettura, comunque necessaria qualora l'ospedale volesse recuperare le spese, se non addirittura alle forze di polizia che spesso "convivono" con il pronto soccorso»; cfr. Caritas Diocesana di Roma, *Immigrazione e salute: un diritto di carta? Viaggio nella normativa internazionale, italiana e regionale*, a cura di S. GERACI, Roma, 1996, 101-102.

<sup>25</sup> Corte costituzionale, sentenza 24 ottobre 1996, n. 360, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>26</sup> Si tratta dell'ordinanza ministeriale 15 novembre 1996 (in G.U. n. 269 del 16 novembre 1996), la cui efficacia, giusta successiva ordinanza ministeriale del 16 agosto 1997, avente ad oggetto «Proroga della disciplina in materia di prestazioni sanitarie agli stranieri temporaneamente presenti in Italia» (in G.U. Serie Generale n. 195 del 22 agosto 1997), è stata da ultimo prorogata fino all'entrata in vigore della nuova disciplina legislativa sul trattamento degli stranieri in Italia, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 1997.

<sup>27</sup> Si tratta della legge n. 40 del 06 marzo 1998, «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» (meglio nota come legge "Turco-Napolitano") (in G.U. n. 59 del 12 marzo 1998 – Suppl. Ordinario n. 40).

<sup>28</sup> Si tratta del Testo unico emanato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (in G.U. n. 191 del 18 agosto 1998 – Suppl. Ordinario n. 139). Adottato in attuazione dell'art. 47 della legge n. 40/1998, originariamente il Testo *de quo* riuniva e coordinava le disposizioni contenute nella predetta legge, nonché quelle di cui all'art. 3, comma 13, della legge 8 agosto 1995, n. 335. Successivamente, lo stesso è stato modificato ed integrato da successivi atti normativi, quali: decreto legislativo 19 ottobre 1998, n. 380 («Disposizioni correttive al testo unico



Ed è proprio con le disposizioni infine positivizzate in questo, che, all'interno del nostro sistema giuridico, trova finalmente riconoscimento non solo l'«assistenza per gli stranieri iscritti al Servizio Sanitario Nazionale» (art. 34), ma anche l'«assistenza per gli stranieri non iscritti al Servizio Sanitario Nazionale» (art. 35), con un'attenzione quindi non soltanto alle condizioni di salute degli «immigrati “regolarmente soggiornanti” sul nostro territorio, cioè con una titolarità giuridica di presenza testimoniata da un regolare permesso o carta di soggiorno»<sup>29</sup>, ma anche «di coloro “non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno”, i cosiddetti irregolari e/o clandestini»<sup>30</sup>. Il tutto accompagnato dalla specificazione delle condizioni al ricorrere delle quali lo straniero è legittimato a venire in Italia per sottoporsi a cure mediche e chirurgiche (art. 36)<sup>31</sup>.

In particolare, l'obiettivo di parificare, quanto al godimento del diritto alla salute ed all'assistenza sanitaria, gli immigrati in condizione di regolarità giuridica ai cittadini è stato perseguito attraverso la rimozione di una serie requisiti a ciò ostativi già previsti dalla normativa previgente (la residenza, il limite temporale, le aliquote diversificate per l'iscrizione al SSN,...)<sup>32</sup>, nonché a mezzo dell'introduzione di una serie di previsioni conseguenti all'affermazione in tema del principio di equità (obbligatorietà

---

delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 47, comma 2, della legge 6 marzo 1998, n. 40»); decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 113 («Disposizioni correttive al testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 47, comma 2, della legge 6 marzo 1998, n. 40»); legge 7 giugno 2002, n. 106 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 aprile 2002, n. 51, concernente disposizioni urgenti recanti misure di contrasto all'immigrazione clandestina e garanzie per soggetti colpiti da provvedimenti di accompagnamento alla frontiera»); legge 30 luglio 2002, n. 189 («Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo»); legge 27 dicembre 2002, n. 289 («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2003»); decreto legislativo 7 aprile 2003, n. 87 («Attuazione della direttiva 2001/51/CE che integra le disposizioni dell'articolo 26 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985»); legge 12 novembre 2004, n. 271 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 settembre 2004, n. 241, recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione»); legge 31 luglio 2005, n. 155 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»). Nonostante negli anni sia stato oggetto di continui rimaneggiamenti, il testo unico sull'immigrazione ha comunque mantenuto l'impianto complessivo originario, costituendo ad oggi il testo di riferimento primo in materia, specie in ragione dell'ampiezza dei suoi contenuti, che guardano al fenomeno migratorio e lo disciplinano nei vari suoi aspetti, compreso l'accesso alle cure. Al riguardo, in dottrina, più di recente, cfr. M.C. SPENA, *Effettività del diritto alla salute dello straniero tra tutela costituzionale e vincolo finanziario*, in *Rivista di diritto europeo*, 2019, 2, 28.

<sup>29</sup> S. GERACI, *La medicina delle migrazioni in Italia: un percorso di conoscenza e di diritti*, cit., 13.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Sul piano giurisprudenziale, a favorire tale apertura è stata la Corte costituzionale, giusta sentenza 17 luglio 2001, n. 252, cit.

<sup>31</sup> Ulteriori significative disposizioni in tema che, per ragioni di economia, possono essere qui semplicemente menzionate sono quelle positivizzate agli artt. 42, 43 e 44 del «Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» (in G.U. Serie Generale n. 258 del 03 novembre 1999 – Suppl. Ordinario n. 190), nonché quelle contenute nella Circolare 24 marzo 2000, n. 5 («Indicazioni applicative del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero” – Disposizioni in materia di assistenza sanitaria », in G.U. n. 126 del 1° gennaio 2000 – Serie generale).

<sup>32</sup> Cfr. art. 34 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit.

estesa all'iscrizione al di là del perfezionamento formale delle pratiche, esenzione per situazioni di maggior disagio – richiedenti asilo, detenuti...)»<sup>33</sup>.

Diverso invece è stato l'approccio tenuto nei riguardi degli immigrati presenti nel nostro Paese in condizione di irregolarità giuridica e clandestinità<sup>34</sup>. Per essi, infatti, l'estensione del diritto all'assistenza, sotto forma di garanzia d'accesso a sole cure urgenti, essenziali, ancorché continuative, nonché a programmi di medicina preventiva<sup>35</sup>, è stata infine semplicemente rafforzata attraverso la posizione del fermo divieto imposto alle strutture sanitarie di segnalare all'autorità di polizia la presenza di immigrati clandestini che richiedono aiuto medico<sup>36</sup>. E del resto, sempre in senso solo rafforzativo della garanzia

<sup>33</sup> Cfr. art. 34 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit. Già altro studioso, riferendosi all'art. 34 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit., ed all'estensione dell'accesso alle cure anche a favore degli immigrati regolari ivi previsto, ha, ancora di recente, sottolineato che «con tale previsione, la salute dei soggetti in questione è stata protetta in modo adeguato, perché ad essi è stata garantita la parità di trattamento con i cittadini in relazione all'assistenza erogata dal servizio pubblico ed alla sua validità temporale»; così, G. COLETTA, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2021, 4, 140. Criticamente, invece, con riguardo alla stessa previsione, cfr. A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, in [www.cortisupremeesalute.it](http://www.cortisupremeesalute.it), 2018, 3, 639, la quale, infatti, nota come, a differenza dei cittadini italiani, per gli stranieri l'iscrizione al servizio sanitario ha «una durata equivalente a quella del permesso di soggiorno» ed è, quindi, «soggetta a rinnovo secondo le stesse scadenze previste per ciascuna tipologia di permesso di soggiorno».

<sup>34</sup> In dottrina, per quanto riguarda specificamente l'accesso alle cure degli immigrati irregolari, all'interno di una produzione scientifica oramai assolutamente copiosa, anche perché sempre attenta non solo al dato normativo ma anche ai successivi contributi della giurisprudenza costituzionale in tema, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a: A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *Consulta OnLine*, 06 giugno 2012; R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2013, 2; A. CIERVO, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015, 2; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Diritto alle cure mediche e prestazioni di assistenza sociale connesse alla salute dello straniero irregolarmente soggiornante*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 547 ss.; A. CHERCHI, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 10 giugno 2016; G. VOSA, *"Cure essenziali". Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'autodeterminazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto pubblico*, 2016, 721 ss. G. COLETTA, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. art. 35 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit. Per quanto riguarda, poi, la partecipazione da parte dello straniero irregolare al costo delle prestazioni sanitarie previste a suo vantaggio dal dettato normativo in esame, è opportuno sottolineare che lo stesso art. 35 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit., al comma 4, sancisce il principio di gratuità per i richiedenti che risultino privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani. Al fine di usufruire di cure gratuite, però, al momento della richiesta di assegnazione del codice STP (su cui vedi in *infra*, nota n. 41), lo straniero indigente deve sottoscrivere "l'autocertificazione di indigenza". Nello specifico, per quel che concerne l'inclusione dei migranti nei programmi di medicina preventiva, ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit., sono specificamente garantiti: «a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane [...]; b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 [...]; c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai».

<sup>36</sup> Si tratta sempre dell'art. 35 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit. Va notato che, per tale profilo, la disposizione *de qua* produce effetti di non poco rilievo sul piano della rilevanza penalistica della condotta del sanitario. Non a caso «questa disposizione è stata definita dalla dottrina "una norma amministrativa dotata di valenza penale"». E ciò in quanto «nel prevedere il divieto [sanzionato in via disciplinare] per chi esercita una

offerta dalla disposizione in esame, possono altresì ricordarsi le ulteriori previsioni che ad esse si legano, ed anzitutto quella che sgancia l'accesso alle prestazioni sanitarie da parte degli immigrati irregolari dall'esibizione del documento di identità<sup>37</sup>, a ciò sostituendo la presentazione del codice regionale identificativo<sup>38</sup>, che, valido su tutto il territorio nazionale con durata semestrale e rinnovabile, viene loro rilasciato in occasione del primo accesso al servizio sanitario<sup>39</sup>.

Nulla insomma di assimilabile alla diversa garanzia offerta agli stranieri regolarmente residenti nel nostro Paese. Diversamente da questi, infatti, e dalla situazione di sostanziale parità di trattamento con i cittadini loro riconosciuta, agli immigrati privi di regolare soggiorno nel nostro territorio viene garantita la sola possibilità di fruizione di cure urgenti o comunque essenziali<sup>40</sup>, secondo peraltro una dizione che, priva di ulteriori specificazioni da parte dello stesso legislatore, ha trovato infine una sua puntualizzazione solo più tardi, in una Circolare del Ministero della Sanità del 2000<sup>41</sup>, in cui, con un'interpretazione atta a superare *in parte qua* l'angustia della previsione legislativa in esame, si è provveduto a identificare le cure urgenti in quelle che non possono essere differite «senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona», e quelle essenziali nelle prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche che riguardano «patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel

---

professione sanitaria di segnalare alle autorità preposte lo straniero irregolare cui abbia prestato assistenza sanitaria, sottrae il personale in questione da ogni imputabilità per non averne denunciato la clandestinità prevista come reato dall'art. 10-bis T.U.I.»; in questo senso, A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, cit., 640-641, la quale peraltro evidenzia pure come, contestualmente, «l'obbligo per tutti i professionisti sanitari che abbiano prestato assistenza "in casi che possono presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio" di riferirne alle autorità, previsto in generale dall'art. 365 c.p., venga meno considerato che il referto in questione esporrebbe lo straniero irregolare a procedimento penale ex art. 10-bis T.U.».

<sup>37</sup> Cfr. art. 2, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit.

<sup>38</sup> Siglato STP – straniero temporaneamente presente, ovvero ENI (europeo non iscritto, se si tratta di cittadino comunitario). Tale ultima tessera dà diritto alle stesse prestazioni accordate ai cittadini di Paesi terzi in base all'art. 35 del Testo unico sull'immigrazione. Al riguardo, si rinvia alla nota del Ministero della Salute del 19 febbraio 2008 e all'Accordo del 20 dicembre 2012, raggiunto, in sede di Conferenza permanente, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento avente ad oggetti *Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome* (in G.U. n. 32 del 07.02.2013 – Suppl. Ordinario n. 9, doc. 17).

<sup>39</sup> Tale previsione è contenuta nell'art. 43, co. 3, del d.P.R. n. 394 del 31 agosto 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'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» (in G.U. Serie Generale n. 258 del 03.11.1999 – Suppl. Ordinario n. 190).

<sup>40</sup> Giusto quanto osservato in dottrina, «l'art. 35, c. 3 T.U.I. è tratto per intero dal diritto sanitario, mettendo insieme l'urgenza, assunta come criterio di accesso alle cure da parte degli stranieri "presenti" nel territorio nazionale già dalla legge Mariotti del 1968 e dalla legge n. 33/1980, e l'essenzialità delle cure, espressione che trova appunto la propria origine in ambito sanitario [v. la legge finanziaria per il 1998 – l. n. 449/1997, art. 59, c. 50 – il PSN 1998-2000 e infine l'art. 1, c. 3 del d.lgs. n. 502/1992 come modificato dal d.lgs. n. 229/1999], successivamente ripresa, a partire dal 2001, nell'art. 117, c. 2, lett. m Cost.»; così, A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, cit., 640.

<sup>41</sup> Si tratta della Circolare del Ministero della Sanità n. 5 del 24 marzo 2000, avente ad oggetto: «Indicazioni applicative del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" – Disposizioni in materia di assistenza sanitaria».

tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita»<sup>42</sup>. A tanto aggiungendo che tutte le cure urgenti o essenziali devono avere il carattere della continuità, perché devono essere in grado di «assicurare all'infermo il ciclo terapeutico e riabilitativo completo riguardo alla possibile risoluzione dell'evento morboso»<sup>43</sup>. Ne è derivata, quindi, la predisposizione di un'offerta sanitaria a favore degli immigrati irregolari molto più ampia e varia<sup>44</sup>, che finirà poi per confluire nel d.P.C.M. con cui, nel 2017<sup>45</sup>, sono stati aggiornati i livelli di assistenza sanitaria da garantire su tutto il territorio nazionale<sup>46</sup>, originariamente definiti dal d.P.C.M. 29 novembre 2001<sup>47</sup>.

Certamente correttivi *in melius* delle scelte legislative in tema<sup>48</sup>, gli interventi *de quibus* hanno in realtà concorso alla strutturazione di un assetto in tema di cura dei migranti irregolari anzitutto rispettoso ed aderente ad un'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale. A partire dalla nota sentenza n. 252/2001<sup>49</sup>, la Corte, infatti, ha sempre affermato 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

<sup>42</sup> Sul punto, per un approfondimento, A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, cit., 642; nonché G. COLETTA, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, cit., 142.

<sup>43</sup> In questo senso, D. MONEGO, *Il diritto alla salute dello straniero nell'ordinamento italiano*, in S. BALDINI, M. ZAGO (a cura di), *Europe of Migration: Policies, Legal Issues and Experiences*, Trieste, 2017, 219.

<sup>44</sup> In questo senso, S. D'ANTUONO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di), *Immigrazione e integrazione*, Napoli, 2014, 97.

<sup>45</sup> Si tratta del Decreto del presidente del consiglio dei ministri 12 gennaio 2017, «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502» (in G.U. Serie Generale, n. 65 del 18 marzo 2017). Per un commento di tale decreto, si rinvia a: V. ANTONELLI, *La garanzia dei livelli essenziali di assistenza e i primi 40 anni del Servizio sanitario nazionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 marzo 2018; M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2017, 2, spec. 7 ss.; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (Lea)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15 novembre 2017.

<sup>46</sup> Come ben sottolineato da L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2018, 1, del 12 marzo 2018, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 10, «le disposizioni del decreto del 2017 sui nuovi livelli essenziali che sono dedicate alla tutela della salute degli stranieri ribadiscono l'articolazione sistematica emergente dagli artt. 34 e 35 del testo unico sull'immigrazione e costituiscono la cornice di riferimento ai fini della delineazione delle sfere d'intervento minime ed omogenee su tutto il territorio nazionale [di competenza dello Stato] ovvero complementari ed integrative rispetto a queste ultime [di competenza delle Regioni]».

<sup>47</sup> Si tratta del D.P.C.M. 29 novembre 2001, «Definizione dei livelli essenziali di assistenza» (in G.U. Serie Generale n. 33 del 08-02-2002 – Suppl. Ordinario n. 26).

<sup>48</sup> Sul punto, anzi, in dottrina si è sostenuto che, prendendo le distanze dal testo unico sull'immigrazione, che «ha garantito agli stranieri senza permesso di soggiorno un'assistenza sanitaria meno ampia di quella prevista a favore dei non cittadini legalmente residenti», «l'art. 63 del decreto di aggiornamento dei Lea ha fatto presente che nel nostro ordinamento anche il benessere psico-fisico degli irregolari è tutelato in misura considerevole, perché l'art. 35 del testo unico, riconoscendo a tali soggetti l'accesso alle cure urgenti e a quelle essenziali, ha assicurato loro il trattamento di ogni patologia che possa comportare un rischio per la vita o un danno per la salute. In altre parole, con il decreto in questione si è chiarito che l'assistenza sanitaria degli immigrati privi di un valido titolo di soggiorno è sostanzialmente assimilabile a quella garantita agli stranieri regolari e dalla sua lettura pare anche evincersi che un non cittadino potrebbe essere espulso dall'Italia solo in seguito all'accertamento della sua completa guarigione da una patologia che abbia richiesto cure urgenti o essenziali»; cfr. G. COLETTA, *L'accesso alle cure degli immigrati irregolari*, cit., 143.

<sup>49</sup> Corte costituzionale, sentenza 17 luglio 2001, n. 252, cit.

diritto<sup>50</sup>. Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»<sup>51</sup>. Con tale pronuncia, insomma, ma anche con le successive sentenze n. 432/2005<sup>52</sup>, n. 269/2010<sup>53</sup>, e n. 61/2011<sup>54</sup>, in cui il predetto orientamento giurisprudenziale trova infine conferma, la Corte afferma l'assoluta preminenza della tutela da accordare al nucleo essenziale del diritto alla salute, mettendolo perciò al riparo da ogni possibile condizionamento connesso alla qualificazione formale del rapporto che lega la persona allo Stato. In ragione di ciò, quindi, non meraviglia, che, proprio in funzione del soddisfacimento delle esigenze di salvaguardia di situazioni di vulnerabilità determinate da motivi di salute, lo stesso Testo unico sull'immigrazione preveda specifici divieti di espulsione, ed il conseguente rilascio di particolari permessi di soggiorno<sup>55</sup>, tra cui quello per cure mediche, a favore dei cittadini stranieri che, indipendentemente dalla loro condizione di regolarità o meno, versano in «gravi condizioni psico-fisiche», o che sono affetti da «gravi patologie», sì che l'allontanamento nel Paese di provenienza sarebbe per loro causa di rilevante pregiudizio<sup>56</sup>.

Inopinabilmente, negli anni successivi, il quadro normativo in tema di immigrazione ha subito anche «forti scossoni», dapprima con l'approvazione della legge Bossi-Fini<sup>57</sup>, quindi con l'avvio del programma di *devolution* in materia sanitaria<sup>58</sup>. Tuttavia, è altrettanto indubbio che, nei loro contenuti, le

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentenza 17 luglio 2001, n. 252, cit., punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Corte costituzionale, sentenza 02 dicembre 2005, n. 432, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>53</sup> Corte costituzionale, sentenza 22 luglio 2010, n. 269, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>54</sup> Corte costituzionale, sentenza 25 febbraio 2011, n. 61, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>55</sup> Cfr. art. 19 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit.

<sup>56</sup> Sul punto, peraltro, la dottrina ha di recente rimarcato come già la Corte di Cassazione abbia da tempo sostenuto che il giudice, chiamato a verificare la legittimità del diniego di rilascio del titolo di soggiorno, debba verificare l'effettiva capacità del sistema sanitario del Paese, verso cui la persona sarebbe rinviata, di erogare cure idonee a fronteggiare la specifica patologia da cui questa è affetta. A ciò aggiungendo che anche la Corte di Giustizia ha, in più occasioni ed anche in tempi assolutamente vicini a noi, ribadito il divieto di rimpatri di persone che versano in gravi condizioni e che rischiano di subire un aggravamento dello stato patologico e del livello di sofferenza. Al riguardo, per un approfondimento, nonché per i relativi riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a: N. VETTORI, *Vulnerabilità, salute e persone migranti. Proattività e prossimità: ingredienti essenziali per l'equità nel Servizio Sanitario Nazionale*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, 3, 119.

<sup>57</sup> Si tratta della legge 30 luglio 2002, n. 189, «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo» (in G.U. n. 199 del 26 agosto 2002 – Suppl. Ordinario n. 173).

<sup>58</sup> È noto che la *devolution*, anche in materia sanitaria, rappresenta un obiettivo da anni perseguito dalle forze politiche.

Al riguardo, di certo si ricorderà che interessanti elementi di innovazione in materia di organizzazione dei servizi sanitari e sociali, nella prospettiva delineata, sono stati originariamente introdotti dalla riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione, realizzatasi a mezzo dell'approvazione della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione» (in G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001). La riforma *de qua*, infatti, è intervenuta in ambito sia attraverso una diversa ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni, sia attraverso l'esplicita costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà. In particolare, nel campo dei servizi sanitari, i titoli che abilitano l'intervento statale sono sostanzialmente due: la competenza esclusiva a determinare i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali», ex art. 117, c. 2, lett. m), Cost., e quella concorrente (in quanto tale ripartita con la Regione) in materia di «tutela della salute», ex art. 117, c. 3. All'intervento del legislatore costituzionale *de quo* ha fatto quindi seguito l'approvazione, da parte del Parlamento, della legge 5 giugno 2003, n. 131, «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della

disposizioni che regolano l'assistenza sanitaria degli immigrati presenti sul nostro territorio non sono state per nulla scalfite dai predetti interventi normativi. Anzi, nel tempo le scelte dei governanti in tema si sono addirittura mosse nell'ottica di un'accentuazione della rilevanza della questione concernente l'accesso ai servizi sanitari da parte degli immigrati, sottolineandone l'importanza strategica ai fini di una loro progressiva integrazione nel nostro territorio. Basti in questo senso anche solo considerare che il Piano Sanitario Nazionale per il triennio 1998-2000<sup>59</sup>, il primo successivo alla riscrittura delle norme in materia di immigrazione, ha per la prima volta annoverato la salute degli stranieri immigrati tra le priorità del Servizio sanitario nazionale nonché dell'intera collettività che esso tutela, e che, tra le primarie finalità che questo è stato chiamato a perseguire nell'arco di tempo considerato, si è finalmente fatta spazio l'esigenza di garantire l'effettivo godimento dell'assistenza sanitaria anche a tutti gli immigrati presenti in Italia<sup>60</sup>, nonché la necessità di estendere altresì a favore di questi ultimi la copertura vaccinale, già prevista per i soli cittadini<sup>61</sup>. La rilevanza di tali scelte è stata peraltro non poco accentuata negli anni immediatamente successivi, specie a mezzo dell'adozione del Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2003-2005<sup>62</sup>. È proprio con tale Piano, infatti, significativamente adottato all'indomani delle modifiche apportate al Titolo V della Costituzione, e del patto "federale" con ciò siglato tra Stato e Regioni anche in materia sanitaria, che l'attenzione nei riguardi del fenomeno migratorio viene rimarcata addirittura attraverso l'introduzione, all'interno del capitolo dedicato alla "salute e il sociale", di una sezione specifica sull'assistenza agli stranieri<sup>63</sup>.

Il tutto, però, non senza la seria avvertenza dei molti limiti che il sistema sanitario ancora sconta in tema di garanzia di effettiva accessibilità ai servizi sanitari da parte degli immigrati. Al contrario, in esso, «osservando il flusso di utilizzo di alcuni servizi sanitari da parte degli stranieri, si evidenzia la sostanziale mancanza di elasticità dell'offerta a fronte dei nuovi problemi di salute legati ai nuovi gruppi di clienti», e si suggeriscono una serie di azioni da porre in essere prioritariamente in funzione di un miglioramento delle condizioni di salute della popolazione immigrata<sup>64</sup>.

---

Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» (meglio nota come "Legge La Loggia"), espressamente finalizzata alla compiuta attuazione del disegno autonomistico avviatosi nel 2001. Non meno rilevante, tuttavia, nella costruzione dell'assetto complessivo del sistema *post* riforma, è risultato il contributo offerto dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 303/2003.

<sup>59</sup> Tale piano è stato adottato con d.P.R. 23 luglio 1998 (in G.U. Serie Generale n. 288 del 10 dicembre 1998 – Suppl. Ordinario n. 201).

<sup>60</sup> Piano Sanitario Nazionale per il triennio 1998 – 2000, OBIETTIVO IV: RAFFORZARE LA TUTELA DEI SOGGETTI DEBOLI. Il testo completo di tale Piano è consultabile sul sito ufficiale del Ministero della Salute, all'indirizzo: [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_947\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_947_allegato.pdf).

<sup>61</sup> Nello specifico, trattando del problema delle malattie infettive e degli obiettivi assunti in funzione di loro contrasto, i redattori del Piano Sanitario Nazionale per il triennio 1998 – 2000, cit., p. 22, al tempo stabiliscono: «La copertura vaccinale per la popolazione di età inferiore ai 24 mesi, anche immigrata, oltre a quanto già previsto dalla normativa vigente in materia di vaccinazioni obbligatorie, dovrà raggiungere almeno il 95% su tutto il territorio nazionale per Morbillo, Rosolia, Parotite, Pertosse, *Haemophilus influenzae*».

<sup>62</sup> Tale piano è stato adottato con d.P.R. 23 maggio 2003, (in G.U. n. 139 del 18 giugno 2003- Suppl. Ordinario n. 95). Il testo completo di tale Piano è consultabile sul sito ufficiale del Ministero della Salute, all'indirizzo: [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_654\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_654_allegato.pdf).

<sup>63</sup> Cfr. Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2003-2005, cit., Parte Seconda: Gli obiettivi generali, punto 6, 76.

<sup>64</sup> Tra queste, significativamente compaiono: l'assistenza alle donne straniere in stato di gravidanza e la riduzione del ricorso alle interruzioni volontarie della gravidanza; la diminuzione dell'incidenza dell'HIV, delle malattie sessualmente trasmesse e delle tubercolosi tramite interventi di prevenzione mirata a questa fascia di popolazione;

Da ultimo, anche il Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2006-2008<sup>65</sup>, ancora vigente<sup>66</sup>, nel definire gli interventi in materia di salute degli immigrati e delle fasce sociali marginali, non manca di sottolineare le varie problematiche che, nonostante «il livello di tutela previsto dalla normativa vigente» e «gli sforzi congiunti delle istituzioni, delle associazioni di volontariato e delle organizzazioni no profit», ancora si riscontrano in questa fascia della popolazione, avvertendo pertanto della necessità di avviare ovvero potenziare una serie di attività utili al superamento delle rilevate criticità<sup>67</sup>.

Sotto il profilo dell'accessibilità, dunque, il sistema fin qui anche solo brevemente delineato si presenta non soltanto "aperto" nei confronti delle *gentes* di diversa etnia comunque presenti all'interno dei confini statali, in quanto ugualmente riconosciute potenziali utenti dei servizi sanitari, ma anche "attento" nei riguardi delle esigenze di effettiva tutela del diritto alla salute delle stesse, altresì a mezzo della realistica rappresentazione dei molti elementi deficitari che ancora ne inficiano la corretta operatività. Trattasi peraltro di criticità che, sebbene sono per lo più legate alla condizione dello straniero, in molti casi riguardano anche i cittadini. In ogni caso, per quel che qui rileva, esse emergono dagli stessi requisiti formali d'accesso alle prestazioni sanitarie positivamente definiti dal legislatore. Basti in questo

---

il raggiungimento di una copertura vaccinale della popolazione infantile immigrata pari a quella ottenuta per la popolazione italiana; il contrasto degli infortuni sul lavoro tra i lavoratori immigrati tramite gli interventi previsti a tal fine per i lavoratori italiani.

<sup>65</sup> Tale piano è stato adottato con d.P.R. 07 aprile 2006 (in G.U. n. 139 del 17 giugno 2006 – supplemento ordinario). Il testo completo di tale Piano è consultabile sul sito ufficiale del Ministero della Salute, all'indirizzo: [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_987\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_987_allegato.pdf).

<sup>66</sup> In realtà, a seguito dell'approvazione del Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2006-2008, «furono avviati nella primavera 2010, i lavori per la predisposizione del successivo Piano sanitario nazionale, che venne approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei ministri il 21 gennaio 2011. L'*iter* ne prevedeva l'acquisizione dell'intesa da parte della Conferenza unificata ai sensi di legge. In tale sede, nella fase di istruttoria tecnica, i rappresentanti delle Regioni e degli enti locali, avanzarono proposte emendative e pertanto il ministero della Salute trasmise una nuova versione del Piano nel mese di luglio 2011 sulla quale risultavano acquisiti i pareri delle organizzazioni sindacali. Nel contempo si esprimeva anche la XII Commissione permanente del Senato della Repubblica. L'esame del provvedimento, nella seduta della Conferenza unificata del 27 luglio 2011, fu rinviato su richiesta dei Presidenti delle Regioni, in quanto furono presentate ulteriori proposte emendative alla valutazione del ministero della Salute. L'intesa sullo schema di Piano sanitario nazionale 2011-2013 fu espressa dalla Conferenza Unificata il 22 settembre 2011. In data 8 novembre 2011, anche la XII Commissione permanente della Camera dei Deputati espresse il proprio parere, tuttavia l'iter del provvedimento non si completò con l'approvazione definitiva del Consiglio dei ministri e l'adozione del successivo decreto del Presidente della Repubblica». Conseguentemente, «il Piano vigente resta quello approvato con il Dpr 7 aprile 2006 e la programmazione sanitaria nazionale si è fermata a tale data». A ricostruire l'*iter* in questione è M.G. LA FALCE, *Che fine ha fatto il Piano sanitario nazionale?*, in <https://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/dal-governo/2015-10-22/che-fine-ha-fatto-piano-sanitario-100549.php?uuid=ACSiGFLB>.

<sup>67</sup> Letteralmente, sulla base della spiegata premessa, il Piano Sanitario Nazionale per il triennio 2006-2008, cit., al punto 5.7, avverte: «Occorre pertanto, in tale ambito: • potenziare le attività di prevenzione per gli adolescenti e i giovani adulti stranieri attraverso un approccio trans-culturale e multidisciplinare; • promuovere studi di incidenza e prevalenza dell'infezione da HIV e delle più frequenti MST in gruppi dell'intera popolazione "target"; sperimentare sistemi di monitoraggio in grado di valutare l'andamento delle infezioni, il grado di conoscenza specifica della popolazione target; • valutare e promuovere capacità professionali degli operatori sanitari che operano nelle aree geografiche a più alto afflusso di immigrati, prendere atto dei nodi critici che, all'interno del SSN, possono causare un ridotto accesso degli immigrati ai percorsi di prevenzione, diagnosi e cura dell'infezione da HIV/AIDS e di altre MST». Il testo integrale del Piano Sanitario Nazionale in esame è consultabile all'indirizzo: [https://ape.agenas.it/documenti/Normativa/PSN\\_2006-08.pdf](https://ape.agenas.it/documenti/Normativa/PSN_2006-08.pdf).

senso anche solo considerare che la possibilità di accesso alle prestazioni sanitarie da parte dei migranti è già di per sé legata al possesso di un valido titolo di soggiorno in corso di validità, in assenza del quale le garanzie loro offerte dall'ordinamento italiano si limitano alla sola fruizione di cure urgenti o comunque essenziali. Il tutto, quindi, secondo una prospettiva comunque "angusta", che, però, può, in taluni casi, risultare addirittura asfittica in ragione delle ulteriori previsioni della legislazione di settore e degli altri requisiti (molto spesso di reddito, ma anche di residenza) da essa posti ai fini dell'accesso alle cure da parte delle popolazioni dei migranti<sup>68</sup>.

Sotto tale profilo, insomma, già i requisiti formali di accesso alle prestazioni sanitarie pongono una serie rilevante di problemi che, di fatto, in molti casi traducono la domanda sanitaria proveniente dalle più diverse comunità di migranti presenti nel nostro territorio in una richiesta priva di effettività.

#### 4. ...e loro fruibilità

Accanto e oltre all'accessibilità, ulteriore condizione strumentale all'effettiva tutela della salute dei migranti è la garanzia della concreta fruibilità da parte di questi dei relativi servizi.

Intesa quale capacità di risposta da parte dell'organizzazione sanitaria a quelle che sono le peculiari e specifiche richieste di un'utenza "diversa", in quanto portatrice di un bagaglio culturale, e prima ancora di un sistema valoriale, spesse volte assai distante da quello della popolazione che l'accoglie, l'effettività delle prestazioni sanitarie a favore dei migranti si è già da anni imposta quale indefettibile aspetto della più vasta riflessione in tema, tanto da essere oggetto di attenzione anche da parte del Comitato Nazionale per la Bioetica (C.N.B.) fin dal primo dei pareri redatti in tema nel 1998<sup>69</sup>.

In esso, l'organo consultivo del Governo, premessa la rilevanza delle questioni bioetiche sollevate dalla convivenza di una pluralità di etnie in uno stesso territorio ed in particolare lo spessore delle problematiche di carattere sanitario, terapeutico ed assistenziale a ciò connesse, metteva chiaramente in evidenza la necessità di coniugare il principio di uguaglianza, inteso quale «riconoscimento del rispetto dell'essere umano, indipendentemente dall'appartenenza culturale o etnica»<sup>70</sup>, con il principio di differenza, coniugato in termini di «rispetto della specificità di ogni cultura»<sup>71</sup>, avvertendo, quindi, esso stesso l'esigenza di utilizzare «strumenti concettuali» ovvero avanzare «eventuali proposte operative che garantiscano la non discriminazione nell'accesso ai servizi socio-sanitari di prevenzione, diagnosi e cura, la tolleranza nei confronti del culturalmente diverso ma nello stesso tempo [ ... ] la promozione, senza frammenti di popolazione emarginata, dei valori che l'esperienza storica e del diritto insegnano dover venire prioritariamente condivisi e tutelati»<sup>72</sup>. Di qui, allora, la prospettazione di una misura di

<sup>68</sup> Su tali profili, per un approfondimento sul profilo qui specificamente accennato e per una disamina degli ulteriori profili di criticità emergenti dai requisiti formali di accesso al servizio sanitario positivizzati dal legislatore, cfr. N. VETTORI, *Vulnerabilità, salute e persone migranti. Proattività e prossimità: ingredienti essenziali per l'equità nel Servizio Sanitario Nazionale*, cit., 120 ss.

<sup>69</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici in una società multiculturale*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 16 gennaio 1998. Il testo integrale del parere *de quo* è consultabile all'indirizzo: <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/problemi-bioetici-in-una-societa-multietnica/>.

<sup>70</sup> Così, Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici in una società multiculturale*, cit., 2.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.



carattere operativo, finalizzata ad una formazione del personale sanitario e dei servizi sociali in grado di assicurare la «comprensione di culture diverse»<sup>73</sup>, strumentale alla quale diventa «la conoscenza linguistica e medica delle patologie principali dei paesi di origine, dell'impatto ambientale e delle pratiche attuabili nel contesto giuridico vigente, oltre che quelle delle stesse concezioni della vita e della morte, della salute e della malattia»<sup>74</sup>. Peraltro, proprio la consapevolezza che i principali ostacoli alla concreta fruizione dei servizi sociali, ed in specie di quelli sanitari, da parte dei migranti sono di tipo linguistico, comunicativo e interpretativo offrirà anche in seguito motivo a tale organo per ribadire la necessità di aumentare le competenze interculturali degli operatori del SSN, nonché per rimarcare l'esigenza di un'adeguata valorizzazione, all'interno dei percorsi formativi universitari rivolti ai futuri medici e professionisti della salute, delle *Medical Humanities* ovvero degli studi e delle ricerche riguardanti a relazione terapeutica in un prospettiva interculturale<sup>75</sup>.

Al CNB, peraltro, non sfugge che l'accettazione del carattere multietnico dell'attuale società italiana, se «implica un profondo e doveroso rispetto nei confronti di tutti gli aspetti religiosi e culturali specifici di ciascun popolo», non importa perciò stesso la perdita della propria identità da parte della società d'accoglienza. Anzi, rimarcando un concetto già sottolineato in tale occasione, in un ulteriore parere redatto sempre in argomento, esso non manca di avvertire che «le singole culture religiose e i singoli gruppi etnici [...] debbono accettare i valori e le norme che regolano la vita della società di cui fanno parte, che li ospita o che li ha integrati, e in particolare quelli espressamente indicati nel testo della nostra Costituzione»<sup>76</sup>. In questo senso, quindi, assolutamente ferma resta la condanna di tutte quelle pratiche mediche che, in quanto lesive dei beni, di assoluto rilievo costituzionale, consustanziali alla persona umana, non trovano né possono trovare cittadinanza nel nostro sistema ordinamentale<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Problemi bioetici in una società multiculturale*, cit., 6.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *Immigrazione e salute*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 23 giugno 2017. Il testo integrale di tale parere è consultabile all'indirizzo: <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/immigrazione-e-salute/>. Quelle indicate sono peraltro sono talune delle raccomandazioni finali contenute in tale parere, che ad esse ne somma altre, e precisamente: sviluppare celermente adeguate modalità di contabilizzazione e rendicontazione delle spese effettivamente sostenute dal Ssn per la salute della popolazione immigrata irregolare; istituire un dividendo sulle risorse degli stati maggiormente industrializzati, da versare su un fondo istituzionale destinato ai paesi più poveri; rafforzare l'impegno a favore dell'educazione sanitaria, anche potenziando le funzioni di alcuni servizi, come i consultori familiari e i servizi di salute mentale; aggiornare i codici deontologici degli Ordini professionali con espliciti riferimenti al dovere da parte del professionista di tenere conto delle differenti identità culturali di appartenenza dei pazienti.

<sup>76</sup> Comitato Nazionale per la Bioetica, *La circoncisione: problemi bioetici*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 25 settembre 1998, 8. Il testo integrale del parere *de quo* è consultabile all'indirizzo: [https://bioetica.governo.it/media/1890/p36\\_1998\\_circoncisione\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/1890/p36_1998_circoncisione_it.pdf).

<sup>77</sup> Qui, in particolare, il riferimento è alle mutilazioni genitali femminili. Al riguardo, assolutamente interessanti restano, ad oggi, le osservazioni del Comitato Nazionale per la Bioetica, che, interpellato anni fa sulla praticabilità di tali interventi, pur «consapevole del rispetto che è doveroso prestare alla pluralità delle culture, anche quando queste si manifestino in forme estremamente lontane da quelle della tradizione occidentale, e del gran valore del giusto confronto con la diversità culturale, che è oggetto di continuo studio», dichiara di dover ritenere «non di meno – e consapevolmente contro il parere di pur illustri antropologi – che nessun rispetto sia dovuto a pratiche, ancorché ancestrali, volte non solo a mutilare irreversibilmente le persone, ma soprattutto ad alterarne violentemente l'identità psico-fisica, quando ciò non trovi una inequivocabile giustificazione nello stretto interesse della salute della persona in questione. È evidente che le pratiche di circoncisione femminile non sono poste in essere per ovviare a problemi di salute né fisica, né psichica delle donne che le subiscono, anzi esse

Altrettanto ferma però è pure l'apertura, che in tale contesto si registra, nei riguardi della necessità di un'assistenza ospedaliera in grado di garantire un'adeguata accoglienza (linguistica e religiosa) a favore delle popolazioni appartenenti a diverse etnie, culture e tradizioni presenti sul territorio nazionale, oltre che l'esigenza di un'offerta sanitaria che includa altresì l'erogazione di cure, che per lo più classificate come non convenzionali o alternative dal Sistema Sanitario Nazionale, e perciò escluse da novero di quelle esentate dalla spesa sanitaria, sono al contrario assai diffuse presso quelle popolazioni<sup>78</sup>.

comportano gravi conseguenze negative sulla salute delle donne che ad esse vengono sottoposte». Conclude, quindi, nel senso di «ritenerle eticamente inammissibili sotto ogni profilo ed auspicare che vengano esplicitamente combattute e proscritte, anche con l'introduzione di nuove, specifiche norme di carattere penale». In questi termini, Comitato Nazionale per la Bioetica, *La circoncisione. Profili bioetici*, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 25 settembre 1998, 2. Del resto, come ricorda lo stesso CNB, già in passato la pratica è stata oggetto di ferma condanna a mezzo di una dichiarazione congiunta dell'OMS, dell'UNICEF e dell'UNFPA (p. 1). In tempi più vicini a noi, poi, e precisamente il 14 giugno 2012, il Parlamento europeo ha adottato la risoluzione [2012/2684(RSP)] sull'abolizione delle mutilazioni genitali femminili (da ora: Mgf), con la quale, per l'appunto, gli Stati membri dell'Unione sono stati invitati «a continuare a ratificare gli strumenti internazionali e a dare loro attuazione attraverso una legislazione completa che proibisca ogni forma di mutilazione genitale femminile e preveda sanzioni efficaci contro i responsabili». La normativa internazionale, infatti, è per lo più uniforme nel condannare le diverse forme di tale pratica (al riguardo, in dottrina, cfr. G. CASSANO, F. PATRONO, *Mutilazioni genitali femminili*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 2, 184-186; E. ABBATE, *Le mutilazioni genitali femminili (MGF): lesioni dei diritti umani fondamentali della donna. Dimensione normativa, sanitaria e sociale*, in [www.revistapersona.com.ar](http://www.revistapersona.com.ar); A. VITALONE, *Mutilazione genitale femminile e diritti umani*, in *Giurisprudenza di merito*, 2001, IV, 856-861). Tale uniformità, invece, non si ritrova all'interno del più vasto contesto europeo, in cui, nei confronti dei reati culturalmente motivati, quali tra l'altro le mutilazioni genitali, si registra, da parte dei singoli Stati destinatari di flussi migratori portatori di una "differenza culturale", una significativa diversità di "trattamento" dello stesso comportamento, quale effetto di un differente approccio culturale che ciascun Paese ha scelto di tenere rispetto al fenomeno migratorio complessivamente considerato. In particolare, due sono i modelli che il dibattito e l'esperienza hanno radicato in Europa. «Si tratta, rispettivamente, del modello assimilazionista, alla francese, e di quello multiculturalista, all'Inglese [...]». «Il primo è ispirato "ad una logica di assoluta uguaglianza formale, di asettica neutralità dello Stato di fronte alle differenze culturali", che rimangono, pertanto, irrilevanti per il diritto». «All'opposto, il modello multiculturalista si caratterizza per "il riconoscimento e l'accettazione delle diversità culturali, con conseguente adozione di strategie politiche più tolleranti e pluraliste, che di fatto consentono agli immigrati di conservare numerosi aspetti del loro retaggio etnico"». Sicché, con riferimento a situazioni penalmente rilevanti, può dirsi che «al modello assimilazionista corrisponde una norma ordinaria, la disciplina penale generale, mentre al modello multiculturalista se ne correla una speciale, vale a dire leggi che regolamentano specificamente l'ipotesi di reato *de qua*. Nel primo caso, dunque, viene variamente azionata la categoria dei delitti contro la persona, sempre presente nelle diverse codificazioni penalistiche, applicando, di caso in caso, gli articoli sull'omissione di soccorso, piuttosto che sulle lesioni personali o sull'omicidio colposo. Nel secondo caso, invece, la sanzione penale "si misura" con la diversità culturale del reo, disciplinandola [e punendola] specificamente, con "esattezza"; in ragione di questa puntuale considerazione della fattispecie e delle sue caratteristiche, alla previsione del reato si collegano, in genere, anche azioni di prevenzione e di assistenza adeguate alla specifica differenza culturale che, di volta in volta, è oggetto di provvedimento». In questo senso, R. FATTIBENE, *Verso una Risoluzione dell'ONU per l'abolizione delle mutilazioni genitali femminili a livello mondiale. Il trattamento giuridico di questa prativa tra atti internazionali, modelli culturali e normative nazionali*, in *Rivista AIC*, 2012, 4, del 30 ottobre 2012, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), cui, peraltro, si rimanda per un approfondimento della proposta avanzata nello scritto finalizzata ad «inquadrare le mutilazioni genitali nella più ampia categoria degli interventi sul corpo umano a scopo non terapeutico», in quanto utile a «ridurre la distanza "percepita" tra la cultura occidentale e le culture "altre", nelle quali quella pratica è diffusa, agevolando, così, un'auspicabile soluzione condivisa di questo conflitto culturale».

<sup>78</sup> Tale profilo è ben marcato da L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in ID. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XIV.

Certamente, nella direzione da ultimo indicata, milita l'Accordo raggiunto in Conferenza Stato-Regioni il 7 febbraio 2013, concernente «i criteri e le modalità per la formazione ed il relativo esercizio dell'agopuntura, della fitoterapia e dell'omeopatia da parte dei medici chirurghi ed odontoiatri»<sup>79</sup>. È in forza di tale accordo, infatti, che, in aderenza alle aperture registratesi nei riguardi delle medicine diverse da quella convenzionale nel più ampio contesto internazionale<sup>80</sup> e sovranazionale<sup>81</sup>, anche nel nostro ordinamento queste medicine<sup>82</sup> hanno trovato una qualche forma di disciplina<sup>83</sup>. In particolare, trattando dell'agopuntura, della fitoterapia e dell'omeopatia, l'Accordo non solo chiarisce che esse «costituiscono atto sanitario e sono oggetto di attività riservata perché di esclusiva competenza e responsabilità professionale del medico chirurgo, dell'odontoiatra professionale, del medico veterinario e del farmacista, ciascuno per le rispettive competenze», ma aggiunge che le stesse «sono considerate come sistemi di diagnosi, di cura e prevenzione che affiancano la medicina ufficiale avendo come scopo

<sup>79</sup> Trattasi, più specificamente, dell'«Accordo, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano concernente i criteri e le modalità per la certificazione di qualità della formazione e dell'esercizio dell'agopuntura, della fitoterapia e dell'omeopatia da parte dei medici chirurghi, degli odontoiatri, dei medici veterinari e dei farmacisti», il cui testo è consultabile all'indirizzo: <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato4506473.pdf>.

<sup>80</sup> Sul piano internazionale, è stata anzitutto l'Organizzazione mondiale della sanità (O.M.S.), che, in una risoluzione del 2003, intervenendo in materia e prendendo in considerazione, nella loro specificità, le medicine «tradizionale», «alternativa» e «complementare», delle quali riconosce i possibili aspetti positivi, raccomanda agli Stati aderenti di valutare l'opportunità di disciplinarle, tenendo conto delle condizioni proprie di ciascun Paese. Peraltro, la presa di posizione dell'O.M.S. è stata preceduta dalla risoluzione 1206(1999) del 4 novembre 1999 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella quale, pur riconoscendosi la preminenza della medicina convenzionale, si ritiene che «various forms of medicine should not compete with one another: it is possible for them to exist side by side and complement one another», e si invitano perciò gli Stati aderenti a farle oggetto di regolazione.

<sup>81</sup> A livello europeo, anzitutto interessante nella prospettiva d'indagine prescelta è la risoluzione del Parlamento europeo n. 75 del 29 maggio 1997, su: «L'approccio europeo alle Medicine Non Convenzionali», in cui, tra l'altro, si richiedeva alla Commissione, «qualora i risultati dei relativi studi lo consentano, di impegnarsi in un processo di riconoscimento delle medicine non convenzionali». Ma, particolarmente rilevante è pure la Risoluzione n. 1206 del Consiglio d'Europa del 4 novembre 1999 «Sullo statuto delle medicine non convenzionali», in cui, riconoscendone la rilevanza acquistata, si marca la necessità di sviluppare un approccio alla medicina non convenzionale comune per tutta l'Europa. Da ultimo, poi, spicca la decisione n. 1350/2007/CE del Parlamento e del Consiglio, istitutiva del «secondo programma d'azione comunitaria in materia di salute 2008-2013». In essa si legge che «il programma dovrebbe prendere atto dell'importanza di un'impostazione olistica della sanità pubblica e tenere in considerazione nelle sue azioni, ove appropriato e in presenza di prove scientifiche o cliniche di efficacia, la medicina integrativa e alternativa».

<sup>82</sup> Correttamente, in dottrina si è osservato che «quello delle medicine non convenzionali è di necessità un insieme definibile soltanto in via residuale, consistendo in un complesso di pratiche sanitarie non incluse tra quelle comunemente accolte dalla scienza medica internazionale. La loro natura, pertanto, è inevitabilmente disomogenea». In questi termini, D. MORANA, *Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute*, in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 2, 401. Ad avallare il dato, la studiosa ricorda una risoluzione del 1997 del Parlamento europeo in cui si osserva che «l'insieme dei sistemi medici e delle discipline terapeutiche riuniti nella denominazione "medicine non convenzionali" hanno in comune il fatto che la loro validità non è riconosciuta o lo è solo parzialmente». L'espressione, insomma, viene considerata riassuntiva delle «nozioni di "medicine alternative", "medicine dolci" e "medicine complementari", utilizzate indistintamente in taluni Stati membri».

<sup>83</sup> In tema, per tutti, C. PICIOCCHI, *Libertà terapeutica e "medicine non convenzionali". Definizione e confini*, in L. LENTI, E. PALERMO, P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ E P. ZATTI (diretto da), *Trattato di BioDiritto*, Milano, 2011, 289 ss.

comune la promozione e la tutela della salute, la cura e la riabilitazione». Ancor più interessante, però, è il seguito che una tale previsione ha avuto in alcune realtà regionali in cui, sia pur nella loro veste “complementare”, ossia come metodi che possono andare ad integrare le pratiche mediche convenzionali, alcune delle prestazioni ascrivibili alle c.d. medicine alternative sono state ricomprese tra quelle erogate dal servizio sanitario nazionale<sup>84</sup>. Del resto, la natura complementare del ricorso alle medicine non convenzionali emerge anche dal vigente Codice di deontologia medica, nel quale, pur qualificandosi quale primo il dovere del medico di non «sottrarre la persona assistita a trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia», si aggiunge che «il medico può prescrivere e adottare, sotto la sua diretta responsabilità, sistemi e metodi di prevenzione, diagnosi e cura non convenzionali nel rispetto del decoro e della dignità della professione»<sup>85</sup>.

Ciò peraltro non vale a sopire le molte perplessità che da sempre circondano il ricorso alle medicine non convenzionali e che investono per lo più il fondamento scientifico e l'efficacia terapeutica delle stesse. Anzi, sotto tale profilo, proprio le previsioni del codice deontologico sopra menzionate, facendo comunque salvo l'utilizzo di «trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia», dimostra come proprio questo rappresenti l'aspetto ad oggi assolutamente irrisolto del loro impiego<sup>86</sup>. E ciò specie in un contesto in cui la giurisprudenza costituzionale, da tempo ferma nel sostenere che «non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», essendo ciò di spettanza dell'autonomia del medico, ha altresì precisato che tale autonomia non è illimitata, ma deve fondarsi «sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione». Sicché, lo stesso legislatore, chiamato ad intervenire, non può esimersi dall'elaborare «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”»<sup>87</sup>. Sotto tale profilo, quindi, l'attuale latitanza del legislatore statale in

<sup>84</sup> In questa direzione, si legga anzitutto l'art. 4, comma 1, della legge regionale Toscana 24 febbraio 2005, n. 40 («I servizi sanitari territoriali della zona-distretto e quelli ospedalieri in rete sono organizzati allo scopo di garantire all'assistito la fruizione di un percorso assistenziale appropriato, tempestivamente corrispondente al bisogno accertato, secondo i principi della qualificazione delle prestazioni erogate e della compatibilità con le risorse disponibili. Tali servizi erogano anche prestazioni di medicina complementare e integrata, in base alla valutazione di comprovata efficacia e nel rispetto della programmazione regionale in materia»); ma anche la Delibera di Giunta Regionale Emilia-Romagna n. 741/2014, avente ad oggetto: “Approvazione delle Linee guida regionali per l'erogazione di prestazioni di medicine non convenzionali nella Regione Emilia-Romagna la cui erogabilità è a carico del fondo sanitario regionale”. Quindi, si consideri pure la Delibera di Giunta Provinciale della Provincia autonoma di Bolzano n. 457/2017 che opera l'«aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza» e che, con riguardo alla erogabilità di prestazioni aggiuntive di carattere non convenzionale nella Provincia di Bolzano, conferma quanto già contenuto nella Delibera di Giunta Provinciale n. 4939/2003 (Definizione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) resi dal SSP ai sensi del DPCM 29.11.2001 – disposizioni applicative, primo provvedimento).

<sup>85</sup> Cfr. art. 15, co. 1 e 2, del vigente Codice di deontologia medica, presentato agli Ordini provinciali dal Presidente della FNOMCeO e approvato dal Consiglio Nazionale in data 18 maggio 2014.

<sup>86</sup> Su tale profilo, per un approfondimento, cfr. D. MORANA, *Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute*, cit., 403 ss.

<sup>87</sup> Come è noto, tale giurisprudenza è stata inaugurata dalla Corte costituzionale a far data dalla sentenza 26 giugno 2002, n. 282, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

materia<sup>88</sup> non potrebbe che essere colmata se non da un suo intervento incentrato sulla primaria valutazione della scientificità delle medicine non convenzionali. Ciò che contribuirebbe altresì a sopire i molti dubbi che ancora circondano il ricorso a tali rimedi, e a rendere il tema meno divisivo, specie sul piano della relativa offerta da parte del Sistema sanitario nazionale.

Diversamente, per quanto concerne l'accoglienza dei migranti in strutture sanitarie in grado di garantire un'offerta linguistica e religiosa in linea con le esigenze di un'utenza diversa per etnia, credo e costumi, il soddisfacimento di tale esigenza ha già da tempo trovato una qualche risposta da parte dell'ordinamento.

Sotto tale profilo, un primo contributo è stato in realtà offerto già dal citato Testo unico sull'immigrazione, le cui disposizioni, infatti, risultano complessivamente volte alla realizzazione di un preciso obiettivo, vale a dire «lo sviluppo nel nostro Paese di una cultura dell'accoglienza nel senso di una maggiore sensibilità per i diritti dello straniero»<sup>89</sup>. In particolare, in questa prospettiva, non poco rilevante appare la definizione degli obiettivi assegnati al documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri che, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del testo unico *de quo*, il Governo è chiamato a predisporre con cadenza triennale. Al riguardo, infatti, l'articolato normativo in questione sottolinea non soltanto la necessità di individuazione dei «criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato», ma anche l'esigenza di elaborazione degli «interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico»<sup>90</sup>.

In questa prospettiva, dunque, non meraviglia il peculiare rilievo attribuito ai servizi di mediazione linguistica e culturale, rispetto ai quali già nel Testo unico in esame<sup>91</sup> è dato rinvenire una serie di disposizioni che ne calcano l'assoluta strumentalità ai fini della migliore comprensione, e quindi del

<sup>88</sup> Giustificato alla luce del riparto delle competenze *ex art.* 117 Cost.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> Art. 3, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit.

<sup>91</sup> In particolare, il Testo unico sull'immigrazione, trattando nello specifico dell'istruzione degli stranieri e dell'educazione interculturale, richiama la figura dei mediatori culturali come ausilio nelle comunicazioni con le famiglie degli alunni stranieri (art. 38 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit). Dal canto suo, il relativo regolamento di attuazione [D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, «Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286» (in G.U. Serie Generale n. 258 del 03.11.1999 – Suppl. Ordinario n. 190)] ha affidato al collegio dei docenti la formulazione delle proposte in ordine ai criteri e alle modalità per la comunicazione tra la scuola e le famiglie degli alunni stranieri, anche attraverso l'opera dei mediatori culturali qualificati. Sempre in base a quanto previsto dal Testo unico in esame, le misure di integrazione sociale dovrebbero essere favorite dalla realizzazione di convenzioni con associazioni per l'impiego all'interno delle proprie strutture di stranieri in qualità di mediatori interculturali al fine di agevolare i rapporti tra le singole amministrazioni e gli stranieri appartenenti ai diversi gruppi etnici, nazionali, linguistici e religiosi (art. 42 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, cit). La presenza dei mediatori interculturali è prevista, in primo luogo, in ambito educativo e scolastico, quale strumento di supporto al ruolo educativo della scuola. In forza di tali premesse, già con Circolare n. 24/2006, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha definito i compiti della figura professionale, indicando le seguenti aree di intervento: accoglienza degli alunni stranieri, facilitazione del rapporto tra la scuola e le famiglie, agevolazione della comunicazione, orientamento scolastico e promozione dell'educazione interculturale, valorizzazione della lingua e della cultura di origine degli alunni stranieri.

soddisfaccimento, delle richieste della nuova utenza<sup>92</sup>. In particolare, poi, con specifico riferimento all'ambito sanitario, all'interno dell'intelaiatura ordinamentale sono da tempo presenti ulteriori disposizioni a mezzo delle quali il legislatore non soltanto ha previsto la formazione di mediatori specializzati, ma ne ha altresì stabilito la necessaria presenza all'interno delle strutture ospedaliere al fine di facilitare la rimozione delle barriere socio-culturali e l'accesso all'assistenza sanitaria da parte delle diverse comunità migranti<sup>93</sup>.

Tuttavia, anche tale ambito, ad oggi il sistema normativo sconta la perdurante mancanza di un intervento organico da parte del legislatore statale, a fronte del quale le sole discipline di settore non risultano effettivamente rispondenti alle esigenze sottese alla fornitura dei servizi di mediazione culturale. Né, tale mancanza sembra essere stata colmata da interventi legislativi regionali di qualche rilevanza. Ad oggi, infatti, almeno nell'ambito considerato, le sole misure adottate a livello regionale hanno per lo più riguardato l'attivazione di specifici corsi universitari dedicati alla qualifica del Mediatore<sup>94</sup>. Manca invece la formalizzazione di ogni possibile collaborazione tra mondo universitario e mondo del lavoro, che consenta poi l'effettiva implementazione dei servizi di mediazione culturale nel sistema, ad oggi ancora rimessa per lo più alla collaborazione con gli enti del terzo settore<sup>95</sup>.

Peraltro, proprio lo spostamento dell'asse della riflessione sul piano regionale alimenta ulteriori considerazioni sul modo in cui la nuova sensibilità che, da una certa data in poi, l'ordinamento interno ha manifestato nei riguardi delle problematiche, altresì di carattere bioetico, poste dall'ingresso nel territorio nazionale di popolazioni "altre", ha trovato infine traduzione in interventi di carattere positivo. Ma soprattutto sul modo in cui tali interventi si sono poi effettivamente proiettati nella direzione di

<sup>92</sup> La mediazione interculturale assume, inoltre, un ruolo rilevante nell'ambito dei servizi rivolti ai richiedenti/titolari di protezione internazionale. In questo caso, tuttavia, i riferimenti normativi espliciti non sono numerosi. Anzitutto, in questa prospettiva, al ruolo dei mediatori come strumento per l'integrazione dei migranti è fatto esplicito riferimento nell'ambito della strategia nazionale di integrazione (Piano Nazionale di Integrazione per le persone Titolari di Protezione Internazionale) del 2017. Oltre che nell'ambito della predetta strategia, la mediazione culturale e linguistica è annoverata tra i servizi fondamentali nel Sistema di Accoglienza e Integrazione (in sigla, SAI). Tuttavia, è opportuno sottolineare che tale servizio è stato fortemente depotenziato a seguito dell'entrata in vigore della legge 5 maggio 2023, n. 50, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare. [23G00058]» (in G.U. Serie Generale n. 104 del 05.05.2023). All'art. 6-ter, infatti, la legge *de qua* ha disposto una significativa riduzione dei servizi alla persona garantiti all'interno delle strutture governative e temporanee, con espressa soppressione di quelli di assistenza psicologica, dei corsi di lingua italiana e dei servizi di informazione e orientamento legale e al territorio.

<sup>93</sup> Rilevano, in questo senso, le disposizioni contenute nella legge 9 gennaio 2006, n. 7, «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile» (in G.U. Serie Generale n.14 del 18-01-2006), nonché nel Decreto del Ministero della Salute del 17 dicembre 2007, «Linee guida destinate alle figure professionali che operano con le comunità di immigrati provenienti da Paesi dove sono effettuate le pratiche di mutilazione genitale femminile per realizzare una attività di prevenzione, assistenza e riabilitazione delle donne e delle bambine già sottoposte a tali pratiche» (in G.U. Serie Generale n. 71 del 25.03.2008 – Suppl. Ordinario n. 70).

<sup>94</sup> <https://www.integrazionemigranti.gov.it/Altre-info/id/79/Regioni-e-Provincie-Autonome-uno-quadro-din-sieme>.

<sup>95</sup> Il dato è riferito da N. VETTORI, *Vulnerabilità, salute e persone migranti. Proattività e prossimità: ingredienti essenziali per l'equità nel Servizio Sanitario Nazionale*, cit., 126 ss., cui, sul punto, si rimanda, anche per la relativa indicazione di tipo sitografico.

una maggiore integrazione degli immigrati anche per quel che concerne la fruizione delle prestazioni sanitarie.

Al riguardo non può certo negarsi il contributo che, alla realizzazione delle finalità indicate, è stato offerto dai singoli legislatori regionali, che, di volta in volta, si sono preoccupati ora di adeguare gli interventi in materia di maternità, sessualità ed uso dei sistemi anticoncezionali alle «diversità culturali e religiose delle donne immigrate provenienti da Paesi extracomunitari»<sup>96</sup>, ora, invece, di promuovere, accanto ed oltre all'«informazione e all'aggiornamento sui problemi di una società multiculturale», anche specifiche «ricerche cliniche epidemiologiche sulla morbilità psichiatrica in ambito multiculturale»<sup>97</sup>. Ovvero, hanno previsto l'istituzione, in ogni presidio aziendale sanitario, di un servizio di assistenza religiosa «dotato dell'autonomia confacente alla peculiarità della sua funzione» con il «compito di assicurare presso i presidi di ricovero sanitari e sociali del servizio socio/sanitario regionale, nel rispetto della volontà e libertà di coscienza dei cittadini, l'esercizio della libertà religiosa e l'adempimento delle pratiche di culto, nonché il soddisfacimento delle esigenze spirituali proprie delle diverse confessioni, in conformità di rispettivi ordinamenti»<sup>98</sup>. Sostanzialmente diversi nei loro contenuti, in realtà gli atti normativi regionali *de quibus* sono comunque affini, in quanto ugualmente espressivi di una nuova sensibilità da parte del regolatore pubblico nei confronti delle specificità culturali dell'utenza straniera e delle esigenze poste dal processo di integrazione «vista come un processo di riconoscimento e di rispetto delle differenze»<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> In questo senso si è mosso anzitutto il legislatore toscano, con legge 22 marzo 1990, n. 22 («Interventi a sostegno dei diritti degli immigrati extracomunitari in Toscana», in Bollettino Ufficiale n. 20, parte prima del 31 marzo 1990), e, quindi, il legislatore campano, giusta legge regionale 3 novembre 1994, n. 33 («Interventi a sostegno dei diritti degli immigrati stranieri in Campania provenienti da paesi extra comunitari», in Bollettino Ufficiale n. 53 del 4 novembre 1994).

<sup>97</sup> Al riguardo, il rinvio è anzitutto all'operato del legislatore umbro, tradottosi nell'adozione della legge regionale 10 aprile 1990, n. 18 («Interventi a favore degli immigrati extracomunitari», in Bollettino Ufficiale n. 16 del 18 aprile 1990); quindi a quello del legislatore toscano, che in tema ha varato la legge regionale 03 ottobre 1997, n. 72 («Organizzazione e promozione di un sistema di diritti di cittadinanza e di pari opportunità: riordino dei servizi socio-assistenziali e socio-sanitari integrati», in Bollettino Ufficiale n. 37, parte prima del 13 ottobre 1997).

<sup>98</sup> Il riferimento è alla legge regionale dell'Emilia Romagna del 10 aprile 1989, n. 12 («Disciplina dell'assistenza religiosa nelle strutture di ricovero delle unità sanitarie locali», in Bollettino Ufficiale n. 25, parte prima del 13 aprile 1989), ma anche alla legge della Regione Basilicata del 29 marzo 1991, n. 6 («Norme per la salvaguardia dei diritti delle persone che usufruiscono delle strutture del S.S.R. o con esso convenzionate», in G.U. 3ª Serie Speciale – Regioni n. 48 del 30 novembre 1991) (art. 13). Dello stesso tenore sono altresì: la legge siciliana 30 gennaio 1991, n. 7 («Norme per la salvaguardia dei diritti dell'utente del Servizio sanitario nazionale e istituzione dell'Ufficio di pubblica tutela degli utenti dei servizi sanitari», in G.U. 3ª Serie Speciale – Regioni n. 15 del 13 aprile 1991) (art. 11); la legge lombarda 16 settembre 1988, n. 48 («Norme per la salvaguardia dei diritti dell'utente del servizio sanitario nazionale e istituzione dell'ufficio di pubblica tutela degli utenti dei servizi sanitari e socio-assistenziali», in Bollettino Ufficiale n. 38, 1º suppl. ord. del 21 settembre 1988) (art. 15); e la legge sarda 5 aprile 1997, n. 13 («Disciplina dell'assistenza religiosa nelle strutture di ricovero delle aziende sanitarie (in G.U. 3ª Serie Speciale – Regioni n. 40 del 04 ottobre 1997).

<sup>99</sup> Cfr. A. D'ALOIA, A. PATRONI GRIFFI, *La condizione giuridica dello straniero tra valori costituzionali e politiche pubbliche*, in *Rivista Amministrativa della Regione Campania*, 1995, 4, 266.

Esemplificativa<sup>100</sup> in questo senso è l'esperienza maturatasi nella Regione Campania, in cui la normativa originaria (l. n. 33/94<sup>101</sup>), anzitutto oggetto di rimaneggiamento a mezzo di un successivo intervento legislativo<sup>102</sup>, è stata infine sostituita da altra legge espressamente volta all'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti nel territorio regionale (l. n. 6/10<sup>103</sup>). Ed è proprio tale legge che, fin dalle disposizioni di apertura, e per mezzo delle finalità in esse esplicitate, rende conto della rilevanza che il tema dell'integrazione ha assunto nell'agenda del legislatore regionale, che, infatti, tra l'altro, non soltanto si preoccupa di garantire alle persone straniere presenti sul territorio campano «la pari opportunità di accesso ai servizi», ovvero «il riconoscimento e la valorizzazione della parità di genere», ma anche «di indirizzare l'azione amministrativa all'effettivo esercizio dei diritti»<sup>104</sup>. Ed in funzione di ciò, finalizza le politiche della Regione, ma anche quelle degli enti locali, anzitutto alla rimozione degli ostacoli all'effettivo inserimento sociale, culturale e politico della popolazione immigrata; quindi, al riconoscimento delle identità culturali, religiose e linguistiche dei diversi gruppi sociali presenti sul territorio; ed infine alla valorizzazione della consapevolezza dei diritti e dei doveri<sup>105</sup>. Tra l'altro, se l'ampiezza della prospettiva assunta dal legislatore campano nella regolamentazione del fenomeno migratorio è confermata dalla mancata previsione di una qualsiasi limitazione riguardo la riferibilità delle disposizioni in essa positivizzate ai soli immigrati regolarmente presenti sul territorio regionale, la rilevanza dei suoi contenuti è stata marcata dalla Corte costituzionale<sup>106</sup>. Ed infatti, nel

<sup>100</sup> Ma non unica. Nel tempo, un'eguale esperienza è stata quella maturata dal Friuli Venezia Giulia, con legge regionale 4 marzo 2005, n. 5 («Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati», in I Supplemento straordinario al Bollettino Ufficiale n. 10 del 9 marzo 2005); dalla Liguria, con legge 20 febbraio 2007, n. 7 («Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati», in Bollettino Ufficiale n. 5 del 28 febbraio 2007) e poi con legge del 06 marzo 2009, n. 4 («Modifiche alla Legge regionale 20 febbraio 2007, n. 7 "Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati"», in Bollettino Ufficiale, in Bollettino Ufficiale n. 5 del 18 marzo 2009); dal Lazio, con legge n. 10 del 14 luglio 2008 («Disposizioni per la promozione e la tutela dell'esercizio dei diritti civili e sociali e la piena uguaglianza dei cittadini stranieri immigrati», in Bollettino Ufficiale n. 27 del 21 luglio 2008); dalle Marche, con legge 26 maggio 2009, n. 13 («Disposizioni a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri immigrati», in Bollettino Ufficiale 04 giugno 2009, 13), e poi con legge 30 novembre 2009, n. 28 («Modifiche alla Legge regionale 26 maggio 2009, n. 13 "Disposizioni a sostegno dei diritti e dell'integrazione dei cittadini stranieri immigrati"», in Bollettino Ufficiale n. 116 del 10 dicembre 2009); dalla Puglia, con legge 4 dicembre 2009, n. 32 («Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia», in Bollettino Ufficiale n. 196 del 7 dicembre 2009), e poi con legge del 05 ottobre 2018, n. 51 («Modifiche alla Legge regionale 4 dicembre 2009, n. 32 "Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia"», in Bollettino Ufficiale n. 129 del 05 ottobre 2018); e dalla Basilicata, con legge regionale 6 luglio 2016, n. 13 («Norme per l'accoglienza, la tutela e l'integrazione dei cittadini migranti e dei rifugiati», in Bollettino Ufficiale n. 26 del 6 luglio 2016).

<sup>101</sup> Si tratta della legge regionale Campania 3 novembre 1994, n. 33, «Interventi a sostegno dei diritti degli immigrati stranieri in Campania provenienti da paesi extra comunitari».

<sup>102</sup> Si tratta della legge regionale 15 gennaio 1997, n. 3, («Integrazioni e modifiche alla legge regionale 3 novembre 1994, n. 33 concernente Interventi a sostegno dei diritti degli immigrati stranieri in Campania provenienti da paesi extracomunitari», in Bollettino Ufficiale della Regione n. 5 del 27 gennaio 1997).

<sup>103</sup> Il riferimento è alla legge regionale Campania 8 febbraio 2010, n. 6, «Norme per l'inclusione sociale, economica e culturale delle persone straniere presenti in Campania» (in Bollettino Ufficiale della Regione n. 16 del 19 febbraio 2010).

<sup>104</sup> Art. 1, comma 2, della legge 8 febbraio 2010, n. 6, cit.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> Il giudizio costituzionale in questione è quello conclusosi con la sentenza 22 luglio 2010, n. 269, cit.



rigettare le censure di illegittimità sollevate dal Governo avverso tale legge per presunta violazione delle disposizioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. a) e b), della Costituzione, che attribuiscono alla competenza esclusiva dello Stato, rispettivamente, le materie «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» e «immigrazione», la Corte ha tra l'altro evidenziato come, nelle sue previsioni, la stessa risulti pienamente conforme a Costituzione, e con quel nucleo irriducibile di tutela accordata al bene salute, a fronte del quale alcuna rilevanza assume la condizione di regolarità ovvero la perseguibilità penale dei destinatari delle previsioni in essa contenute<sup>107</sup>. Il tutto, peraltro, accompagnato da un'ulteriore precisazione che, per importanza, trascende la specifica questione di legittimità dedotta nell'occasione alla cognizione del giudice costituzionale. Per la Corte, infatti, se è vero che le disposizioni regionali impugnate, volte a garantire l'accesso a diritti quali quello allo studio ed alla formazione professionale, all'assistenza sociale, al lavoro, all'abitazione, alla salute sono applicabili anche in favore degli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, è altrettanto vero che esse hanno di mira esclusivamente la tutela di diritti fondamentali, senza minimamente incidere sulla politica di regolamentazione della immigrazione ovvero sulla posizione giuridica dello straniero presente nel territorio nazionale o regionale o sullo *status* dei beneficiari. Conseguentemente, esse non interferiscono con la potestà, di esclusiva spettanza dello Stato, relativa alla programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale ovvero ai presupposti ed alle modalità di regolarizzazione dello straniero. E tale precisazione, consentendo di imputare al diritto sanitario, e non più al diritto dell'immigrazione<sup>108</sup>, le norme che nel nostro ordinamento disciplinano la tutela della salute degli stranieri, permette per ciò stesso di meglio intendere i rapporti Stato/Regione quanto alla regolamentazione della materia, e quindi di ridistribuirne le responsabilità per il caso di mancato effettivo godimento delle prestazioni sanitarie a danno dei migranti.

<sup>107</sup> Nell'occasione, tre furono le leggi regionali impugnate. Esattamente la l.r. Toscana n. 29/2009; la l.r. Puglia n. 32/2009 e la l.r. Campania n. 6/2010. Per un commento di tale sentenza, cfr. F.B. DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>108</sup> Efficacemente, sul punto, A. PUPINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, cit, 641 ss., la quale, infatti, a proposito della passata riferibilità delle norme sulla tutela della salute degli stranieri al diritto dell'immigrazione, ricorda che: «Fino a tempi recentissimi ciò ha determinato una tendenziale prevalenza della materia immigrazione sulla tutela della salute che ha portato la prima ad agire impropriamente, allo stesso tempo, sia come fonte di principi fondamentali, sia come materia trasversale capace di limitare la potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di salute e quella residuale in materia di assistenza sociale. La Corte costituzionale, infatti, pur riconoscendo alle Regioni uno spazio autonomo di intervento in merito alla tutela della salute degli immigrati, ha anche affermato, riferendosi in modo particolare agli stranieri irregolari, che le stesse non possono però oltrepassare i limiti stabiliti dal T.U.I. Quest'ultimo ha così finito per limitare, di fatto, anche in modo trasversale, l'autonomia delle Regioni in materia di salute e di assistenza sociale [v. sent. n. 134/2010]».

## 5. Perché le buone norme diventino prassi e i diritti previsti sulla carta si realizzino nella quotidianità: considerazioni di sintesi

Inopinabilmente, anche in tempi molto più vicini a noi, non sono mancati, specie a livello regionale, interventi atti ad ampliare le garanzie di concreta fruizione delle prestazioni sanitarie a favore dei migranti, grazie soprattutto alla collaborazione intessuta con gli enti del Terzo settore<sup>109</sup>.

Tuttavia, è indubbio che, apprezzato nel passaggio dal piano formale a quello sostanziale, *quid est* dalla definizione delle possibilità di accesso alla concreta fruibilità delle prestazioni, il godimento del diritto alla salute da parte degli immigrati pare ancora oggi soffrire molti limiti, causa la perdurante presenza all'interno del sistema di una serie di barriere che, pur nella loro diversità, ancora concorrono a mettere in discussione l'effettività.

Certamente, ad incidere negativamente sulle effettive possibilità di accesso ai servizi socio-sanitari da parte delle popolazioni immigrate sono quelle che, correntemente additate come barriere di tipo linguistico, comunicativo, ed interpretativo, dimostrano la concorrente e difficile coesistenza, all'interno di una stessa realtà, di divergenti costruzioni culturali relative a salute e malattia, «tali da rendere il rapporto medico-paziente immigrato carico di complessità»<sup>110</sup>. Né meno rilevanti, in questa stessa prospettiva, sono pure le barriere comportamentali che, sempre in direzione della costruzione di un «sano» rapporto medico-paziente, vengono spesso frapposte anzitutto dagli utenti ma anche dagli operatori, «condizionati sia da pregiudizi «politico culturali», sia da approcci inadeguati su un piano professionale»<sup>111</sup>.

Ma, se alla risoluzione di tali problematiche pare utile anche solo una più diffusa e sentita implementazione nel sistema della figura del «mediatore culturale», con connotazione e funzione prettamente

<sup>109</sup> Una ricognizione attenta di queste specifiche strategie di azione si ritrova in N. VETTORI, *Vulnerabilità, salute e persone migranti. Proattività e prossimità: ingredienti essenziali per l'equità nel Servizio Sanitario Nazionale*, cit., 132 ss.

<sup>110</sup> In questo senso, A. AGOSTINELLI, A. FARINA, *Salute e fenomeno migratorio: caratteristiche e limiti alla fruizione dei servizi sanitari da parte della popolazione straniera*, in M. CHERUBINI (a cura di), *Tecnologie, Pubblica Amministrazione, Migrazioni*, Napoli, 2013, 62, che così spiegano il dato: «In letteratura è ormai piuttosto diffusa la teoria secondo la quale ogni società è portatrice di un proprio sistema etno-sanitario, che riordina gerarchicamente la totalità delle risorse terapeutiche disponibili: esso generalmente si compone di un'area specialistica, ovvero le conoscenze legate alla medicina tradizionale e alla medicina biomedica [assieme ad altre forme di cura ibride tra i due gruppi, definite transizionali] e di un'area non specialistica, in cui primeggia la sfera popolare e domestica. Area specialistica ed area non specialistica si intrecciano e si sovrappongono differenzialmente a seconda della cultura di appartenenza, dando vita a sistemi culturali differenti gli uni dagli altri. Pertanto, seguendo questo approccio, nel momento in cui il migrante si inserisce in un nuovo contesto socio-culturale, si troverà a cavallo tra due sistemi etno-sanitari: quello di origine, al quale rimane ancora legato pur nell'impossibilità di applicarlo, e quello del paese di accoglienza, del quale però ancora non possiede le chiavi di lettura. Si crea così una grande ambiguità culturale, alla quale tendenzialmente il paziente reagisce polarizzandosi su due estremi: le aspettative eccessive verso una medicina occidentale potentissima ed ipertecnologica oppure [generalmente in ordine consequenziale] la diffidenza verso pratiche mediche e trattamenti diversi da quelli esperiti ed immaginati».

<sup>111</sup> Cfr. S. GERACI, I. EL HAMAD, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, in *Italian Journal of Public Health*, JPH – 9, 8, 3, Suppl. 3, 2011, 18, reperibile all'indirizzo: <https://www.unife.it/medicina/ostetricia/studiare/minisiti/fisiopatologia-del-puerperio/discipline-demoetnoantropologiche/materiale-lezioni/barriere%20nel%20accesso%20ai%20servizi%20e%20fruibilita.pdf>.

linguistica» ovvero «attitudini comunicative, psicologiche, sociologiche e antropologiche»<sup>112</sup>, assolutamente più complesso pare invece il superamento di ben altri ostacoli che a monte incidono sulla stessa accessibilità alle prestazioni sanitarie da parte delle popolazioni migranti.

Qui, certamente, il riferimento è a quelle barriere giuridico-legali, economiche, burocratico-amministrative, oltre che organizzative, che, largamente indagate dalla dottrina, da anni si lamentano quale effetto di scelte politiche poco accorte o comunque non sempre pertinenti rispetto alla portata del tema oggetto di disciplina<sup>113</sup>.

Tuttavia, è indubbio che ad incidere in maniera significativa sul piano in esame sia anzitutto e soprattutto la mancanza di uniformità nell'applicazione della disciplina in tema di immigrazione, quale conseguenza del processo di decentramento amministrativo e politico dell'offerta sanitaria da anni in corso.

Qui certamente il discorso investe il riparto di competenze Stato/Regioni per come oggi definito in Costituzione all'art. 117, che attribuisce anzitutto allo Stato la competenza legislativa esclusiva nelle materie «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» (lett. a), «immigrazione» (lett. b) e «ordine pubblico e sicurezza» (lett. h), mentre, per quel che concerne nello specifico la tutela della salute, ne riferisce la relativa regolamentazione alla competenza concorrente di entrambi gli enti, riservando infine sempre alla competenza legislativa esclusiva statale la determinazione delle prestazioni concernenti i diritti civili e i diritti sociali che devono essere garantiti in modo uniforme su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.).

Ebbene, proprio l'attuazione di tale ultima previsione, a mezzo dell'approvazione d.P.C.M. 12 gennaio 2017, con cui sono stati aggiornati i livelli essenziali di assistenza sanitaria (in sigla, L.E.A.), consegna oggi all'interprete una cornice normativa in cui, per effetto della confluenza all'interno dell'art. 63 delle norme in tema di tutela della salute già presenti nell'art. 35 del Testo unico sull'immigrazione e delle puntualizzazioni al riguardo offerte dalla circolare ministeriale n. 5/2000, la tutela della salute degli immigrati, anche non regolari, acquista un nuovo rilievo ed una maggiore ampiezza. Da un lato, infatti, la trasposizione dei contenuti della circolare ministeriale *de qua* all'interno del decreto che definisce i L.E.A. finisce per rendere le relative previsioni vincolanti non più soltanto per gli organi della pubblica amministrazione ma anche per quelli del potere giudiziario, così assicurando la giustiziabilità dei diritti riconosciuti anche a favore dei migranti non regolari; dall'altro, invece, la riproposizione all'interno dello stesso decreto delle disposizioni già contenute nel Testo unico sull'immigrazione riguardo alla salute dei migranti anche irregolari finisce per sancire la definitiva riferibilità della relativa disciplina nell'alveo della materia sanitaria<sup>114</sup>, sì che le relative norme sono «meno esposte al rischio di venire sacrificate di fronte alle esigenze di gestione dei flussi migratori e di tutela della sicurezza cui è preposto, in via principale, il T.U.I.»<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Al riguardo, S. GERACI, I. EL HAMAD, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, cit., 17.

<sup>113</sup> Una disamina di carattere generale di tali barriere è offerta da S. GERACI, I. EL HAMAD, *Migranti e accessibilità ai servizi sanitari: luci e ombre*, cit., 16, 17.

<sup>114</sup> Su tali profili, per un maggiore approfondimento, A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, cit., 642 ss.

<sup>115</sup> Così, A. PITINO, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, cit., 643 ss. la quale, infatti, al riguardo,

In tale contesto, però, resta ferma la competenza delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari, e, quindi, nell'adozione di tutte quelle misure, a cominciare dai servizi di mediazione linguistica e culturale e quelli di tipo più strettamente informativo, nonché nella definizione delle relative procedure amministrative cui di fatto è ancorata la concreta accessibilità, o meglio la fruibilità, di tali servizi da parte dei migranti. E poiché è proprio in questi "interstizi" della normativa che maggiormente si annida non solo il pericolo di possibili compressioni della relativa tutela in danno alle persone dei migranti ed alla loro salute, ma anche e soprattutto il rischio di un'eccessiva sua "frammentazione", in ragione delle potenziali divergenze che, sotto tale profilo, si rinvengono nelle diverse realtà regionali, è anzitutto evidente il rilievo che, al superamento di tali problematiche, riveste la sottoscrizione di Accordi, come quello stipulato nel 2012 tra Stato, Regioni e Province autonome, per una più corretta applicazione delle normative succedutesi nel tempo in materia di assistenza sanitaria alla popolazione straniera<sup>116</sup>. Di là da ciò, però, è indubbio che, specie per il futuro, tali problematiche sono destinate ad essere non poco incise dalla successiva evoluzione di quel progetto regionalista che spinge sempre più fortemente verso il riconoscimento di una maggiore autonomia di tali enti. Anzi, in ragione delle questioni ora poste sul tappeto, può a ragione sostenersi che la regionalizzazione in ambito rappresenta uno degli aspetti più controversi e discussi del processo di *devolution* in corso, non altrimenti superabile se non attraverso un ripensamento più generale di quel "regionalismo differenziato" che, nell'*an* prima ancora che nel *quomodo* della sua attuazione, è da tempo al centro dello scontro politico.

---

evidenza come «le stesse [...] ponendosi in relazione diretta con l'art. 32 Cost. cui danno attuazione per la parte relativa alla tutela del diritto fondamentale alla salute degli stranieri, si trovano ora in una posizione di partenza più idonea per contrastare, soprattutto in sede di giustizia costituzionale, eventuali modifiche al T.U.I. con le quali il legislatore pretendesse, come già avvenuto in passato, di sacrificare la tutela della salute ai fini del controllo dell'immigrazione irregolare». A ciò, inoltre, aggiunge che «questa nuova collocazione delle norme che tutelano la salute degli stranieri sembra essere anche più rispettosa del riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni previsto dall'art. 117 Cost. L'autonomia [concorrente] delle Regioni in materia di tutela della salute degli stranieri risulta ora limitata dai Lea 2017, cioè da norme che danno attuazione all'art. 117, c. 2, lett. m, una materia trasversale per la cui definizione è richiesta la partecipazione delle Regioni, a differenza di quanto avviene invece per le competenze statali esclusive in materia di "immigrazione" e di "ordine pubblico"».

<sup>116</sup> Si tratta, più specificamente, dell'«Accordo ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento recante: "indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle Regioni e Province autonome"» (in G.U. Serie Generale n. 32 del 07.02.2013 – Suppl. Ordinario n. 9).

## Migrazioni e diseguglianze di salute: alla ricerca di un lavoro dignitoso tra paradossi regolativi e trappole occupazionali

*Carmen Di Carluccio\**

MIGRATIONS AND HEALTH INEQUALITIES: SEEKING DECENT WORK AMIDST REGULATORY PARADOXES AND OCCUPATIONAL TRAPS

**ABSTRACT:** The paper, based on the approach of social determinants of health, examines the intricate relationship between migration experiences, health inequalities and safety at work. It critically reflects on the factors contributing to the higher risk of workplace injuries among migrant workers, linking these causes to the 'context' in which migrants find themselves living and working in the host country. The article highlights the limitations of the current Italian immigration law and also explores potential solutions within occupational health and safety legislation in order to guarantee the comprehensive 'well-being' to migrant workers in their workplace.

**KEYWORDS:** Migrants; health inequalities; social determinants of health; migration status; occupational health and safety protections

**ABSTRACT:** Il saggio, muovendo dall'approccio dei determinanti sociali della salute, analizza il nesso intercorrente tra esperienza migratoria, diseguglianze di salute e lavoro insicuro. In particolare, il lavoro riflette criticamente sulle ragioni della maggiore rischio di infortunio che colpisce i lavoratori migranti e le ricollega al "contesto" in cui gli stessi si trovano a vivere e a lavorare nel Paese che li ospita, evidenziando i limiti dell'attuale regolamentazione italiana del fenomeno migratorio, ma anche le soluzioni rinvenibili nella normativa prevenzionistica con l'obiettivo di garantire al migrante uno stato di pieno "benessere" sul lavoro.

**PAROLE CHIAVE:** Migranti; diseguglianze di salute; determinanti sociali di salute; *status* giuridico di migrante; tutele in materia di salute e sicurezza sul lavoro

**SOMMARIO:** 1. Migranti, diseguglianze di salute e insicurezza sul lavoro tra paradossi regolativi e trappole occupazionali – 2. Da migrante "sano" a migrante "esausto": il progressivo depauperamento del patrimonio di salute e l'incidenza dei fattori, economici, sociali e culturali – 2.1 Segue. Il peso dello *status* migratorio e lo sfruttamento (lavorativo) silenzioso e (in)visibile – 3. Prevenzione del lavoro insicuro e costruzione di un ambiente sano e inclusivo nel d.lgs. n. 81/2008 – 4. Valutare e gestire il "rischio" immigrazione – 5. Informare e formare il lavoratore migrante – 6. Oltre la repressione: quali strumenti per un lavoro dignitoso?

---

\* *Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Dipartimento di Giurisprudenza. Mail: [carmendicarluccio@yahoo.com](mailto:carmendicarluccio@yahoo.com). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.*

## 1. Migranti, diseguaglianze di salute e insicurezza sul lavoro tra paradossi regolativi e trappole occupazionali

Il pensiero moderno ha gradualmente accresciuto la propria attenzione verso la persona, nell'ambito di un processo che, mantenendo un dialogo aperto tra la componente fisiologica e quelle emotive, sociali, economiche e ambientali, trova la propria sintesi nella definizione dell'OMS di salute quale «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale»<sup>1</sup>. Superata la tradizionale accezione negativa, attenta al dato puramente biomedico (assenza di malattia), prevale oggi una visione che correla la salute al modello biopsicosociale e ne offre una lettura alla luce della complessa interazione di fattori biologici (genetici, neurotrasmettitori, ecc.), psicologici (sviluppo cognitivo, emotivo e motivazionale) e socioculturali (ambito culturale di appartenenza, sistemi familiari, aspetti economici, supporto e rete sociale, ecc.), con un peso specifico attribuito al lavoro<sup>2</sup>.

In questa prospettiva, attenta ai determinanti sociali, si rinviene un legame diretto tra diseguaglianze socioeconomiche e diseguaglianze in termini di salute<sup>3</sup> che, a ben vedere, opera in maniera integrata al principio di trasmissione intergenerazionale del rischio, per cui le prime si tramandano di generazione in generazione e provocano, con il tempo, un radicamento delle disuguaglianze sul piano della salute<sup>4</sup>.

Su tale distribuzione diseguale esercita un effetto moltiplicatore l'esperienza migratoria, per la combinazione di elementi personali, sociali e istituzionali legati allo *status*, cui si aggiungono fattori relativi a

<sup>1</sup> Preambolo della Costituzione dell'OMS firmata il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948. Sulle implicazioni lavoristiche del nuovo approccio alla salute, che ha ricevuto una successiva specificazione con la Carta di Ottawa, v. *amplius* P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2008. Sull'allargamento dei compiti di tutela dell'ordinamento, che comprendono la prevenzione e la promozione della salute e non più (esclusivamente) la cura, concetto a sua volta profondamente mutato, v. R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, 377 ss.

<sup>2</sup> Sui determinanti sociali v. A. RINALDI, M. MARCECA, *I determinanti sociali della salute: che cosa sono e come influenzano la nostra salute*, in *Riflessioni sistemiche*, 2017, 104 ss.; M. MARMOT, *La salute diseguale. La sfida di un mondo ingiusto*, Roma, 2016, nonché i contributi citati nelle note che seguono. Per un'attenta analisi dei determinanti che tiene conto del nesso tra diritto e salute, con specifico riferimento ai lavoratori migranti, v. L. CALAFÀ, V. PROTOPAPA, *Logiche interdisciplinari e salute dei migranti*, in *Lavoro e Diritto*, 2021, 105 ss., sia consentito altresì un rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Salute e sicurezza sul lavoro del lavoratore migrante tra conferme e sviluppi*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 45 ss.

<sup>3</sup> Cfr. AA. VV., *Poverty, depression, and anxiety: Casual evidence and mechanisms*, in *Science*, 370, 2020; J.P. MACKENBACH, *Health Inequalities: Persistence and change in European welfare states*, Oxford, 2019. V. altresì V., *ex multis*, il report dell'*Institute of Health Equity, The impact of the economic downturn and policy changes on health inequalities in London*, London, 2012; AA. VV., *The Health Effects of Economic Decline*, in *Annual Review of Public Health*, 32, 2011, 431 ss.; C. BAMBRA, *Yesterday Once More? Unemployment and Health in the 21st Century*, in *Journal of Epidemiology and Community Health*, 64, 2010, 213 ss.; AA. VV., *The public health effect of economic crises and alternative policy responses in Europe: an empirical analysis*, in *Lancet*, 374(9686), 2009, 315 ss.

<sup>4</sup> Il concetto di trasmissione intergenerazionale del rischio, sviluppato e messo a punto a partire da approcci basati sulla mitigazione dei cambiamenti climatici per favorire uno sviluppo sostenibile, potrebbe essere impiegato anche in relazione ai determinanti sociali ed economici della salute per analizzarne i meccanismi di funzionamento e sviluppare azioni politiche di contrasto delle diseguaglianze. In questa direzione WHO, *Commission on Social Determinants of Health. Closing the gap in a generation. Health equity through action on the social determinants of health*, 2008.

contenuto e condizioni del lavoro<sup>5</sup>. Il fenomeno migratorio, pur nella sua eterogeneità, costituisce di per sé un determinante di salute che agisce lungo l'intero processo a causa di una molteplicità di componenti riconducibili al "contesto" in cui il migrante si trova a vivere e a lavorare, che finiscono per esporlo a condizioni pregiudizievoli per la sua integrità psico-fisica: dallo svantaggio socio-economico connesso alla posizione giuridica alla situazione alloggiativa, dall'ostacolo linguistico (e, quindi, relazionale-comunicativo) alla scarsa accessibilità ai servizi socio-sanitari e all'istruzione, dalla limitata partecipazione alla cittadinanza sociale al problematico inserimento lavorativo e alle precarie condizioni d'impiego<sup>6</sup>.

La relazione tra migrazione e salute si colloca così nell'ambito del terreno delle diseguglianze, declinate in rapporto all'appartenenza etnica, al genere, all'età, ma anche all'avvicinarsi delle generazioni successive di origine immigrata<sup>7</sup>, con un riflesso pure su persone provenienti da Paesi membri dell'UE<sup>8</sup>. Tali diseguglianze si amplificano quando la manodopera straniera opera in clandestinità, con forme di lavoro sommerso e/o irregolare, ovvero quando è vittima di fenomeni di sfruttamento o finanche di vere e proprie forme di schiavitù; fattispecie multiformi rispetto alle quali si registra la violazione delle più elementari previsioni protettive, accettata dai migranti per garantirsi la sopravvivenza e/o per coltivare la speranza di poter migliorare nel lungo termine la propria condizione.

Per effetto di queste dinamiche, esacerbate dall'esperienza pandemica, i migranti risultano essere soggetti particolarmente fragili ed esposti, in misura più significativa rispetto ai prestatori di lavoro autotoni, ai rischi per la salute e la sicurezza nell'ambiente di lavoro<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> E. BARBERIS, *La vulnerabilità sociale dei lavoratori sfruttati*, in P. CAMPANELLA (a cura di), *Vite sottocosto. 2° Rapporto Presidio Caritas Italiana*, Roma, 2018, 55 ss.

<sup>6</sup> C. DI CARLUCCIO, *Salute e sicurezza sul lavoro del lavoratore migrante tra conferme e sviluppi*, cit., 46.

<sup>7</sup> M. MARMOT, *op. cit.*; G. COSTA, *Le diseguglianze di salute: una sfida per le discipline che si occupano di valutazione delle politiche*, in A. BRANDOLINI, C. SARACENO, A. SCHIZZEROTTO (a cura di), *Dimensioni della diseguglianza in Italia: povertà, salute, abitazione*, Bologna, 2009. Con specifico riguardo al genere v. B. COCCIA, G. DEMAIO, M.P. NANNI, *Le migrazioni femminili in Italia. Percorsi di affermazione oltre le vulnerabilità*, Roma, 2023; E. BONINI, G. MEZZETTI, L.E. ORTENSÌ, *Donne migranti tra opportunità e discriminazioni. La necessità di un approccio intersezionale*, in ISMU, *XXVII Rapporto sulle migrazioni 2021*, Milano, 2021.

<sup>8</sup> V. lo studio effettuato su un campione significativo di donne rumene impiegate nel settore agricolo nelle campagne siciliane: L. PALUMBO, A. SCIURBA, *Vulnerability to Forced Labour and Trafficking: The case of Romanian women in the agricultural sector in Sicily*, in *Anti Trafficking Review*, 5, 2015, 89-110: emerge che, in numerosi casi, lo sfruttamento si traduce di fatto in un totale asservimento alle richieste del "padrone", includendo il "contratto di schiavitù" persino prestazioni sessuali. Oltre alla dimensione culturale del fenomeno, la ricerca evidenzia la particolare vulnerabilità strutturale dei soggetti provenienti dai Paesi più poveri interni all'UE che ha delle ricadute pure in termini di maggiore esposizione ai rischi per la salute e la sicurezza sul lavoro. Su questi temi v. anche M. OMIZZOLO, *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Milano, 2019.

<sup>9</sup> Cfr. i dati resi noti ad aprile 2023 dall'Inail sull'andamento infortunistico e tecnopatologico dei lavoratori stranieri (definizione che comprende tutti i lavoratori nati all'estero, inclusi i cittadini italiani e le persone di origine straniera che hanno acquisito la cittadinanza italiana), in <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-dati-inail-2023-aprile-pdf.pdf>. In dottrina v. R. NUNIN, *Salute e sicurezza sul lavoro: quali tutele per i lavoratori migranti?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2017, 614 ss.; ID., *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati: profili regolativi e questioni ancora aperte a cinque anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2013, 76 ss.; G. NATULLO, *Sicurezza del lavoro e multiculturalismo: l'immigrazione come «fattore di rischio»*, in A. VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Napoli, 2011, 303 ss. Sia altresì consentito il rinvio a C. DI CARLUCCIO, *Migranti e sicurezza sul lavoro: le ragioni della rischiosità infortunistica e gli strumenti di prevenzione*, in S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative*

Muovendo da queste premesse, il presente studio intende indagare le ragioni della maggiore rischiosità infortunistica e riflettere sulle risposte offerte dall'ordinamento giuridico per contrastare le disuguaglianze di salute, che limitano le possibilità di sviluppo pieno e libero delle capacità dei migranti, a partire dall'ambiente di lavoro, in una dimensione attenta al benessere della persona.

I determinanti sociali di salute – e più specificamente il lavoro – sono prerequisiti per fruire dei diritti fondamentali, perché impattano pesantemente sulle capacità degli individui e, quindi, sull'esercizio dei diritti nella prospettiva del *capability approach*<sup>10</sup>. La salute attiva, infatti, una serie di “capacità” influenzate dalle condizioni sociali, economiche e ambientali che consentono all'individuo di esprimersi sul piano cognitivo ed emozionale, operare scelte, esercitare la sua funzione all'interno della società e nella vita di comunità, far fronte alle esigenze materiali e immateriali mediante il lavoro.

Salute e lavoro concorrono, in rapporto di reciproca integrazione e condizionamento, con altri valori fondanti all'esplicazione piena della persona umana, alla protezione della sua dignità e alla realizzazione di una condizione di completo benessere grazie all'accesso alle essenziali condizioni materiali, psicosociali e politiche. In particolare, l'occupazione e i fattori di contenuto e contesto del lavoro, ove dignitosi, possono garantire la protezione da rischi (alla salute) di natura fisica e psicosociale ma anche la sicurezza economica, il mantenimento di un certo stato sociale, la crescita personale, una vita sociale attiva, la possibilità di dare spazio alle necessarie rivendicazioni; al contrario, tali condizioni, ove inadeguate, possono operare come fattori avversi, capaci di incidere negativamente sulla salute (anche psichica)<sup>11</sup>.

Se lo svolgimento della prestazione lavorativa «è uno dei momenti di maggiore esposizione al rischio» per la sfera fisica e psichica della persona e, al contempo, «di maggiore espressione della personalità» individuale<sup>12</sup>, occorre valorizzare una prospettiva che sul lavoro coniughi la promozione del benessere e il miglioramento del funzionamento della persona con le misure preventive. Ciò avendo riguardo alla

e diritti. *Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, 2017, 371 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Salute e sicurezza sul lavoro del lavoratore migrante tra conferme e sviluppi*, cit.

<sup>10</sup> V. A. SEN, *From income inequality to economic inequality*, in *Southern Economic Journal*, 64, 1997, 383 ss. Il c.d. *capability approach* è stato arricchito in seguito dalle riflessioni della filosofa politica M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007, che ha evidenziato la necessità di garantire le “capabilities combinate” ovvero capacità interne (ciò che l'individuo può fare ed essere) combinate con condizioni esterne favorevoli all'uso delle stesse; tra queste, il controllo del proprio ambiente, declinato nei suoi aspetti politici e materiali, compreso il diritto ad accedere a un lavoro a pari condizioni con gli altri e il diritto a svolgere un'occupazione lavorativa degna di un essere umano. Per un esame del *capability approach* in chiave lavoristica v. R. DEL PUNTA, *Is the Capability Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?*, in B. LANGILLE (edited by), *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford, 2019, 82 ss.; ID., *Labour Law and the Capability Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 32, 2016, 383 ss.; B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 1 ss., spec. 10.

<sup>11</sup> OMS, *Closing the Gap in a Generation: Health Equity through Action on the Social Determinants of Health: Final report of the Commission on Social Determinants of Health*, Ginevra, 2008, 12; M. MARMOT, R. WILKINSON, *The Social Determinants of Health*, Oxford, 2006. Sull'attività lavorativa quale possibile fattore protettivo e, insieme, di rischio rispetto all'insorgenza di pregiudizi alla salute della persona v. C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*, Napoli, 2022, spec. sez. II.

<sup>12</sup> C. SMURAGLIA, *Salute. Tutela della salute (Dir. lav.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1991, XXVII, 1.



promozione di un lavoro “di qualità” sotto il profilo dei diritti (non solo economici) che assicurano le tutele fondamentali alla persona.

Del resto, costituiscono «elementi essenziali indefettibili del lavoro» lo svolgimento dello stesso in condizioni di sicurezza non pregiudizievoli per la salute, la delimitazione di confini temporali, scanditi da pause e riposi per il recupero delle energie psicofisiche, una retribuzione giusta, che assicuri al lavoratore e alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa: «indici auto-evidenti e fenomenici» di assenza di sfruttamento<sup>13</sup> e, a contrario, di garanzia di un lavoro dignitoso, come sotteso alla proposta della nota Agenda 2030.

Tali considerazioni confermano il condizionamento che (anche) il diritto, per i riflessi che produce sulle condizioni di vita e di lavoro del migrante, può esercitare rispetto alla salute: le regole lavoristiche, più specificamente quelle in materia di salute e sicurezza sul lavoro, e, prima ancora, le regole in materia di *status* impattano sulla salute del migrante funzionando come fattore protettivo o avverso.

## 2. Da migrante “sano” a migrante “esausto”: il progressivo depauperamento del patrimonio di salute e l’incidenza dei fattori economici, sociali e culturali

Il bisogno di salute dei migranti è aspecifico e si evolve con il progetto migratorio, condizionato dal travagliato processo di adattamento alle nuove condizioni di vita e di lavoro<sup>14</sup>.

A dispetto delle criticità che spesso sperimenta nel Paese d’origine, il migrante conta generalmente su un cospicuo “patrimonio di salute” da investire nel mercato del lavoro del Paese di destinazione<sup>15</sup>. Al riguardo la medicina delle migrazioni ha teorizzato l’effetto “migrante sano”: i giovani migranti che decidono di affrontare le incertezze e i pericoli di un viaggio gravoso sono forti e motivati perché hanno superato un processo di “selezione naturale” che tiene fuori i soggetti fragili o con malattie di base<sup>16</sup>. Si tratta di un effetto destinato a subire una riduzione crescente nel tempo a causa dell’acquisizione da parte dei migranti di stili di vita differenti da quelli dei Paesi di origine, della diversa caratterizzazione socio-demografica dei nuovi flussi migratori (provenienti soprattutto dall’Europa dell’Est) e del graduale invecchiamento di questa popolazione, insieme all’aumento nel numero di ricongiungimenti familiari con ingressi di membri più vulnerabili.

<sup>13</sup> Così M. D’ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell’interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *Lavoro e Diritto*, 2021, per le quali tali elementi sono quelli «essenziali indefettibili del lavoro attraverso i quali si (ri)significa lo sfruttamento anche nella rappresentazione giuridica e nell’interpretazione giurisprudenziale» (233).

<sup>14</sup> Sul patrimonio di salute del migrante e sul rilievo delle condizioni di vita e di lavoro v. *amplius* C. DI CARLUCCIO, *Salute e sicurezza sul lavoro del lavoratore migrante tra conferme e sviluppi*, cit., 50 ss.

<sup>15</sup> Tale dato non trascura di considerare che alcune patologie sono importate dai migranti (malattie genetiche, infettive, malessere fisico e psicologico maturato in ragione del percorso migratorio e, disfunzioni generate da eventi dolorosi vissuti prima dell’ingresso nel Paese ospitante) e che taluni rischi specifici sono riconducibili alla mancata prevenzione primaria nei Paesi di provenienza.

<sup>16</sup> Sulla teoria del “migrante sano” cfr. S. KENNEDY, J. McDONALD, N. BIDDLE, *The Healthy Immigrant Effect and Immigrant Selection: Evidence from Four Countries. Social and Economic Dimensions of an Aging Population*, in *SEDAP Research Papers 164*, McMaster University, 2006. Siffatta teoria – non applicabile nei riguardi dei soggetti vittime di “migrazione forzata” (profughi, sfollati, rifugiati, vittime di tratta, ecc.) – trova conferma nei dati ufficiali, i quali attestano che la maggioranza di coloro che giungono in Italia, al di là dei disagi psico-fisici cui sono stati esposti durante il viaggio, è in buona salute.

In ogni caso, al di là della possibilità di prefigurare cambiamenti nel medio e lungo termine, preme evidenziare che il patrimonio iniziale di salute del migrante è soggetto a un progressivo e, spesso, rapido depauperamento nel Paese ospitante, prima di tutto per l'inadeguatezza del sistema di accoglienza.

Dopo un "intervallo di benessere" (tra gli 8 e 12 mesi circa) subentrano patologie di "acquisizione" nel Paese ospite causate da barriere normative (condizionate dallo *status* giuridico del migrante), precarie condizioni abitative di sovraffollamento e promiscuità<sup>17</sup>, difficoltà di sostentamento, stili di vita insalubri, ridotta possibilità di accesso a strutture sanitarie e sociali.

Nel lungo periodo si manifestano, poi, le malattie da "adattamento", esito del processo migratorio quale evento particolarmente stressante<sup>18</sup>. I percorsi di vita discontinui, l'insicurezza, il distacco dalla propria cultura e dal contesto sociale noto, l'assenza di protezione da parte del nucleo familiare, in una situazione di deprivazione socio-economica sono, infatti, aspetti che concorrono a ridurre drasticamente il benessere psico-fisico dell'individuo e a generare l'effetto "migrante esausto"<sup>19</sup>.

Ad erodere il patrimonio di salute contribuisce in misura significativa pure la barriera linguistica che finisce per sviluppare e moltiplicare le ricadute negative sull'integrazione del migrante dentro e fuori il contesto lavorativo e favorire l'esposizione a fenomeni di prepotenza e a discriminazioni che ne pregiudicano la salute.

Siffatto ostacolo è associato ad altre concause di natura culturale e metaculturale che impattano sull'incremento dell'incidenza infortunistica e tecnopatica tra i lavoratori migranti. Ci si riferisce, in particolare, a numerosi profili influenzati dalla provenienza geografico-nazionale dei migranti: la minore diffusione della cultura della sicurezza del lavoro, la più scarsa consapevolezza dell'esposizione al pericolo, la comprensione e accettazione del rischio lavorativo, il peso riconosciuto al rispetto delle regole e delle procedure aziendali di prevenzione, l'assunzione di stili di vita malsani<sup>20</sup>.

## 2.1 Segue. Il peso dello *status* migratorio e lo sfruttamento (lavorativo) silenzioso

Un fattore significativo che indebolisce la capacità dei migranti di controllare le proprie vite, esercitare i propri diritti e soddisfare i bisogni primari<sup>21</sup> è costituito dalla regolamentazione che (mal) governa i

<sup>17</sup> Basti considerare che, a parità di condizione reddituale, le sistemazioni in cui gli stranieri sono alloggiati, sebbene siano pagate di più, sono qualitativamente peggiori rispetto alla media delle sistemazioni degli italiani: le dimensioni delle abitazioni sono di molto inferiori e lo spazio pro-capite a disposizione, tenuto conto del numero medio di componenti delle famiglie immigrate, è pari alla metà di quello di cui dispongono gli italiani. Sul punto v. I. PONZO, *L'accesso degli immigrati all'abitazione: disuguaglianze e percorsi*, in A. BRANDOLINI, C. SARACENO, A. SCHIZZEROTTO (a cura di), *op. cit.*, 3 s.

<sup>18</sup> AA. VV., *Adapting social prescribing to meet the needs of migrant populations: Challenges and solutions to service access and efficacy*, in *Community Psychology in Global Perspective*, 7(2), 2021, 1 ss.

<sup>19</sup> Sull'effetto "migrante esausto" teorizzato da P. BOLLINI, H. SIEM, *No real progress towards equity: health of migrants and ethnic minorities on the eve of the year 2000*, in *Social science & medicine*, 41, 1995, 819 ss.), v. AA. VV., *L'equità nella salute in Italia*, cit., spec. 121.

<sup>20</sup> S. PORRU, C. ARICI, *Migranti e lavoro*, in F. TOMEI (a cura di), *Manuale di medicina del lavoro*, Padova, 2019, 339 ss.; G. PAOLANTONIO, *ISL Risponde*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 2019, 38; F. DE PASQUALE, *La percezione e rappresentazione del rischio: studio ed analisi di gruppi di lavoratori di diverse nazionalità e culture occupati in edilizia*, in *Quaderni AiFOS*, 3, 2012, 46 ss., spec. 61.

<sup>21</sup> L. CALAFÀ, V. PROTOPAPA, *op. cit.*, spec. 107 che riconducono la regolamentazione a una condizione di *disempowerment*, concetto associato con l'impossibilità del soggetto di vedere assicurate tre condizioni fondamentali,

fenomeni migratori e che si preoccupa prevalentemente di questioni relative alla sicurezza dei confini esterni e al consolidamento degli apparati repressivi interni, con politiche di stampo sanzionatorio e securitario<sup>22</sup> che (ab)usano della sanzione penale<sup>23</sup>. Tale regolamentazione, peraltro, involge anche il diritto alla salute. Pur trattandosi di un diritto inviolabile riconosciuto alla persona in quanto tale, a prescindere dalla condizione di cittadinanza<sup>24</sup>, quando tale diritto viene declinato nei riguardi del migrante il quadro si complica non poco, entrando in gioco alcuni distinguo compiuti dal legislatore, per effetto dei quali allo straniero irregolare è garantito solo il “nucleo irriducibile” di tale diritto e non anche le ulteriori prestazioni ad esso connesse<sup>25</sup>.

I dispositivi statuali, capaci di «restringere gli ingressi *legali* ma non gli ingressi *reali* degli stranieri» sul nostro territorio, contribuiscono a procrastinare la condizione di precarietà esistenziale e di vulnerabilità del migrante<sup>26</sup>.

Basti pensare alla previsione del nesso di interdipendenza tra preesistenza di un contratto di lavoro (o di un’offerta di lavoro vincolante) e rilascio del permesso di soggiorno, introdotta dalla legge Bossi-Fini e trasfusa nel vigente Testo Unico sull’Immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), che spinge i migranti ulteriormente verso canali irregolari, rendendoli più fragili e favorendone lo sfruttamento. Di fatto, tale nesso opera come un meccanismo di esclusione per effetto del quale l’irregolarità «diventa l’asse portante che legittima la repressione dei migranti e, nel contempo, li integra in un mercato che ne favorisce l’impiego a prezzi ribassati» e a condizioni peggiori rispetto a quelle riservate ai lavoratori italiani<sup>27</sup>.

---

incluse tra i determinanti sociali della salute: la condizione materiale (la possibilità di soddisfare bisogni primari), la condizione psicologica e sociale (la possibilità di avere controllo sulla propria vita) e la condizione politica (la possibilità di far sentire la propria voce ed esercitare i propri diritti).

<sup>22</sup> V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2, 2017, 363 ss. spec. 391. Sul tema, *ex multis*, M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione sull’immigrazione in Italia*, Milano, 2020.

<sup>23</sup> Si è passati «dall’indifferenza giuridica al *law enforcement approach*»: L. CALAFÀ, *Immigrazione, lavoro e sicurezza in agricoltura*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *Lavoro insicuro*, Bologna, 2020, 88. Su alibi, paradossi e abusi che emergono v. L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lavoro e Diritto*, 2017, 67 ss.

<sup>24</sup> Sul nesso tra diritto alla salute e migrazioni nelle disposizioni costituzionali v., *ex multis*, 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, 97 ss.

<sup>25</sup> Sulla divaricazione nella fruizione del diritto alla salute tra cittadini stranieri regolari e irregolari v., tra i contributi più recenti, G. COLETTA, *L’accesso alle cure degli immigrati irregolari*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 4, 2021, 135 ss. Su questi profili v. altresì C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2019, 53 ss.; A. PITINO, *Quarant’anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. “sicurezza” n. 113/2018)*, in *Corti supreme e salute*, 3, 2018, 635 s.; G. VOSA, *“Cure essenziali”. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall’autodeterminazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2016, 721 ss.

<sup>26</sup> V. PINTO, *Migrazioni economiche e rapporti di lavoro. Alcuni spunti di riflessione*, in S. D’ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *op. cit.*, 248. Sull’inadeguatezza della regolamentazione in materia di flussi migratori e, in particolare, sull’ambiguità del contratto di soggiorno per lavoro subordinato e sulla farraginosità della procedura in cui si inserisce v., *ex multis*, F. MARTELLONI, *L’accesso al mercato del lavoro dello straniero*, in F. CURI, F. MARTELLONI, A. SBRACCIA, E. VALENTINI (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino, 2021, 49 ss.; L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni*, *cit.*, 67 ss.; V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato?*, *cit.*, spec. 374 ss.

<sup>27</sup> L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, 2013, 8.

L'eccessiva farraginosità e burocratizzazione della procedura di assunzione, insieme all'incapienza delle quote fissate con i decreti flussi, definiscono un modello quasi "impossibile" di accesso legittimo al mercato del lavoro<sup>28</sup> e si traducono in un sistema di regolarizzazione *ex post* di lavoratori stranieri già illegalmente soggiornanti sul territorio italiano o di emersione di rapporti di lavoro di fatto<sup>29</sup>.

In altri termini, l'uso del contratto di lavoro quale strumento per legittimare la presenza regolare di stranieri extracomunitari determina un meccanismo circolare tra irregolarità del soggiorno e irregolarità del lavoro<sup>30</sup> che accresce la condizione di debolezza, perché al bisogno di lavorare per procurarsi i mezzi di sussistenza si aggiunge il bisogno di reperire un contratto per poter soggiornare sul territorio italiano. Alcune indagini empiriche evidenziano l'esistenza di casi in cui il contratto di lavoro è addirittura fittizio e nasconde un acquisto da parte dello stesso migrante a fronte di corrispettivi versati al fine di ottenere la regolarizzazione della propria presenza sul territorio<sup>31</sup>.

In più, chi è in possesso del permesso di soggiorno per lavoro è spinto ad accettare qualsiasi condizione d'impiego pur di mantenere il requisito di accesso alla condizione di regolarità ed è indotto a non denunciare abusi e violazioni, temendo appunto la possibile perdita del requisito: una relazione di soggezione e di debolezza contrattuale, generatrice di una «ricattabilità esistenziale»<sup>32</sup>, funzionale alla conservazione permanente dello stato di bisogno e ad ostacolare l'accesso alla giustizia da parte delle vittime<sup>33</sup>.

In questo modo la disciplina dell'immigrazione non solo definisce chi ha diritto di accedere al mercato del lavoro ma, di fatto, anche le condizioni di lavoro, imprimendo alle stesse una forte precarietà, accentuata dalla profonda crisi economica post pandemica<sup>34</sup>: «*status* migratorio temporaneo e lavoro precario si combinano in un circolo vizioso che perpetua lo svantaggio»<sup>35</sup>. Non a caso gli indici giurisprudenziali dello sfruttamento lavorativo con approfittamento dello stato di bisogno di cui all'art. 603-*bis* c.p. evidenziano «una sorta di circolarità tautologica», per cui le «condizioni di lavoro, talvolta

<sup>28</sup> La regolamentazione definisce un modello "impossibile" di accesso legittimo al mercato del lavoro: W. CHIAROMONTE, "Cercavamo braccia, sono arrivati uomini". Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento ed istanze di tutela, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, 321 ss.

<sup>29</sup> V. PAPA, *Paradossi regolativi e patologie occupazionali nel lavoro agricolo degli stranieri*, in P. CAMPANELLA (a cura di), *op. cit.*, 243 ss.

<sup>30</sup> Su questi profili, per tutti, v. M. McBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Bari, 2017; L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit.

<sup>31</sup> D. SCHIUMA, *Il Presidio di Cerignola*, in P. CAMPANELLA (a cura di), *op. cit.*, 143.

<sup>32</sup> C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e Diritto*, 2016, 315. Sono lavoratori che «non hanno alcun margine di scelta nella contrattazione, né un effettivo potere contrattuale, circostanza che li rende contraenti deboli, esposti alle più variegate forme di sfruttamento lavorativo»: Cass. 16 marzo 2018, n. 12378.

<sup>33</sup> M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *op. cit.*, spec. 247 ss.; L. CALAFÀ, *L'accesso alla giustizia delle vittime di gravi forme di sfruttamento lavorativo*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, cit., 155 ss.

<sup>34</sup> La crisi economica ha ulteriormente indebolito la posizione della popolazione immigrata, configurandosi la malattia da covid-19 come "malattia delle diseguaglianze": cfr. i documenti: AA. VV., *La pandemia della diseguaglianza*, Oxfam Italia, 2022; M. RUFFINO (a cura di), *Diseguaglianza e pandemia nel quadro degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, SNA, 2021; G. COSTA, P. SCHIZZEROTTO, *Se la pandemia accentua le diseguaglianze di salute*, in [lavoce.info](http://lavoce.info), 7 aprile 2020.

<sup>35</sup> L. CALAFÀ, V. PROTOPAPA, *op. cit.*, 111.

disumane, vengono accettate dal lavoratore perché questi non ha altra scelta: lo stato di bisogno è nell'accettazione dell'(altrimenti) inaccettabile»<sup>36</sup>.

Le indagini statistiche disegnano la trappola occupazionale in cui i migranti restano imbrigliati. I migranti risultano prevalentemente occupati in lavori gravosi e rischiosi (c.d. *3D Jobs, dirty, dangerous, difficult demanding*) ovvero in attività manuali, faticose sul piano fisico, pericolose e connotate da monotonia e ritmi molto intensi<sup>37</sup>. Rispetto ai lavoratori nazionali, svolgono per lo più attività a bassa qualificazione e a basso reddito, che si concentrano in settori tradizionalmente più rischiosi (come il settore edile, l'industria pesante, i trasporti, i servizi, l'agricoltura, le prestazioni rivolte alle famiglie<sup>38</sup>); attività che peraltro vedono impiegati i migranti per un numero di ore di lavoro comparativamente più elevato, tenuto conto della loro maggiore disponibilità a orari prolungati, straordinari, doppi turni o turni di lavoro che coprono la fascia notturna e i giorni festivi. Si tratta di attività precarie che spesso non corrispondono all'effettivo profilo professionale del migrante e sono retribuite in misura inferiore. In questi contesti maturano talora condizioni drammatiche, alimentate da fenomeni di autosfruttamento degli stessi lavoratori: si pensi alla comunità Sikh dell'agro pontino, alle porte della Capitale, che per sopravvivere ai ritmi massacranti imposti dai "padroni" ha ammesso di fare ricorso a sostanze stupefacenti e antidolorifici<sup>39</sup>.

Studi sempre più numerosi mostrano l'impatto negativo che i menzionati fenomeni di *dumping* (salariale e non solo), quando non anche di sfruttamento, producono sul piano della salute, soprattutto mentale, del lavoratore migrante<sup>40</sup>: scarse relazioni al lavoro con colleghi, salario basso, insicurezza sul lavoro, sovraccarico di lavoro, bassa soddisfazione lavorativa e alti livelli di *stress* percepito incidono sfavorevolmente sul benessere<sup>41</sup>. Pesa in termini decisivi anche il grado di inclusione sul luogo di lavoro verificato in relazione alla partecipazione ai processi decisionali e organizzativi e all'accesso alle

<sup>36</sup> M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *op. cit.*, spec. 247.

<sup>37</sup> Cfr. S. PORRU, M. BALDO, *Occupational Health and Safety and Migrant Workers: Has Something Changed in the Last Few Years?*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 19 (15), 2022, 9535; WHO, *World Report on the Health of Refugees and Migrants*, 20 giugno 2022, spec. 14; T. BRIAN, *Occupational Fatalities among International Migrant Workers: A Global Review of Data Sources*, International Organization for Migration (IOM), 2021, Ginevra; R. GAMMARANO, *COVID-19 and the new meaning of safety and health at work*, ILO blog post, 30 aprile 2020, in <https://ilostat.ilo.org/covid-19-and-the-new-meaning-of-safety-and-health-at-work/>; M. GIRAUDO, A. BENA, G. COSTA, *Migrant workers in Italy: an analysis of injury risk taking into account occupational characteristics and job tenure*, in *BMC Public Health*, 17(1), 2017, 351.

<sup>38</sup> Si è realizzata una sorta di "geografia dei mestieri" per cui alcune etnie tendono a specializzarsi in specifiche occupazioni anche grazie al supporto di reti etniche che rappresentano un'interfaccia tra i "nuovi arrivati" e il mercato del lavoro.

<sup>39</sup> V. l'inchiesta svolta nel 2014 da In Migrazione: *Doparsi per lavorare come schiavi*, in <https://www.inmigrazione.it/it/dossier/doparsi-per-lavorare-come-schiavi>.

<sup>40</sup> K. CLAASSEN, HC BRODING, *Mental Strain of Immigrants in the Working Context*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 16(16), 2019, 2875.

<sup>41</sup> AA. VV., *Prevalence of common mental health issues among migrant workers: A systematic review and meta-analysis*, in *PLoS one*, 16(12), e0260221, 2021; AA. VV., *Psychosocial job characteristics and mental health: Do associations differ by migrant status in an Australian working population sample?*, in *PLoS one*, 15(11), e0242906, 2020; J. CHOE, M. O'REGAN, A.N. KIMBU, *Filipino migrant workers' leisure and subjective quality of life in Macao*, in *World Leisure Journal*, 62(3), 2020, 242 ss.

informazioni e connessioni con i colleghi<sup>42</sup>. Inoltre, fattori individuali come, ad esempio, tratti di personalità e strategie messe in atto nelle situazioni stressanti, possono ridurre o incrementare le conseguenze pregiudizievoli per la salute mentale e fisica del lavoratore derivanti da rischi psicosociali e organizzativi<sup>43</sup>.

### 3. Prevenzione del lavoro insicuro e costruzione di un ambiente sano e inclusivo nel d.lgs. n. 81/2008

Le deboli condizioni di lavoro, come già rimarcato, non rappresentano soltanto l'esito di comportamenti scorretti del datore, ma l'effetto combinato delle norme che governano i processi migratori e di quelle che offrono tutele lavoristiche, specificamente in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Con riguardo a quest'ultime, in linea con le sollecitazioni provenienti dalle istituzioni sovranazionali, che raccomandano una crescente attenzione nei riguardi del lavoratore migrante<sup>44</sup>, il d.lgs. n. 81/2008, T.U. in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si sforza di costruire un sistema differenziato e funzionalizzato di tutele per tali lavoratori<sup>45</sup>, muovendo dall'ampia nozione di salute elaborata dall'OMS.

Per un verso, sollecita l'adozione di specifiche misure promozionali rimesse all'azione dei soggetti istituzionali cui lo stesso T.U. assegna compiti di prevenzione<sup>46</sup>, per l'altro, modella sulla figura del migrante i principali strumenti di prevenzione aziendale (valutazione dei rischi e formazione-informazione), ferma la necessità di tener conto della presenza di lavoratori stranieri in sede di attuazione del più ampio obbligo di sicurezza *ex art. 2087 cod. civ.*<sup>47</sup>.

Il T.U. non prevede un esplicito coinvolgimento dei soggetti che compongono il sistema di prevenzione aziendale, salvo che per il datore, e tuttavia un'analisi del complessivo quadro normativo induce a riconoscere significativi spazi d'azione per taluni di essi.

Ci si riferisce innanzitutto al medico competente: questi può intervenire in fase di valutazione dei rischi, durante l'esercizio della sorveglianza sanitaria (pure con riferimento al giudizio di idoneità alla mansione), in relazione all'informazione-formazione da garantire ai lavoratori (anche predisponendo

<sup>42</sup> F. HIGGINS-DESBIOLLES, *Socialising tourism for social and ecological justice after COVID-19*, in *Tourism Geographies*, 22(3), 2020, 610 ss.

<sup>43</sup> R. CAPASSO, M.C. ZURLO, A.P. SMITH, *Stress in factory workers in Italy: an application of the Ethnicity and work-related stress model in Moroccan factory workers*, in *Psychology and Developing Societies*, 30(2), 2018, 199 ss.

<sup>44</sup> Cfr. sul tema i lavori dell'*International Organization for Migration* e dell'EU-OSHA. In dottrina sulla declinazione pluriordinamentale della disciplina dei processi migratori, *ex multis*, cfr. L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, cit.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012.

<sup>45</sup> Il d.lgs. n. 81/2008 non specifica se l'ambito applicativo delle tutele è circoscritto ai soggetti extracomunitari ovvero opera anche nei riguardi degli appartenenti all'Unione europea. Sulla genericità delle diverse norme riferibili agli immigrati (art. 1, co. 1; art. 11, co. 6; art. 28, co. 1, che richiama i «lavoratori provenienti da altri Paesi»; art. 36, co. 4; art. 37, co. 13), che induce a ritenerle applicabili alla generalità dei lavoratori stranieri, v. S. FERRUA, *I lavoratori immigrati*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo* (d.lgs. n. 106/2009), Milano, 2009, spec. 427 ss.

<sup>46</sup> Cfr. art. 11, co. 6, T.U.

<sup>47</sup> M. PERUZZI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori migranti*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, 2020, Bologna, 135 ss. Sulla necessità di tener conto del «fattore immigrazione» in sede di attuazione di tutti gli obblighi generali di prevenzione, pur in assenza di prescrizioni specifiche, v. G. NATULLO, *Sicurezza del lavoro e multiculturalismo: l'immigrazione come «fattore di rischio»*, cit., 314.

protocolli personalizzati), nonché può farsi promotore di percorsi finalizzati all'integrazione sanitaria del lavoratore migrante e alla tutela del suo benessere, attivando e alimentando un meccanismo virtuoso che, attraverso il miglioramento della salute, favorisca un'effettiva e completa integrazione<sup>48</sup>. Il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza può, dal canto suo, dare un apporto rilevante sia in termini di segnalazione dell'emersione di rischi distinti e aggiuntivi per i lavoratori migranti e delle incidenze diversificate degli infortuni e/o tecnopatie sugli stessi, sia di monitoraggio dell'adozione delle correlate misure preventive e correttive necessarie, specialmente quelle che investono l'informazione e la formazione dei lavoratori<sup>49</sup>.

Chiaramente la tutela collettiva per essere effettiva richiede un rappresentante consapevole del ruolo<sup>50</sup> e con competenze specifiche rispetto ai fattori di rischio dei lavoratori stranieri. Necessità, questa, alla quale dovrebbe rispondere un adeguato percorso formativo.

L'attività del rappresentante potrà essere irrobustita dalla regolamentazione collettiva, che potrebbe contribuire con un'azione più incisiva ed efficace proprio nei riguardi della componente non autoctona presente nel contesto lavorativo<sup>51</sup>, diffondendo e implementando la cultura dell'inclusione e della valorizzazione delle differenze. Le soluzioni proposte dai soggetti collettivi come possibili «strumenti di inclusione fisiologica degli stranieri e di prevenzione dei fenomeni di segregazione professionale» sono variegate sia sul versante dei contenuti sia su quello metodologico<sup>52</sup>. Negli ultimi anni, soprattutto in settori rischiosi, emerge una crescente sensibilità del sindacato rispetto alla condizione di maggiore fragilità che caratterizza la manodopera straniera mediante la previsione di attività informative o formative cucite "su misura" o di meccanismi volti a favorire l'integrazione e la tolleranza culturale e religiosa<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Su tali profili v. S. PORRU, C. ARICI, *Il Medico del Lavoro/Competente e la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori immigrati: focus sulla sorveglianza sanitaria*, in *Quaderni AiFOS*, 3, 2012, 33 ss.; S. IAVICOLI, A. VALENTI, B. PERSECHINO, *La gestione dei lavoratori stranieri in Italia*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, 2011, 355 ss., spec. 362.

<sup>49</sup> Un tale contributo può materializzarsi in sede di discussione obbligatoria dei programmi formativi/informativi durante la riunione periodica (art. 35, c. 2, lett. d), ma anche nel corso della consultazione obbligatoria imposta per l'organizzazione dell'attività di formazione dall'art. 50, c. 1, lett. d. Sul ruolo che possono giocare i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza v. R. NUNIN, *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati*, cit., 84 s.

<sup>50</sup> Al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza deve essere chiara la logica di specializzazione funzionale sottesa al modello partecipativo: sul punto v. M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi*, Torino, 2017, 133.

<sup>51</sup> Anche gli organismi paritetici possono costituire una valida sede di confronto, esterno all'azienda, funzionale all'obiettivo dell'integrazione piena dei migranti, ad esempio attraverso la programmazione di specifiche attività formative (anche occasione di conoscenza e condivisione) e il supporto alle imprese «nell'individuazione di soluzioni tecniche e organizzative dirette a garantire e migliorare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro» (art. 51, co. 3), effettuando sopralluoghi negli ambienti di lavoro rientranti nei territori e nei comparti produttivi di competenza.

<sup>52</sup> V. l'analisi proposta da W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione e ruolo del sindacato*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2022, 315 ss.

<sup>53</sup> Su tali profili v. W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *Integrazione e inclusione sociale dei lavoratori migranti: il ruolo del sindacato*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *op. cit.*, 213 ss.; M. AMBROSINI, *Immigrati e sindacati dei lavoratori*, in *Ventesimo rapporto sulle migrazioni 2015. Fondazione Ismu*, Milano, 2016, 189 ss.

Peraltro, oltre che in sede di negoziazione collettiva, l'operato del sindacato può rilevare attraverso il ruolo istituzionale da esso rivestito: può dare un contributo alla promozione della legalità e della prevenzione dei fenomeni elusivi e di sfruttamento specie in alcuni settori, come l'agricoltura, che coinvolgono drammaticamente i lavoratori stranieri<sup>54</sup>, nonché intervenire sul fronte penalistico, anche in materia di reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>55</sup>.

#### 4. Valutare e gestire il “rischio” immigrazione

Il d.lgs. n. 81/2008 identifica nella valutazione dei rischi il principale strumento per costruire un modello di prevenzione aziendale attento al fenomeno migratorio.

La valutazione, conformemente al principio di onnicomprensività, deve avere ad oggetto «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori», compresi quelli riguardanti «gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari». L'art. 28, co. 1, colloca la circostanza che i prestatori di lavoro superino «da altri Paesi» tra le caratteristiche peculiari da attenzionare al fine di verificare la loro esposizione ai pericoli e, quindi, di valutare gli specifici rischi lavorativi, di identificare e porre in essere le adeguate misure di prevenzione.

I rischi “particolari” dovranno essere oggetto di valutazione singolarmente e nella loro reciproca relazione: la provenienza da altri Paesi, come segnalato *supra*, è un fattore frequentemente associato a situazioni di stress, generato da rischi legati al contesto di lavoro (ruolo nell'organizzazione, relazioni interpersonali, discriminazioni e/o molestie per religione, razza, etnia, ecc.) e al contenuto di lavoro (tipo di compiti, carico, ritmi e orari di lavoro, ecc.); alla precarietà del lavoro per utilizzo di forme contrattuali non standard; alla presenza di rischi connessi all'età e al genere, tenuto conto degli elevati tassi di occupazione giovanile e femminile della manodopera straniera.

I dati evidenziati in sede di valutazione saranno utilizzati dal datore per pianificare nell'ambito del DVR gli interventi aziendali di prevenzione, ma potranno essere impiegati anche dagli altri attori della sicurezza, nell'ambito dei rispettivi ruoli e attribuzioni, per assumere iniziative volte ad assicurare il pieno coinvolgimento del migrante.

L'operazione valutativa di questo “particolare” rischio richiede l'utilizzo di appositi indicatori messi a punto da medicina e psicologia del lavoro, validati scientificamente, che permettano di indagare più approfonditamente fattori di contenuto e di contesto del lavoro con impatto sulla salute del lavoratore migrante.

<sup>54</sup> Un esempio è la partnership istituzionalizzata con le autorità pubbliche prevista nell'ambito della Rete del lavoro agricolo di qualità, introdotta dall'art. 6, d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 e poi modificata dalla l. n. 199/2016: cfr. W. CHIAROMONTE, «*Cercavamo braccia, sono arrivati uomini*», cit., 321 ss.; C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *op. cit.*, 313 ss. Una funzione strategica è svolta dalle parti sociali anche nel recente *Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato per il biennio 2020/2022*.

<sup>55</sup> La legittimazione del sindacato si fonda sul presupposto che l'utilizzo di manodopera priva di documenti di soggiorno e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, agevolando l'occupazione di lavoratori irregolari e non in grado di rivendicare i propri diritti, compresi quelli sindacali, determinano un interesse ad agire del sindacato per lesione dell'interesse proprio dell'organizzazione e dell'interesse collettivo dei lavoratori della categoria: così W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre*, cit., spec. 332 ss.



Invero esistono diversi strumenti in ambito europeo e internazionale, costruiti da gruppi di ricerca interdisciplinari<sup>56</sup>, che misurano il grado di vulnerabilità del lavoratore migrante attraverso un'indagine sul benessere, con quesiti sull'ambito lavorativo, personale e sociale.

Il questionario utilizzato per l'*European Working Conditions Survey* valuta il livello di salute percepito dal migrante e comprende domande relative a *status* occupazionale, orario di lavoro, organizzazione del lavoro, formazione, fattori di rischio fisici e psicosociali, ambiente di lavoro, salute e sicurezza, equilibrio tra lavoro e vita privata, guadagno e sicurezza finanziaria<sup>57</sup>; un ulteriore questionario, incentrato sull'inclusione lavorativa e sul suo impatto sul benessere, è stato proposto nell'ambito di un recentissimo studio condotto in Cina, il quale ha evidenziato come il livello di istruzione, la durata del soggiorno, la durata del lavoro con l'organizzazione e l'assistenza ai colleghi contribuiscano in modo considerevole all'inclusione sul posto di lavoro e come appartenenza e unicità siano determinanti significativi del benessere psicologico nei lavoratori migranti<sup>58</sup>. Interessante è anche il modello *Ethnicity and Work-related Stress Model* che studia come variabili psicosociali e individuali possano influenzare la salute sul lavoro in diversi tipi di lavoratori considerando il ruolo centrale svolto dall'etnia, dalle caratteristiche lavorative e dai modelli di personalità<sup>59</sup>.

L'utilizzo di questi strumenti, che ovviamente si traduce in un costo (almeno nel breve termine) per le imprese, è ancora un fatto eccezionale, in assenza di uno specifico obbligo giuridico e a fronte di una scarsa sensibilità verso approcci globali e integrati. Eppure solo una prospettiva sistemica alla valutazione dei rischi per la salute e sicurezza permette di ricavare un quadro di riferimento operativo realmente efficace, sia sul versante prioritario della prevenzione sia su quello del corretto adempimento dei vincoli normativi. Da questa angolazione può essere determinante, come si avrà modo di specificare più avanti (v. par. 6), l'adozione, su base volontaria, di sistemi di gestione della sicurezza sul lavoro, con efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ex l. n. 231/2001<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> In attuazione del mandato ex art. 11 d.lgs. n. 81/2008 alcune P.A. hanno elaborato strumenti di misurazione del rischio immigrazione: v., ad esempio, lo strumento predisposto nell'ambito del progetto Valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute con riferimento alla provenienza da altri Paesi avviato nel 2009 dopo la sottoscrizione di un protocollo d'intesa tra Asl di Brescia, Associazione industriale bresciana, Cgil, Cisl e Uil (in <https://www.cislbrescia.it/wp-content/uploads/2011/11/Un-progetto-sulla-sicurezza-per-i-lavoratori-stranieri.pdf>).

<sup>57</sup> N. NAPPO, *Self-perceived job insecurity and self-reported health: Differences between native-born and migrant workers based on evidence from the Sixth European Working Conditions Survey*, in *PLoS ONE*, 17(4), e0267252, 2022.

<sup>58</sup> I. ADAM, E. AGYEIWAH, F. DAYOUR, *Migrant worker inclusion and psychological well-being: Insights from the hospitality and tourism workplace*, in *Journal of Hospitality and Tourism Management*, 55, 2023, 448 ss.

<sup>59</sup> R. CAPASSO, M.C. ZURLO, A.P. SMITH, *Stress in factory workers in Italy: an application of the Ethnicity and work-related stress model in Moroccan factory workers*, in *Psychology and Developing Societies*, 30(2), 2018, 199 ss. I risultati dello studio evidenziano come le caratteristiche individuali, le caratteristiche del lavoro e le valutazioni personali influenzino gli esiti di salute: ad esempio, alti livelli di ricompense sono stati associati a un minore rischio di riferire disturbi interpersonali o di cattiva salute; la percezione di elevate esigenze lavorative è stata associata a un rischio più elevato di soffrire di disturbi di salute; la percezione dello *stress* lavorativo è stato associato a un maggior rischio di riferire un peggioramento della salute generale.

<sup>60</sup> P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2021, I, 537 ss.; R. NUNIN, *Fonti normative, responsabilità, sanzioni: i MOG tra cornice legislativa e pratica applicativa*, in AA. VV., *Modelli organizzativi e gestionali per la sicurezza sul lavoro. Analisi empirica e prospettive applicative*, Trieste, 2017, 37 ss.; P. PASCUCCI, L. ANGELINI, C. LAZZARI, *I "sistemi"*

Siffatti sistemi, fondati sul modello *risk based thinking*, riservano un significativo spazio all'analisi di rischio predittivo sugli aspetti organizzativi e gestionali<sup>61</sup>, assicurando una gestione sistemica della sicurezza, in grado di intercettare anche le disfunzioni che più pesano sulla salute del migrante<sup>62</sup>.

## 5. Informare e formare il lavoratore migrante

All'attività valutativa attenta alla condizione di migrante deve seguire un'azione *ad hoc* sul piano dell'informazione/formazione/addestramento, con misure che consentano ai lavoratori di conoscere i pericoli presenti in azienda e di avere consapevolezza delle situazioni rischiose (e, prima ancora, del ciclo produttivo e delle singole lavorazioni) e delle modalità per svolgere le attività in sicurezza. L'effettivo soddisfacimento dei diritti di informazione e formazione rende esigibile il dovere di attiva collaborazione del prestatore di lavoro al sistema di sicurezza aziendale imposto dall'art. 20 T.U.<sup>63</sup>.

L'informazione e la formazione devono essere commisurate ai rischi propri della realtà produttiva e della singola posizione lavorativa, «intesa nel senso sia di mansioni espletate e dei relativi rischi specifici che di tipologia contrattuale attraverso cui il lavoratore svolge la propria prestazione»<sup>64</sup>. Inoltre, devono essere dettagliate, complete e rese in modo chiaro e accessibile ai lavoratori<sup>65</sup> e riproposte con una «certa ricorrenza temporale» (pur senza gravare troppo sul datore<sup>66</sup>) e in ogni caso di cambio delle mansioni<sup>67</sup>.

Conseguentemente, non soddisferà il criterio di adeguatezza la mera affissione della normativa protettiva o l'apposizione di segnaletica/istruzioni d'uso sugli impianti o sui macchinari<sup>68</sup>, né il solo

*di vigilanza e di controllo nel diritto della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro e Diritto*, 2016, 621 ss.; S.M. CORSO, *Lavoro e responsabilità di impresa nel sistema del d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Torino, 2015.

<sup>61</sup> D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, 2014; G. D'ALESSANDRO, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo (artt. 30-300, d.lgs. n. 81/2008)*, in G. NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, San Mauro Torinese, 2015, 307 ss.

<sup>62</sup> Per una riflessione sul ruolo dei modelli in relazione alla sicurezza sul lavoro del migrante v. M. PERUZZI, *I modelli di organizzazione e gestione quali strumenti per garantire l'effettività delle norme di tutela della salute del lavoratore migrante*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *op. cit.*, 135 ss.

<sup>63</sup> L'imperizia del comportamento del lavoratore è direttamente ricollegabile alla sua mancata formazione ed informazione, la quale esclude la possibilità di riconoscere la condotta come anomala e imprevedibile: così Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2011, n. 11112.

<sup>64</sup> L. CAROLLO, *Informazione e formazione dei lavoratori*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2008, 492. In giurisprudenza: Cass. pen., Sez. III, 04 ottobre 2007, n. 4063; Cass. pen., Sez. IV, 16 novembre 2006, n. 41997.

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. IV, 20 dicembre 2007, n. 47137; Cass. pen., sez. IV, 7 dicembre 2006, n. 34352; Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2004, n. 41707; Cass. pen., sez. IV, 7 dicembre 2000, n. 12775.

<sup>66</sup> Così R. DEL PUNTA, *Sub artt. 36-37*, in L. MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro, I principi comuni*, a cura di C. ZOLI, Bologna-Roma, 2011, 451; M. CORRIAS, *Sicurezza e obblighi del lavoratore*, Torino, 2008, 84.

<sup>67</sup> Al cambio delle mansioni deve seguire un'adeguata formazione del lavoratore e informazione sui rischi della sua attività che richiede la non attribuzione di mansioni "indefinite", "fluide" che impediscano di definire in modo preciso il suo profilo professionale: Cass. n. 11112/2011, cit.

<sup>68</sup> Su tali profili, v. per tutte, Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 9923; Cass. pen., sez. IV, 21 aprile 2006, n. 14175; Cass. pen., sez. IV, 7 dicembre 2005, n. 44649.

“affiancamento” di un lavoratore “esperto”<sup>69</sup>; né potrà ritenersi adeguata un’azione formativa che si sostanzia in pochi e brevi incontri<sup>70</sup>.

La giurisprudenza rimarca la necessità che l’informazione e la formazione soddisfino il principio di effettività, ovvero siano indirizzate a «ciascun lavoratore», essendo individuabile in capo al datore un vero e proprio dovere di risultato, cioè di verifica che le nozioni siano state capite e assimilate dal destinatario che sia in grado di utilizzare correttamente i presidi di sicurezza<sup>71</sup>.

L’individualizzazione e la commisurazione dell’informativa e dei percorsi formativi a ciascuna posizione lavorativa, traslate sulla figura del migrante, comportano la «previa verifica della comprensione della lingua utilizzata» nel percorso. Onere, questo, che si sostanzia in un’operazione preliminare e integrativa che consiste perlopiù nella mera somministrazione di un test di comprensione della lingua, strumento insufficiente per definire la competenza linguistica dei lavoratori stranieri che spesso presentano serie difficoltà di lettura, scrittura e comprensione.

Tale onere assume un significato più rigoroso nell’ipotesi in cui il lavoratore migrante sia destinatario di una formazione “specificata” in quanto ricopra, nel sistema di prevenzione aziendale, un ruolo diverso da quello di “semplice” lavoratore: preposto, responsabile o addetto al SPP, dirigente, ecc. In tali casi l’eventuale deficit cognitivo del lavoratore si può tradurre in un’impossibilità oggettiva di vigilare sull’osservanza delle prescrizioni di sicurezza da parte dei sottoposti<sup>72</sup>, con conseguenze nefaste a cascata.

Per superare le difficoltà derivanti da eventuali limitate competenze linguistiche dei lavoratori stranieri, l’Accordo elaborato in sede di Conferenza Stato-Regioni il 21 dicembre 2011 in tema di “Formazione dei lavoratori”<sup>73</sup> indica, sia pure in modo esemplificativo, taluni possibili strumenti da porre in essere, come il supporto di un traduttore o di un mediatore interculturale<sup>74</sup>. Quest’ultima figura è molto utilizzata sul (mero) piano dell’interpretazione linguistica, non nella sua più complessa funzione di tramite culturale: una rimodulazione degli interventi formativi dovrebbe, invece, valorizzare il

<sup>69</sup> Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2004, n. 41642. Sul punto v. anche Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2006, n. 4161; Cass. pen., sez. IV, 17 ottobre 2006, n. 40294, per le quali non può attribuirsi alcun valore presuntivo al fatto che il lavoratore sia ritenuto esperto, non venendo meno, neppure in tale ipotesi, la necessità di un’adeguata formazione.

<sup>70</sup> Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 2013, n. 40605 ha condannato il datore di lavoro per aver omesso di assicurare informazioni sulla sicurezza, osservando che la formazione fornita al lavoratore – impartita mediante due incontri di quindici minuti ciascuno – non fosse adeguata.

<sup>71</sup> Cass. n. 40605/2013, cit., ha condannato un datore che avrebbe dovuto accertare se le “procedure scritte” di movimentazione consegnate ai lavoratori fossero state comprese e recepite dagli stessi e in particolare da quelli stranieri. In dottrina cfr. L. CAROLLO, *Informazione e formazione dei lavoratori*, cit., 491; M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002, 201.

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. III, 3 ottobre 2016 n. 41129 condanna il datore per omessa formazione del preposto straniero che in giudizio «non riusciva nemmeno a leggere in italiano la dichiarazione d’impegno a dire la verità» e che avrebbe dovuto vigilare sull’osservanza del PIMUS che era redatto in lingua italiana.

<sup>73</sup> Sulla formazione per la sicurezza negli accordi Stato-Regioni v. M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro*, cit., 157 ss.

<sup>74</sup> In più, in relazione alla formazione specifica del preposto si precisa, quanto ai contenuti, che sono incluse «tecniche di comunicazione e sensibilizzazione dei lavoratori, in particolare (..) stranieri».

mediatore quale facilitatore dei processi di comunicazione e di apprendimento, come suggeriscono gli esiti di talune sperimentazioni<sup>75</sup>.

L'Accordo precisa altresì che nei confronti dei lavoratori stranieri potranno essere previsti appositi programmi di formazione preliminare in modalità *e-learning* «anche ai fini di un più rapido abbattimento delle barriere linguistiche, onde garantire l'efficacia e la funzionalità dell'espletamento del percorso formativo e considerata l'attitudine dei sistemi informatici a favorire l'apprendimento».

Quanto ai contenuti, al di là dei vincoli normativi, l'intervento formativo, anche con il supporto della contrattazione collettiva<sup>76</sup>, andrebbe strutturato in modo da agire sui molteplici livelli di incomprensione riscontrabili: da quello prelinguistico, legato alla difficoltà di espressione dei vissuti interiori, a quello linguistico, derivante dalla mancata o scarsa conoscenza di una lingua "comune"; da quello metalinguistico, emergente da simbolizzazioni non condivise, a quello culturale e metaculturale, connesso alle differenze ideologiche, filosofiche, religiose, ecc.<sup>77</sup>.

Lo sviluppo delle indispensabili competenze linguistiche non è rimesso alla sola azione (e responsabilità) del datore di lavoro, almeno in relazione ai lavoratori extracomunitari: la riforma del 2012 del T.U. immigrazione collega il rilascio del permesso di soggiorno allo svolgimento di un'attività formativa di base, con l'obiettivo di favorire l'integrazione ovvero la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio nazionale «nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana»<sup>78</sup>.

In particolare, dal 10 marzo 2012 gli stranieri che richiedono il rilascio di un permesso di soggiorno devono sottoscrivere presso la Prefettura o la Questura un "accordo d'integrazione" con cui si impegnano, tra l'altro, ad acquisire un livello adeguato di conoscenza della lingua italiana parlata, una sufficiente conoscenza dei principi fondamentali della Carta costituzionale e dell'organizzazione e del funzionamento delle istituzioni pubbliche; una sufficiente conoscenza della vita civile in Italia, con peculiare riferimento agli obblighi fiscali e ai settori della sanità, della scuola, dei servizi sociali, del lavoro. Dal canto suo, lo Stato deve assicurare al sottoscrittore dell'accordo il godimento dei diritti fondamentali e la pari dignità sociale, senza distinzione alcuna, prevenendo ogni manifestazione di razzismo e di discriminazione; inoltre deve sostenere il processo di integrazione dello straniero e assicurargli la formazione civica e un adeguato supporto all'informazione sulla vita in Italia. Nel disciplinare l'accordo si richiede che nella «sessione di formazione civica e di informazione» lo straniero sia informato «sulla normativa di riferimento in materia di salute e sicurezza sul lavoro»; in caso di mancata partecipazione si determina la «perdita di 15 dei 16 crediti assegnati all'atto della sottoscrizione dell'accordo». All'accordo di integrazione è, infatti, legato un sistema di crediti costruito in modo da sollecitare il migrante

<sup>75</sup> V., per tutti, il progetto *Sicurezza e salute dei lavoratori stranieri del comparto edile*, promosso dall'INPM, Istituto nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti e per il contrasto delle malattie della povertà.

<sup>76</sup> Sulla contrattazione che spesso favorisce l'accesso a percorsi di scolarizzazione di base o la conoscenza della lingua italiana v. W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *op. cit.*, 213 ss.

<sup>77</sup> Su tali aspetti v. C. DELFINI, *Alfabetizzazione dei lavoratori stranieri per l'inclusione sociale nell'occupazione*, in *Quaderni AiFOS*, 3, 2012, 72 ss. Sulla conoscenza della lingua italiana come risorsa strumentale per sviluppare nuove relazioni e costruire una comunità inclusiva v. G. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 38; F. BATTISTON, *Sicurezza sul lavoro: informazione e formazione degli immigrati*, in *Igiene e Sicurezza del Lavoro*, 12, 2018.

<sup>78</sup> V. D.p.r. 14 settembre 2011, n. 179.

a mantenere fede al “patto” con lo Stato per conservare il permesso di soggiorno (i crediti aumentano in caso di frequenza di corsi di studi, registrazione di un contratto di affitto, scelta del medico di base, ecc., e diminuiscono a fronte della commissione di reati e gravi infrazioni della legge).

È evidente che tali previsioni dovrebbero evitare che lo straniero extracomunitario acceda al lavoro senza una formazione generale iniziale<sup>79</sup>.

In questa stessa direzione si colloca una recente misura introdotta dal d.l. n. 20/2023, per effetto della quale i lavoratori stranieri formati all'estero attraverso appositi programmi «di formazione professionale e civico-linguistica» potranno arrivare in Italia ed essere assunti al di fuori delle quote dei decreti flussi. Nelle *Linee Guida* che definiscono le modalità di predisposizione e valutazione di tali programmi si specificano i contenuti essenziali della formazione, rimarcandosi che la stessa dovrà prevedere necessariamente l'insegnamento della lingua italiana, elementi di educazione civica, nozioni in materia di lavoro e diritti dei lavoratori ed elementi di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro<sup>80</sup>. La formazione all'estero permetterà di realizzare progetti formativi direttamente nei Paesi d'origine dei cittadini stranieri e di integrare le altre forme di cooperazione internazionale con i Paesi Terzi per la gestione congiunta dei flussi migratori per motivi di lavoro e il rafforzamento dei canali d'ingresso regolari di lavoratori qualificati. Tuttavia, tale congegno sarà presumibilmente inutilizzato come strumento di reale incontro tra domanda e offerta di lavoro, scontando i medesimi limiti della misura come prevista già all'art. 23 del d.lgs. n. 286/98<sup>81</sup>.

## 6. Oltre la repressione: quali strumenti per un lavoro dignitoso?

La complessa gestione del fenomeno migratorio è materia incandescente e, pur volendo limitare lo sguardo ai profili che attengono alla salute e sicurezza sul lavoro, non ci si può fermare a un approccio a livello micro.

Il recente *restyling* avviato dal Governo Meloni si muove in continuità con il processo di progressiva marginalizzazione delle politiche d'integrazione dei migranti avviato nel nostro Paese ormai da oltre

<sup>79</sup> Sulla rilevanza pratica e politica-ideologica di tale accordo v., per tutti, V. PINTO, *op. cit.*, spec. 249 ss.

<sup>80</sup> Il cd. “Decreto Cutro” (d.l. n. 20/2023, come convertito dalla l. n. 50/2023) ha modificato l'articolo 23 del T.U. immigrazione, ponendo al di fuori delle quote del decreto flussi gli ingressi dei cittadini stranieri non comunitari residenti all'estero che abbiano completato programmi di formazione professionale e civico-linguistica approvati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. I programmi saranno valutati in base ai requisiti dei proponenti, alla rilevanza dei percorsi rispetto alla domanda di lavoro e all'organizzazione delle attività. Queste andranno realizzate in raccordo con le autorità locali, con il supporto della rete diplomatico-consolare, anche prestando attenzione alla vocazione produttiva dei territori coinvolti.

<sup>81</sup> Lo strumento di incontro a distanza tra domanda e offerta di lavoro già previsto all'art. 23 del d.lgs. n. 286/98 non ha mai funzionato a causa dell'indisponibilità dei datori di lavoro ad assumere a distanza lavoratori affidandosi ad attestati di formazione di origine non certa, ma anche a causa del fatto che tali meccanismi richiedono l'assunzione a livelli più elevati (e perciò più costosi) per la qualifica conseguita dal lavoratore. Sul nesso tra vecchio e nuovo meccanismo v. M. PAGGI, *Le “nuove” disposizioni in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri: il vecchio che avanza*, in *Questione Giustizia*, 6 aprile 2023.

un ventennio<sup>82</sup>. Non intervenire, infatti, rispetto a nodi critici della disciplina che si frappongono al pieno godimento del diritto alla salute dei migranti (anche) sul lavoro<sup>83</sup>.

Serve una riscrittura dei presupposti ispiratori della regolamentazione di cui al T.U. immigrazione coerente con quella che governa il mercato del lavoro e funzionale a far sì che i migranti si possano affrancare dalle condizioni di ricattabilità che li rendono vittime privilegiate di fenomeni di sfruttamento.

Mentre le esigenze di ordine pubblico continuano a prevalere sulla tutela dei diritti umani, occorre muoversi alla ricerca di soluzioni capaci di “sganciare” i diritti dei lavoratori rispetto allo *status* di migrante; soluzioni che riducano l’ambito di operatività della sanzione penale<sup>84</sup>, facendo spazio a misure di intermediazione legale della manodopera e di presa in carico dei lavoratori migranti più vulnerabili, nonché ad un approccio prevenzionistico e promozionale come sotteso al T.U. Sicurezza e a una tutela effettiva della salute e sicurezza sul lavoro del migrante.

In questa prospettiva, un ruolo significativo possono svolgere i modelli di organizzazione e gestione della sicurezza. Possono interessare la tutela della salute e sicurezza del lavoratore migrante tre tipologie di reati-presupposto: omicidio e lesioni colpose in violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro *ex art. 25-septies*; intermediazione illecita di manodopera *ex art. 603-bis c.p.* (art. 25-*quinquies*); impiego di cittadini di Paesi terzi con soggiorno irregolare (art. 25-*duodecies*). I protocolli che intercettano questi profili sono riconducibili, per un verso, al modello di cui all’art. 30 d.lgs. n. 81/2008 per prevenire tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori, compresi quelli relativi ai migranti; per l’altro verso, ai modelli volti a prevenire (anche) la reiterata violazione di norme in materia di orario di lavoro e le violazioni in materia di sicurezza, quali indici di grave sfruttamento lavorativo, che rilevano sia come elementi costitutivi della fattispecie *ex art. 603-bis c.p.*, sia come aggravanti nei reati-presupposto previsti dal T.U. immigrazione<sup>85</sup>.

Le sovrapposizioni tematiche sollecitano a riflettere sulla possibilità di costruire connessioni tra i diversi protocolli ovvero di definire protocolli multifunzionali<sup>86</sup> in cui si riservi attenzione a procedure di

<sup>82</sup> Su tale approccio, cui ha dato l’avvio la c.d. legge Bossi-Fini, v. W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, *op. cit.*, 213 ss.; M. D’ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2019, 463 ss.; M. MCBRITTON, *op. cit.*; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013. In vero, pur senza adeguato riscontro sul piano normativo, sul piano politico si registra l’assunzione di un impegno al miglioramento dei processi di inclusione sociale dei migranti: v., ad esempio, il *Protocollo d’Intesa per la prevenzione e il contrasto dello sfruttamento lavorativo in agricoltura e del caporalato*, del luglio 2021, nel cui contesto il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali si propone di «migliorare l’efficacia, l’equità, la trasparenza e la qualità del lavoro attraverso il rafforzamento dell’occupazione e il mantenimento delle condizioni di regolarità lavorativa delle categorie maggiormente vulnerabili, in particolare cittadini di Paesi terzi e vittime di sfruttamento».

<sup>83</sup> Per un primo esame v. <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/osservatori/osservatorio-italiano>.

<sup>84</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto a proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, in *Archivio penale*, 3, 2018, 1 ss.; A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Archivio penale*, 1, 2019, 1 ss.; V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, 289 ss.

<sup>85</sup> *Amplius* M. PERUZZI, *I modelli di organizzazione e gestione quali strumenti per garantire l’effettività delle norme di tutela della salute del lavoratore migrante*, cit., 135 ss.

<sup>86</sup> M. PERUZZI, *I modelli di organizzazione e gestione quali strumenti per garantire l’effettività delle norme di tutela della salute del lavoratore migrante*, cit., 141.

verifica che le tutele per il lavoratore migrante siano attivate, implementate e rispettate: dalla valutazione dei rischi “particolari” all’eliminazione delle barriere linguistiche e culturali, dalla formazione/informazione all’applicazione delle regole di prevenzione nella duplice direzione di evitare l’insorgere di malattie e/o infortuni sul lavoro ma anche di scongiurare lo sfruttamento lavorativo. Infatti i protocolli possono rilevarsi utili per intercettare criticità sul piano della salute e sicurezza del lavoratore migrante, per un verso, ai fini dell’attività valutativa, per l’altro, ai fini della garanzia dell’effettività delle tutele, quando, ad esempio, contengano sistemi di segnalazione degli illeciti da parte dei lavoratori per proteggerli rispetto a possibili atti ritorsivi (a tal riguardo, peraltro, la legge prevede una completa inversione dell’onere della prova a fronte di comportamenti ritorsivi datoriali)<sup>87</sup>.

A tali meccanismi devono affiancarsi azioni che insistono sul versante dell’integrazione, anche con il sostegno delle organizzazioni sindacali.

Il profilo relazionale costituisce uno snodo nevralgico in una prospettiva ampia, volta a gestire le diversità ed evitare le discriminazioni che possono integrare sul lavoro una fonte ulteriore di rischio e di pericolo di matrice sociale<sup>88</sup>. La diversità, alimentata dal fenomeno migratorio, deve rappresentare un’occasione preziosa di stimolo a costruire una società più equa e solidale muovendo dal contesto lavorativo. E, in questa direzione, un significativo contributo può venire dall’articolata regolamentazione predisposta dal legislatore dell’unione europea e da quello nazionale al fine di reprimere (nel mercato del lavoro e nel rapporto di lavoro) i fenomeni discriminatori che si verificano a danno dei lavoratori migranti e di attivare interventi positivi per compensarne la condizione di “svantaggio”<sup>89</sup> e favorirne la piena inclusione.

Solo attivando circuiti virtuosi tra integrazione, sicurezza e dignità si possono generare ricadute in termini di lavoro sicuro e dignitoso e, quindi, di contrasto allo sfruttamento e all’illegalità<sup>90</sup>. Un modello d’integrazione inadeguato (o addirittura assente) impedisce di far acquisire al lavoratore migrante la consapevolezza che lavorare in sicurezza non costituisce un mero adempimento normativo, bensì un “diritto” di cui esigere il rispetto e un dovere verso se stessi e la società in cui si vive. Eppure, tale consapevolezza è essenziale per restituire al lavoro la sua funzione di strumento vitale e fertile per la manifestazione ed estrinsecazione della personalità, dell’identità sociale, delle prerogative di cittadinanza e, più in generale, delle competenze socio-emotive di ciascuno. Proprio a partire dalla manodopera straniera, tradizionalmente «a basso costo e bassa esigibilità dei diritti»<sup>91</sup>, occorre recuperare la dimensione sociale del lavoro, riconoscendo il luogo di lavoro quale contesto privilegiato di

<sup>87</sup> M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ritorsivo nella l. 179/17 sul whistleblowing*, in *Lavoro e Diritto*, 2020, 33 ss.

<sup>88</sup> V.E. ALES, *Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*, in *Diritti Lavori Mercati*, 1, 2021, secondo cui si potrebbe «estrapolare una dimensione sociale di pericolo e rischio nella quale le discriminazioni possano essere inserite in considerazione dell’effetto collettivo diretto o indiretto delle azioni discriminatorie del datore» (45).

<sup>89</sup> D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un’indagine comparata per un modello «europeo» dell’antidiscriminazione*, Padova, 2008, 74.

<sup>90</sup> D. MARINO, *Dall’azienda all’insediamento informale: esperienze positive di integrazione e lavoro sicuro*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *op. cit.*, 201 ss.

<sup>91</sup> R. NUNIN, *Sicurezza sul lavoro e lavoratori immigrati*, cit., 87.

affermazione e piena realizzazione della *persona*, capace di valorizzare i contributi individuali e di fare leva sulla diversità per costruire un ambiente sano<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Il concetto di persona, riletto alla luce delle coordinate costituzionali, è un concetto concreto: «la persona è fatta di carne e di ossa, è portatrice di differenze irriducibili e di diseguaglianze da rimuovere»: così P. ALBI, *op. cit.*, 55. Sul concetto concreto di persona v. altresì L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1982, 1117 ss.



## The right to health care for migrants in Spain from a multilevel perspective

*Amalia Balaguer Pérez\**

**ABSTRACT:** This article analyses the right to health care in Spain from a multilevel perspective. The right to health is guaranteed by the Spanish Constitution, but it has not been interpreted by the Constitutional Court that there is a constitutional obligation to provide free health care to everyone in all cases, which, in the past, led to a situation in which the right to free health care was eliminated, with some exceptions, for some migrants. Spain also has international obligations regarding the right to health, derived from international treaties. The right to free health care is an essential right for the protection of the right to physical integrity and to life and health is a basic need for the lives of peoples without which it is difficult to live and exercise other rights.

**KEYWORDS:** Right to health; multilevel constitutionalism; Constitutional Law; social rights; migrants

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. The right to health at the international level – 3. The protection of health in EU – 4. The right to health in the Spanish Constitution – 5. Conclusions.

### 1. Introduction

**W**hen analyzing the right to health of migrants in Spain, it is necessary to do so from a multilevel perspective, focusing not only on the regulation of this right at the State level, but also on the obligations arising from international treaties and the European Union.

The right to health implies not only the right to health care, since health protection is also related to other aspects. However, these aspects will not be addressed in this article, which will focus on the right to health in its sense of right to health care, in the case of migrants.

Although the right to health care is found in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, this right is subject to the conditions established by national legislation and practices.<sup>1</sup> In the field of health, the European Union can only coordinate, support, or complement the action of the Member States, except with regard to “common safety concerns in public health matters, for the aspects defined in this Treaty”,<sup>2</sup> a matter in which competences are shared. As a consequence of the COVID-19

---

\* Assistant professor, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. Mail: [abalaquer@der.uned.es](mailto:abalaquer@der.uned.es). The article was subject to a blind review process.

<sup>1</sup> Everyone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all the Union’s policies and activities.

<sup>2</sup> TFEU, art. 4. 2. k.

pandemic, the European Commission has proposed a European Health Union. The Communication by the Commission is accompanied by the proposal, among others, to update the Decision on serious cross-border health threats.<sup>3</sup>

In addition to the need to strengthen coordination in matters of health emergencies, at Union level the right of everyone to access affordable, preventive and curative healthcare of good quality has been included in the European Pillar of Social Rights.<sup>4</sup>

In the Spanish Constitution, the right to health is found in article 43, which recognizes the right to health, it establishes the obligation of public authorities to protect public health through preventive measures and the necessary benefits and services, and it provides that the law will establish the rights and duties of everyone in this regard.<sup>5</sup> This right is not considered a fundamental right, due to its location in Chapter III of Title I of the Constitution, which means that health care can be demanded as a right only according to what is established by law. However, its undoubted relationship with other rights that are considered fundamental, as is the case with most social rights, implies the need for this right to be protected for everyone. Rights such as the right to life and physical integrity are directly affected by lack of health care and, indirectly, other rights are affected as well, since poor health has an impact on all areas of a person's life. Thus, although some authors understand that from a formal point of view the right to health is not a fundamental right, they do consider that "in certain cases, due to its complex structure and its relationship with other fundamental rights such as the right to life and physical integrity, it can take on the character of a materially fundamental right with a minimum nuclear content resistant to the actions of the legislative and executive powers and susceptible to judicial control".<sup>6</sup> On the other hand, it has also been understood that "the right to health presents different constitutional features in that its protection is directly related to the maintenance of the psychophysical state of the citizen and, ultimately, his life. From this point of view, the State's obligation to protect this right is much more intense than in other guiding principles".<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, *The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, 2020.

<sup>4</sup> European Pillar of Social Rights, 16.

<sup>5</sup> 1. The right to health protection is recognised. 2. It is incumbent upon the public authorities to organise and safeguard public health by means of preventive measures and the necessary benefits and services. The law shall establish the rights and duties of all concerned in this respect. 3. The public authorities shall promote health education, physical education and sports. Likewise, they shall encourage the proper use of leisure time.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, *The Spanish Constitution*, available in: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>.

<sup>6</sup> L.E. DELGADO DEL RINCÓN, *Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia*, in P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA, *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza, 5, citing L.E. DELGADO DEL RINCÓN, *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia, 2019, 133-134; F. REY MARTÍNEZ, *Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 41, 2018, 288-291 and J.J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2001, 112.

<sup>7</sup> F. M. PINTO PALACIOS, *Consideraciones éticas y jurídicas acerca de la exclusión de la población inmigrante del derecho a la protección de la salud*, in *Dilemata*, año 7, 19, 2015, 103-133, 119-120. From this perspective, it can be stated, following Del Rey Guanter, that it is a subjectivated principle, cf. S. DEL REY GUANTER, *El derecho a la*

In Spain, a public health system was established in 1986 with the General Health Act 14/1986, although the implementation of free health care was gradual.<sup>8</sup> However, the Act guarantees the right to health care for Spanish and foreign residents and not for non-resident foreigners, for whom the Act refers to law and international conventions.<sup>9</sup>

Although currently the right to health care is guaranteed for all Spanish and foreign people in general,<sup>10</sup> this right has been unprotected in previous years. After a legislative reform carried out in 2012, most of publicly funded health care was limited to part of the migrants, only those who had a residence permit, a situation that remained until 2018.

On the other hand, the obligations of Spain derived from international treaties cannot be ignored. In this sense, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights stands out, which recognizes the right to health for everyone and establishes the obligation to adopt measures to progressively achieve the effectiveness of the rights recognized by the Covenant.

## 2. The right to health at the international level

The right to health is protected in some international treaties to which Spain is a party. In the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights this right is found in article 12, which recognizes the “right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”. The right is formulated as a right of everyone, regardless of their origin or situation. This right is realised through some measures of which we can highlight, in relation to health care, those necessary for creating “conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness”. Spain is bound by the obligations of this Covenant, having ratified it in 1977. Likewise, Spain has accepted the procedure for communications to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, contained in the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, although the result of a communication to the Committee, which may be submitted by individuals or groups of individuals under the jurisdiction of a State party,<sup>11</sup> to the Committee, is only recommendations by the Committee.<sup>12</sup>

In analyzing the obligations derived from this Covenant, we must take into account article 2, which establishes that each State party undertakes to take steps “to the maximum of its available resources,

---

*protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional, in Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 6, 1998, 161-168.*

<sup>8</sup> The preamble states that the application of free healthcare benefits will be progressive.

<sup>9</sup> *General Health Act 14/1986*, article 1.

<sup>10</sup> Act 16/2003, of May 28, of quality and cohesion of the National Health System.

<sup>11</sup> *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, art. 2.

<sup>12</sup> *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, art. 9:

After examining a communication, the Committee shall transmit its views on the communication, together with its recommendations, if any, to the parties concerned.

The State Party shall give due consideration to the views of the Committee, together with its recommendations, if any, and shall submit to the Committee, within six months, a written response, including information on any action taken in the light of the views and recommendations of the Committee.

The Committee may invite the State Party to submit further information about any measures the State Party has taken in response to its views or recommendations, if any, including as deemed appropriate by the Committee, in the State Party's subsequent reports under articles 16 and 17 of the Covenant.

with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures". Therefore, although the State does not have the obligation to ensure medical assistance and services to everyone immediately, it does have the obligation to adopt measures to achieve this right. Therefore, it follows that the State should not adopt legislative measures that, instead of pursuing the effectiveness of the right for everyone, restrict this right to specific groups of people. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has affirmed that the Covenant imposes "an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal", also indicating that "any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources".<sup>13</sup> There is also a minimum, non-progressive obligation to ensure the satisfaction of at least an essential level of the rights, so "a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant".<sup>14</sup> From which it is understood that the denial of essential primary health care to migrants would not be in accordance with the International Covenant.

More specifically about the right contained in art. 12 of the Covenant, General Comment 14<sup>15</sup> includes economic accessibility or affordability among the essential elements of this right, so everyone must be able to afford health services,<sup>16</sup> although the precise application of these elements "will depend on the conditions prevailing in a particular State party".<sup>17</sup> Therefore, although free health care for everyone is not mandatory, according to the Covenant and its interpretation, health care does have to be affordable enough so that everyone can access it, from which it can be understood that it should be free for people without means. The Comment emphasizes equal access and that "States have a special obligation to provide those who do not have sufficient means with the necessary health insurance and health-care facilities".<sup>18</sup> Regarding discrimination, the Committee indicated at the time, in relation to Spain, that it should take "the necessary steps to ensure that irregular migrants have access to all necessary health-care services, without discrimination, in accordance with articles 2 and 12 of the Covenant".<sup>19</sup>

Therefore, as Sobrino Guijarro states, "the Committee establishes a comprehensive content of the right to health that, in addition to explicitly including the group of illegal immigrants, incorporates in

<sup>13</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 3: The nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1, of the Covenant), 1990, 9.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 10.

<sup>15</sup> *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health* (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2000.

<sup>16</sup> *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health* (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2000, 12.b.iii.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 12.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>19</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations on the sixth periodic report of Spain*, 2018, 42.

its minimum content a duty of health care manifestly more complete than mere emergency assistance”.<sup>20</sup>

Although the fulfillment of this duty is progressive, within the scope of this right there are two immediate obligations: to guarantee that the right is exercised without discrimination and to take deliberate and concrete steps towards the full realization of the right.<sup>21</sup>

In summary, the obligations of the International Covenant for the States that have ratified it, including Spain, regarding the right to health, imply that there must be a tendency, albeit progressive, towards health care for everyone, regardless of nationality, in a way that is affordable enough so that everyone can access it, and there is also the obligation to guarantee an essential minimum.

On the other hand, Spain has also signed the revised European Social Charter, and has recently ratified it, as well as the Additional Protocol to the European Social Charter, which contains the system of collective complaints.<sup>22</sup> Part II of the revised Charter contains the right to the protection of health in Article 11, establishing only that the Parties must adopt appropriate measures to eliminate, as far as possible, the causes of ill-health, to provide advisory facilities in order to promote health and to prevent as far as possible epidemic and endemic diseases and accidents. Part I of the revised Charter establishes in point 11 that “everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable”. Furthermore, Article 13 of Part II<sup>23</sup> contains the right to social and medical assistance, and it establishes that the Parties must ensure that “any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition”.

Regarding whether the Charter applies equally to everyone, the appendix to the Charter indicates that “without prejudice to [...] Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned, subject to the understanding that these articles are to be interpreted in the light of the provisions of Articles 18 and 19”. Therefore, the protection of the Charter regarding the protection of health, article 11, and the right to medical care, article 13, would only extend in principle to some migrants, specifically, those who have legal residence or work within the State Party and who are nationals of another State Party, there being also specific provisions for refugees and stateless persons.<sup>24</sup> Article 13 of the revised Charter (the right to social and medical

---

<sup>20</sup> I. SOBRINO GUIJARRO, *Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España*, in *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2013, 139. Own translation.

<sup>21</sup> *General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health* (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2000, 30.

<sup>22</sup> *European Social Charter*, ratifications: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/signatures-ratifications>.

<sup>23</sup> Also in Part I, art. 13: Anyone without adequate resources has the right to social and medical assistance.

<sup>24</sup> *European Social Charter* (revised). Appendix. Scope of the Revised European Social Charter in terms of persons protected: [...] 2. Each Party will grant to refugees as defined in the Convention relating to the Status of Refugees, signed in Geneva on 28 July 1951 and in the Protocol of 31 January 1967, and lawfully staying in its territory, treatment as favourable as possible, and in any case not less favourable than under the obligations accepted by the Party under the said convention and under any other existing international instruments applicable to those refugees.

assistance) establishes that the Parties must apply the provisions contained in this article “on an equal footing with their nationals to nationals of other Parties lawfully within their territories, in accordance with their obligations under the European Convention on Social and Medical Assistance, signed at Paris on 11 December 1953”.

Despite this, in interpreting the appendix, the Committee has generally concluded on this restriction that it “should not be read in such a way as to deprive foreigners coming within the category of unlawfully present migrants of the protection of the most basic rights enshrined in the Charter or to impair their fundamental rights such as the right to life or to physical integrity or the right to human dignity”.<sup>25</sup> However, the Committee also states that the application of the Charter to unlawfully present migrants is exceptional and would be justified “solely in the event that excluding unlawfully present foreigners from the protection afforded by the Charter would have seriously detrimental consequences for their fundamental rights (such as the right to life, to the preservation of human dignity, to psychological and physical integrity and to health) and would consequently place the foreigners in question in an unacceptable situation, regarding the enjoyment of these rights, as compared with the situation of nationals and of lawfully resident foreigners”.<sup>26</sup> On the other hand, the Committee has also indicated that the States Parties “have guaranteed to foreigners not covered by the Charter rights identical to or inseparable from those of the Charter by ratifying human rights treaties – in particular the European Convention on Human Rights – or by adopting domestic rules whether constitutional, legislative or otherwise without distinguishing between persons referred to explicitly in the Appendix and other non-national persons. In doing so, the Parties have undertaken these obligations”. Although the Committee has stated that “these obligations do not in principle fall within the ambit of its supervisory functions”.<sup>27</sup>

This interpretation, in relation to the States Party to the Charter having ratified human rights treaties, has been used in a specific case to apply article 11 to foreign minors unlawfully present or resident in a country.<sup>28</sup> It depends, however, on the interpretation made, since the Committee only notes that this applies in “certain cases and under certain circumstances”.

---

3. Each Party will grant to stateless persons as defined in the Convention on the Status of Stateless Persons done in New York on 28 September 1954 and lawfully staying in its territory, treatment as favourable as possible and in any case not less favourable than under the obligations accepted by the Party under the said instrument and under any other existing international instruments applicable to those stateless persons.

<sup>25</sup>European Committee of Social Rights, *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Decision on the merits of the Complaint 69/2011, Assessment of the Committee, 28.

<sup>26</sup> *Ibid.*, 35: “However, although the restriction of personal scope contained in the Appendix does not prevent the application of the Charter’s provisions to unlawfully present foreign migrants (including accompanied or unaccompanied minors) in certain cases and under certain circumstances, the Committee wishes to underline that an application of this kind is entirely exceptional. It would in particular be justified solely in the event that excluding unlawfully present foreigners from the protection afforded by the Charter would have seriously detrimental consequences for their fundamental rights (such as the right to life, to the preservation of human dignity, to psychological and physical integrity and to health) and would consequently place the foreigners in question in an unacceptable situation, regarding the enjoyment of these rights, as compared with the situation of nationals and of lawfully resident foreigners”.

<sup>27</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions 2004, General introduction*, 5 and 6.

<sup>28</sup> European Committee of Social Rights, *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Decision on the merits of the Complaint 69/2011, Assessment of the Committee, 101: “For this reason, the Committee has

However, the European Committee of Social Rights considered, with respect to article 11 and the exclusion in Spain of foreigners in an irregular situation from access to health care in general that “this denial of access to health care for adult foreigners (aged over 18 years) present in the country irregularly is contrary to Article 11 of the Charter”.<sup>29</sup>

Regarding the general obligations contained in Article 11, it has stated that it requires States “to take appropriate measures to remove the causes of ill-health and that, as interpreted by the Committee, this means, inter alia, that States must ensure that all individuals have the right of access to health care and that the health system must be accessible to the entire population”.<sup>30</sup>

It is concluded that the interpretation that has been made of this article may depend on the ratification that the States have made of other Treaties that contain rights identical or inseparable from those of the Charter and that, although it depends on each specific case, it has been appreciated in some cases that foreigners should not be denied health care regardless of their situation. In terms of content, the right to health in the Charter has been interpreted by the Committee as a right to have access to accessible health care.

Regarding the right contained in article 13, the right to social and medical assistance, this is a different right from that contained in article 11, and it has been interpreted that medical assistance is guaranteed by article 13 in the case of an exceptional situation that endangers the life of any person at risk of social exclusion.<sup>31</sup> In this sense, it must be taken into account that article 13 includes the right to social and medical assistance for people who do not have sufficient resources.<sup>32</sup>

Likewise, the Committee holds “that legislation or practice which denies entitlement to medical assistance to foreign nationals, within the territory of a State Party, even if they are there illegally, is contrary to the Charter”.<sup>33</sup> The application of article 13 of the Charter beyond the restrictions set out in

---

already applied its teleological interpretation of the personal scope of the Charter in respect of Article 11§ 1, noting that the States Parties ‘have guaranteed to foreigners not covered by the Charter rights identical to or inseparable from those of the Charter by ratifying human rights treaties – in particular the European Convention of Human Rights – or by adopting domestic rules whether constitutional, legislative or otherwise without distinguishing between persons referred to explicitly in the Appendix and other non-nationals. In so doing, the Parties have undertaken these obligations.’ (Conclusions 2004, Statement of interpretation on Article 11”.

<sup>29</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions XX-2, Spain, Articles 3, 11, 12, 13 and 14 of the 1961 Charter*, November 2014, 13. Available in: [https://www.idhc.org/arxiu/noticies/1418903800-SpainXX2\\_en.pdf](https://www.idhc.org/arxiu/noticies/1418903800-SpainXX2_en.pdf).

<sup>30</sup> *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Complaint No. 69/2011, decision on the merits, 2012, 100: “With specific regard to Article 11, the Committee points out that paragraph 1 requires States Parties to take appropriate measures to remove the causes of ill-health and that, as interpreted by the Committee, this means, inter alia, that States must ensure that all individuals have the right of access to health care and that the health system must be accessible to the entire population”.

<sup>31</sup> M. S. ANDRZEJ, M. WUJCZYK, *The European Social Charter as a basis for defining social rights for EU citizens*, in F. PENNING, M. SEELEIB-KAISER (Ed.), *EU Citizenship and Social Rights: Entitlement and Impediments to Accessing Welfare*, Cheltenham and Northampton, 2018, 13.

<sup>32</sup> Article 13 – The right to social and medical assistance

With a view to ensuring the effective exercise of the right to social and medical assistance, the Parties undertake: 1. to ensure that any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition.

<sup>33</sup> European Committee of Social Rights, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, Decision on the merits of the Complaint 14/2003, 32.

the Appendix can take place “only insofar as any shortcomings in the implementation of the obligations set out in the article are likely to impair the most fundamental rights of the persons in question such as the rights to life, psychological and physical integrity and preservation of human dignity”.<sup>34</sup> It has been interpreted as a right that cannot be made dependant, by States, on periods of residence or legal status.<sup>35</sup>

In accordance with the protection of article 13, the right that foreigners in an irregular situation have is a right to emergency medical assistance.<sup>36</sup> Therefore, migrants have the right to medical assistance in case of emergency in any case.

Finally, according to Part III of the Charter, States only have to consider themselves bound by a certain number of articles in Part II, among which Article 13 can be found. However, Spain has accepted all the articles of the Charter, therefore, the obligations of articles 11 and 13 apply in it.

### 3. Protection of health in the European Union

As indicated above, the European Union can only coordinate, support, or complement the action of the Member States, so it cannot decide on the scope of the health protection of migrants, although competences are shared in “common safety concerns in public health matters, for the aspects defined” in the TFEU.<sup>37</sup> In the area of public health the Union “shall complement national policies, shall be directed towards improving public health, preventing physical and mental illness and diseases, and obviating sources of danger to physical and mental health”.<sup>38</sup> In any case, the right established in the CFREU is a right of “everyone”.

On the other hand, there are obligations in relation to migrants with European citizenship. In this sense, people with European citizenship have a right to health care in any country of the Union in which they reside, under the same conditions as nationals of that country, although this does not imply that the assistance is free since the expenses will be in charge of the health insurance that they have contracted.<sup>39</sup> Therefore, in the European Union it is necessary to differentiate the rights of European migrants from those who come from non-EU countries.

In relation to the protection of health, some policies at the level of the Union can be highlighted. The influence that lack of health has on all areas of life has been noticed, as well as how it can influence

<sup>34</sup> *Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Complaint No. 69/2011, decision on the merits, 23rd October 2012, 121: “The Committee would also point out that, in the case of exceptional application of the provisions of the Charter, extending beyond the restriction set out in paragraph 1 of the Appendix, Article 13 can apply to the persons concerned by this application (foreign minors present unlawfully) only insofar as any shortcomings in the implementation of the obligations set out in the article are likely to impair the most fundamental rights of the persons in question such as the rights to life, psychological and physical integrity and preservation of human dignity”.

<sup>35</sup> M. S. ANDRZEJ, M. WUJCZYK, *op. cit.*, p. 15.

<sup>36</sup> Secretariat of the Committee, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, citing several cases, 149.

<sup>37</sup> TFEU, art. 4. 2. k.

<sup>38</sup> TFEU, art. 168.

<sup>39</sup> L. E. DELGADO DEL RINCÓN, *cit.*, *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, 42.



the integration of people from third countries. In this sense, the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, on the Action Plan for the integration of third country nationals, highlights that “ill health and lack of access to health services can be a fundamental and ongoing obstacle to integration, with an impact on virtually all areas of life” and that “during the first reception phase, ensuring access to healthcare is essential”. It is established that the Commission “will promote the use of EU funds for [...] health and social infrastructures for third country nationals”.<sup>40</sup>

On the other hand, Regulation 2021/522 of the European Parliament and of the Council of 24 March 2021 establishing a Programme for the Union’s action in the field of health (‘EU4Health Programme’) for the period 2021-2027 contains relevant provisions regarding the protection of the health of migrants since one of its objectives is to achieve universal health coverage<sup>41</sup> and it plans funding for actions that implement the objectives listed in the Regulation.<sup>42</sup> One of the eligible actions that is listed is “supporting the strengthening of primary care and reinforcing the integration of care, with a view to providing universal health coverage and equal access to good quality healthcare”.<sup>43</sup>

Also, the Communication from the Commission on effective, accessible and resilient health systems, from 2014, indicates that “health systems must be accessible” and must not exclude parts of the population.<sup>44</sup>

Therefore, in conclusion, although the European Union only has support competences regarding health, some Union institutions have supported the extension of the right to health, and to health care, to everyone. Likewise, the Charter of Fundamental Rights of the European Union includes this right for everyone.

#### 4. The right to healthcare in the Spanish Constitution

As it has been indicated, the right to health is found in article 43 of the Spanish Constitution, among the guiding principles of economic and social policy, and it is not considered a fundamental right. Although the formulation of the right to health in the Spanish Constitution does not refer to who the holders of this right are, it has sometimes been limited for some migrants.

Article 13 of the Constitution contains the general provision on the rights of foreign people, indicating that they will be holders of the rights in the terms established by the treaties and the law. However, the Constitutional Court has considered that there are rights that belong to the person as such and not as a citizen and that therefore do not depend on their legal regulation, so that everyone is entitled to

---

<sup>40</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Action Plan for the integration of third country nationals, 2016, 4.1.4.*

<sup>41</sup> *Regulation 2021/522 of the European Parliament and of the Council of 24 March 2021 establishing a Programme for the Union’s action in the field of health (‘EU4Health Programme’) for the period 2021-2027, art. 4. G: “enhancing access to quality, patient-centred, outcome-based healthcare and related care services, with the aim of achieving universal health coverage”.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, art. 12.

<sup>43</sup> *Ibid.*, Annex I, 7.b.

<sup>44</sup> *Communication from the Commission on effective, accessible and resilient health systems, 2014, 3.*

them. These are the rights essential to guarantee human dignity, which will depend on the interpretation made in each case. In the case of other rights that are not considered as essential to guarantee human dignity, it will depend on what the treaties and laws establish, while in the case of others the Constitution clearly establishes that only Spanish people are holders of them.<sup>45</sup>

Therefore, those rights essential to guarantee human dignity are rights of everyone, of which the Court mentions the right to life and physical and moral integrity, among others.<sup>46</sup> It depends on interpretation whether a right is protected for everyone or only for nationals.

There is no single notion of human dignity, defined by the Constitutional Court as “a spiritual and moral value inherent to the person, which is singularly manifested in conscious and responsible self-determination of one’s own life and which is accompanied by a claim for the respect of others”<sup>47</sup>. Vidal Fueyo highlights that it is risky to classify rights according to their connection with the dignity of the person as it is a fragile concept “that can rest on very respectable arguments from an ethical perspective, but not very consistent ones from a strictly legal perspective, and of course, it is not the subjective perceptions of what the ‘dignity of the person’ is that can guarantee an area of legal certainty and exclude the arbitrariness of the interpreter”.<sup>48</sup> It is a concept with a large degree of imprecision. The definition made by the Constitutional Court depends on what is understood by “conscious and responsible self-determination of one’s own life” and what is more difficult to specify is what rights are essential for that self-determination.

The Constitutional Court, in judgment 236/2007 of November 7, summarizes its jurisprudence on those rights that belong to the person as such, inherent to the dignity of the human person: the right to life, to physical and moral integrity, to privacy, to freedom of ideology, to effective judicial protection, to liberty and security and to not to be discriminated against, indicating that it is not a closed list and that “the degree of association with human dignity of a specific right will be a decisive factor”.<sup>49</sup> In this sense, the Court has stated that “application of the criterion established by this Court for determining whether or not a specific right belongs to this group presents problems in that all fundamental rights, by their very nature, are associated with human dignity”, reiterating that the dignity of the person means the obligation to recognize everyone the rights that are essential to guarantee it, which is why linking a right with dignity is insufficient. On the contrary, “the degree of connection of a specific right with dignity should be determined on the basis of its content and nature, which will in turn permit specification of the extent to which it is essential for the dignity of a person perceived as a subject of law”.<sup>50</sup> The Court has established that in order to identify these rights, essential to ensure human dignity, and their content, attention must be paid to the essential content of the rights:

<sup>45</sup> Judgment of the Constitutional Court 107/1984, of November 23, Conclusions of law, 3 and 4.

<sup>46</sup> *Ibid.*, Conclusions of law, 3.

<sup>47</sup> Judgment of the Constitutional Court 53/1985, of April 11, Conclusions of law, 8. Unofficial translation, available in: <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/53-1985,%20of%20April%2011.pdf>.

<sup>48</sup> M. C. VIDAL FUEYO, *La jurisprudencia del tribunal constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, January-April, 2009, 353-379, 359.

<sup>49</sup> Judgment of the Constitutional Court 236/2007, of November 7, Conclusions of Law, 3. Unofficial translation, available in: <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/236-2007,%20of%20November%2007.pdf>.

<sup>50</sup> *Ibid.*, Conclusions of law, 3. Unofficial translation.

“we should proceed in each case on the basis of the abstract type of right and the interests which it basically protects, (that is, its essential content as we defined in SJCC 11/1981, of 8 April, 101/1991, of 13 May and ATC 334/1991, of 29 de October) in order to decide if and to what extent they are inherent in the dignity of the human person perceived as a subject of law, namely as a free and responsible member of a legal community meriting that title and not as a mere object of the exercise of public powers”.<sup>51</sup>

It is about considering the interests that the right protects to determine the connection that it has with dignity.

Finally, the Court has also understood that, to determine what these rights are, “the Universal Declaration of Human Rights and the other international treaties and agreements on the same matters ratified by Spain” are of special relevance.<sup>52</sup>

On the other hand, the Constitutional Court has considered that it may be constitutional to make a differentiation in the law between foreign people according to their residence status, as long as this differentiation does not violate constitutional precepts or principles.<sup>53</sup>

Therefore, it is concluded, with respect to the rights of foreign persons, that they are holders in any case of the rights that are considered essential to guarantee human dignity, while other rights may be limited to a greater extent to foreigners, although the content defined for the right by the Constitution or the International Treaties signed by Spain cannot be affected.<sup>54</sup> Differences may also be established between foreign people according to their administrative situation, in the event that this situation is a requirement that prevents them from “exercising specific rights or contents thereof which, by their very nature, are incompatible with an irregular situation”. Furthermore, “the conditions for exercising these rights and freedoms of foreigners in Spain” that the legislator establishes “shall only be constitutionally valid if, respecting their essential content (art. 53.1 SC), they are designed to preserve other rights, property or interests which are constitutionally protected and which are suitably proportionate to the intended purpose”.<sup>55</sup> When a right is directly recognized for foreigners in the Constitution, the legislator cannot freely configure its content and, although it is possible to establish conditions for the exercise of the right by foreigners, they must respect constitutional provisions.<sup>56</sup>

The possibility of establishing differences between foreign people according to their administrative situation would be impossible regarding those rights that belong to the person as such and this has been affirmed by the Court by indicating that one cannot deny its exercise to foreigners, irrespective of their situation.<sup>57</sup> It is therefore possible to establish distinctions between foreign people regarding those rights that are considered of legal configuration. The Court has specified that the legislator may “require foreigners to obtain authorisation for their stay or residence as a requisite for the exercise of

<sup>51</sup> *Ibid.*, quoting judgment of the Constitutional Court 91/2000, of March 30. Unofficial translation.

<sup>52</sup> Judgment of the Constitutional Court 91/2000, of March 30, Conclusions of law, 7. Own translation.

<sup>53</sup> Judgment of the Constitutional Court 236/2007, of November 7, Conclusions of laws, 2: “Although the Constitution does not distinguish between foreigners based on the regularity of their situation or residence in Spain, it may however be constitutional for the law to address this difference in order to configure the legal status of foreigners, provided that in doing so no constitutional precepts or rights are violated”. Unofficial translation.

<sup>54</sup> *Ibid.*, Conclusions of law, 4, Judgment of the Constitutional Court 242/1994, of July 20, Conclusions of law, 4.

<sup>55</sup> *Ibid.* Unofficial translation.

<sup>56</sup> Judgment of the Constitutional Court 115/1987, of July 7, Conclusions of law, 3.

<sup>57</sup> Judgment of the Constitutional Court 236/2007, of November 7, Conclusions of law, 3.

constitutional rights which, by their very nature, make it impossible to fulfil the requirements that the same law has established for entering and remaining in Spanish territory”,<sup>58</sup> which cannot be specifically deduced from the right to health care as there is no need, in itself, of authorization of residence in order to be able to access health care.<sup>59</sup>

Fundamental rights, those contained in Section 1 of Chapter II of Title I of the Constitution, except for explicit exceptions, are rights of everyone.<sup>60</sup> There is less clarity regarding other rights not considered fundamental rights, such as the right to health. These rights, however, are closely related to fundamental rights. Specifically, the right to health, as it has already been highlighted, cannot be completely separated from the right to life and physical integrity, and, indirectly, it is also closely related to other rights, since health is a basic need for the lives of people, without which it is difficult to live and exercise other rights. As Solozábal Echavarría has affirmed, social rights are “true fundamental rights, which derives from the indispensability of the faculties in which such rights consist, at least in the case of large sectors of the population, in order to lead a dignified life or be able to fully develop as individuals”.<sup>61</sup>

Specifically, the Constitutional Court ruled on the right to health in judgment 95/2000, in which it does not understand the right to health as one of the rights that belong to the person as such, essential for the guarantee of human dignity, but it considers it inserted in the group of rights that people may be entitled to in accordance with what is established in Treaties and laws.<sup>62</sup> Therefore, with this interpretation, although it may be debatable, it is only possible to connect the right to health, and consequently to health care benefits, with human dignity, in that which is related to the right to physical integrity and to life. Therefore, this distinction between rights essential for human dignity and others is complex, since if health is essential for the exercise of other rights, its connection with human dignity is as close as theirs.

<sup>58</sup> *Ibid.*, Conclusions of law, 4.

<sup>59</sup> From 2009 registration of residency was necessary, which, although it meant its own problems for migrants in an irregular situation, did not require that there was authorization of residence: “art. 12.1 of LO 4/2000, of January 11, on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration (hereinafter LOEX), in the wording modified by LO 2/2009, of December 11, attributed the right to health care, under the same conditions as Spanish people, to foreigners who were in Spain (regardless of their legal or administrative situation) as long as they were registered in the register of inhabitants of the municipality in which they had their habitual residence. The criterion used to attribute the right to health protection to foreigners was effective residence in a municipality [...] Unregistered foreigners, those who did not have an effective residence, could access health care through the emergency service in cases of serious illness or accident, just like temporary residents.

The requirement of municipal registration to exercise the right to health care (and other social rights) solved some problems (2), but also caused certain difficulties for irregular immigrants, such as having to comply with and overcome numerous bureaucratic procedures, with the addition of not knowing the language”. L.E. DELGADO RINCÓN, *El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 163, 2014, 189-231, 191. Own translation.

<sup>60</sup> J. M. PORRAS RAMÍREZ, *Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXIV, 2018, 212.

<sup>61</sup> J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, *Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales*, in *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, 112.

<sup>62</sup> Judgment of the Constitutional Court 95/2000, of April 10, Conclusions of law, 3.

The absence of treatment for illness represents damage to physical integrity and possibly to life. However, regarding the right to physical integrity, the Constitutional Court has limited the connection between this right and the right to health, so that the right to physical integrity is only infringed in cases in which there is a serious and immediate danger to health.<sup>63</sup> In this regard, it is difficult to agree with this interpretation by which only an immediate health danger means damage to physical integrity or life, since clearly the absence of medical treatments will affect the physical integrity of a person, even if it is in the long term.<sup>64</sup> Lack of healthcare can seriously endanger health, which necessarily affects life and physical integrity.<sup>65</sup>

Aside from this connection and interrelation of rights, it has also been stated that the appeal to the principle of the dignity of the person contributes to the definition and recognition of rights and it is aimed at completing “the characterization and guarantee of the so-called prestational rights”.<sup>66</sup>

The Constitutional Court has considered that “the claim of universality accepted by art. 43 SC has been articulated in accordance with the legal provisions existing at a given time, without up to now having meant the unconditional right of any resident or transient person who is in Spain to obtain all kinds of health benefits free of charge”<sup>67</sup> and that “it is possible, in constitutional terms, a lack of identity between the right to universal access to the public health system by that ‘everyone’ of art. 43 SC, with that access to public health care including benefiting from a specific regime of free healthcare benefits or subsidized healthcare benefits charged to public funds”.<sup>68</sup> In this regard, without free health services, universal access to the public health system is not possible since there will always be people without resources who will not be able to access it.

In any case, the right to health care (as part of the right to health in article 43), in relation to foreigners, depends, therefore, on what is established in the law.

Currently, this recognizes the right to health care for everyone, nationals and foreigners, regardless of the administrative situation of migrants. This is a relatively recent regulation after health care from public funds was limited in 2012 to part of migrants, specifically, those who had authorization to reside in the territory, while for the rest of migrants there would only be emergency health care and pregnancy, childbirth and postpartum care for adults, while assistance was not limited for minors.<sup>69</sup> This regulation left numerous people out of the free health care system, many of whom, it is understood, had to interrupt treatments already in progress,<sup>70</sup> a situation of exclusion that continued for six years.

<sup>63</sup>Judgment of the Constitutional Court 119/2001, of May 24, Conclusions of law, 6.

Also: Judgment of the Constitutional Court 139/2016, of July 21, Conclusions of law, 10.

<sup>64</sup>This is expressed in the dissenting opinion in by Magistrate Fernando Valdés Dal-Ré and Magistrate Adela Asua Batarrita in Judgment 139/2016 of July 21.

<sup>65</sup>L.E. DELGADO RINCÓN, cit., *El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril*, 207.

<sup>66</sup>J.M. PORRAS RAMÍREZ, cit., *Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 214.

<sup>67</sup>Judgment of the Constitutional Court 139/2016, of July 21, Conclusions of law, 8.

<sup>68</sup>*Ibid.* Own translation.

<sup>69</sup>*Royal Decree Law 16/2012*, of 20 April, on urgent measures to ensure the sustainability of the National Health System and improve the quality and safety of its services, art. 1.

<sup>70</sup>“There is no agreement about the exact number of people that lost their right to health services, as some communities did not follow this restrictive policy”. European Commission. *OECD and WHO. State of Health in the*

In this sense, the Ombudsman reported that in the case of chronic diseases, continuity of care outside emergency services was not taking place.<sup>71</sup>

The Constitutional Court considered this measure constitutional in judgment 139/2016, arguing that “the fact that public authorities must organise the benefits and services necessary to guarantee health protection does not mean that these benefits must necessarily be free for all their potential recipients”,<sup>72</sup> an argument that is debatable because, as it has already been indicated, health protection cannot be guaranteed if there are people who cannot access these benefits on their own.

Royal Decree-Law 7/2018, of July 27, on universal access to the National Health System modified the law and included migrants, regardless of the regularity of their residence, in its protection. In this sense, for the right to be effective with charge to public funds, the requirements are to have Spanish nationality and habitual residence in the Spanish territory or “to have their right to healthcare in Spain recognized by any other legal title, even without having their habitual residence in Spanish territory, provided that there is no third party obliged to pay said assistance” or to be “a foreign person with legal and habitual residence in the Spanish territory” who does not have “the obligation to prove the mandatory coverage of the health benefit through another means”<sup>73</sup> or, in the case of “foreign people not registered or authorized as residents in Spain”, they have the right to healthcare under the same conditions as Spanish nationals, and the requirements for the assistance to be charged to public funds are “not to have the obligation to prove the mandatory coverage of the health care benefit through another means, by virtue of the provisions of European Union law, bilateral agreements and other applicable regulations”, “not to be able to export the right to health coverage from their country” and that “there is no third party obligated to pay”.<sup>74</sup> Another requirement is that they are not on a temporary stay,<sup>75</sup> as, in this case, a prior favorable report from the social services would also be required.

However, it will be the Autonomous Communities that establish the procedure for the application and for the certification that the requirements are met,<sup>76</sup> which could imply differences in the regulation in each Community, since, as Delgado Del Rincón states “by transferring to the Autonomous Communities the competence to regulate the request and issuance of a certifying document that identifies non-legally resident foreigners, there is a risk that the exercise of the right be conditioned to a restrictive interpretation of the established requirements”.<sup>77</sup>

In short, although all migrants currently have the right to access health care charged to public funds, it is a right that was limited for six years, and which, therefore, could be limited again in the future. In fact, this right to free health care could be limited for everyone since the Constitutional Court has considered that “the fact that public authorities must organise the benefits and services necessary to

---

EU. España. *Perfil Sanitario del país 2017*. Own translation. Available in: [https://health.ec.europa.eu/system/files/2017-12/chp\\_es\\_spanish\\_0.pdf](https://health.ec.europa.eu/system/files/2017-12/chp_es_spanish_0.pdf).

<sup>71</sup> OMBUDSMAN, *Recommendation 167/2013*, of October 11, 453.

<sup>72</sup> Judgment of the Constitutional Court 139/2016, of July 21, Conclusions of law, 8. Own translation.

<sup>73</sup> Law 16/2003, of May 28, of cohesion and quality of the National Health System, art. 3.2. Own translation.

<sup>74</sup> Law 16/2003, of May 28, of cohesion and quality of the National Health System, art. 3. ter. Own translation.

<sup>75</sup> 90 days according to Organic Law 4/2000, of January 11, on rights and liberties of foreigners in Spain and their social integration.

<sup>76</sup> *Ibid.* Art. 3. Ter. 3

<sup>77</sup> L.E. DELGADO DEL RINCÓN, *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia, 2019, 237.

guarantee health protection does not mean that these benefits must necessarily be free for all potential recipients. It will be the legislation that at all times determines the scope and graduation of this gratuity".<sup>78</sup>

## 5. Conclusions

Although currently the right to free health care is protected for everyone in Spain, it is a right, part of the right to health, which is in a weak situation for some people, as it has not been interpreted that there is a constitutional obligation to provide free health care to everyone in all cases. Indeed, for six years the right to free health care was eliminated, with some exceptions, for people without authorisation to reside in Spain.

The consequences for people's health and lives of not having free health care are very grave if there are not enough resources to access non-free care. Although the right to health protection is found in the Constitution among the guiding principles of social and economic policy, its relationship with the fundamental right to life and physical integrity is unquestionable. Although this relationship has been limited by the Constitutional Court to serious and immediate dangers to health, the truth is that immediacy is not necessary for this connection to occur, since inattention to health and lack of health care can cause long-term irreparable damage to physical integrity, especially in the case of chronic illnesses. However, it has been considered constitutional to deny health care to groups of people except in some cases such as emergencies and care during pregnancy and childbirth.

At the international level, however, there is a clear obligation to include everyone in an affordable healthcare system, regardless of whether they are nationals or migrants. This obligation derives from the ICESCR, although it is a progressive obligation. Despite this progressiveness, the States parties must take measures to achieve the objectives of the Covenant, so it can be considered that the exclusion of groups of people from protection, especially if they were not previously excluded, would be a measure contrary to the obligation to progress towards the complete and effective protection of the rights that the Covenant protect. On the other hand, the protection of the European Social Charter regarding health care in general is not so clear, since it partly depends on an indirect connection with other Treaties and because it also depends on the interpretation given in each specific case. It is, therefore, a weaker protection than that of the Covenant. In any case, there is an obligation under the Charter to provide emergency medical assistance to everyone.

Although the right to health of migrants is currently protected in Spain, as it has been seen, the Constitutional Court has considered the exclusion of migrants in an irregular administrative situation from most of the assistance to be constitutional, so this right depends on the legislation that is established, it being a legal configuration right,<sup>79</sup> and could, therefore, be unprotected again. The only right to health care for migrants, unconditionally and that does not depend on a residence permit, is the right to emergency care and pregnancy and childbirth care, since it has been understood that there is a closer and direct connection between this assistance and the physical integrity and life of the person. Likewise, also health care in any case for minors. Therefore, progress must be made in the

<sup>78</sup> Conclusions of law, 8. Own translation.

<sup>79</sup> Judgment of the Constitutional Court 139/2016, of July 21, Conclusions of law, 8.

understanding of the right to free health care as an essential right for the protection of the right to physical integrity and to life in all cases and not only in urgent cases.



## Le migrazioni ambientali. Considerazioni critiche su una definizione giuridica ambigua

Valeria Marzocco\*

ENVIRONMENTAL MIGRATIONS. SOME CRITICAL REMARKS ON AN AMBIGUOUS LEGAL DEFINITION

ABSTRACT: Environmental migrations are at the center of a doctrinal debate that is divided over two main issues: the configuration of the criteria for the relevance of the 'environmental factor' and, from this, the possibility of making this hypothesis an autonomous case within the framework of international protection systems. In the folds of this discussion, theoretical and systemic profiles emerge. The former suggest dwelling on the ambiguous overlap between nature and environment hinged on the definition of environmental migration. The others point to the possibility of measuring, through the lens of the relationship between migration and environment, some of the *aporias* that run through the contemporary system of migration law.

KEYWORDS: Law; environment; migrations; nature; society

ABSTRACT: Le migrazioni ambientali sono al centro di un dibattito dottrinale che si divide su due principali questioni: la configurazione dei criteri di rilevanza del "fattore ambientale" e, da ciò, la possibilità di ricondurre a fattispecie autonoma questa ipotesi nel quadro dei sistemi di protezione internazionali. Nelle pieghe di questa discussione, emergono profili teorici e di sistema. I primi suggeriscono di soffermarsi sull'ambigua sovrapposizione tra natura e ambiente incardinata nella definizione delle migrazioni ambientali. Gli altri indicano la possibilità di misurare, attraverso la lente del rapporto tra migrazione e ambiente, alcune delle aporie che percorrono il sistema contemporaneo del diritto migratorio.

PAROLE CHIAVE: Diritto; ambiente; migrazioni; natura; società

SOMMARIO: 1. Migrazioni e ambiente. Un rapporto genetico – 2. Le migrazioni ambientali e la loro costruzione giuridica – 3. Dalla migrazione ambientale alla migrazione climatica – 4. Le migrazioni ambientali tra *natura* e *società* – 5. Nel «secolo dei rifugiati ambientali». Qualche (provvisoria) considerazione finale.

---

\*Professoressa Ordinaria di Filosofia del diritto, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Mail: [valeria.marzocco@unina.it](mailto:valeria.marzocco@unina.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 1. Migrazioni e ambiente. Un rapporto genetico

**S**in dall'antichità, gli esseri umani si sono spostati attraverso regioni geografiche e continenti, spinti da motivazioni diverse, e alla ricerca di condizioni migliori di esistenza da garantire per sé e per i membri del proprio gruppo. La scienza ha dimostrato come questi movimenti di individui e popolazioni abbiano contribuito al successo della specie alla quale apparteniamo<sup>1</sup>; la storia, e in special modo quella dell'età moderna, si fa leggere per gran parte segnata dalle trasformazioni legate all'occupazione della terra, alla modificazione per opera umana dell'ambiente, e ai processi di affermazione, di sviluppo e di crisi dei sistemi economici, sociali, culturali, politici, di cui esse, a loro volta, sono state condizione<sup>2</sup>.

Questi aspetti rappresentano solo parte del significato che la migrazione ha avuto nelle vicende umane. In essi, tuttavia, si concentrano anche due punti di osservazione interessanti da considerare quando, dal fenomeno in sé, si passi a valutare, della migrazione, il concetto giuridico.

Non è difficile avvertire come tanto il legame insopprimibile che accompagna il gesto migratorio al nostro essere umani, quanto l'artificialità della divisione dello spazio geografico, che è essa stessa il prodotto di quel movimento di singoli e di gruppi, non solo continuo, ma istituiscano i termini di un bilanciamento che il diritto migratorio, sin dalle sue origini, si ritrova a compiere tra due diverse e *sovrane* prerogative: il diritto a migrare e il potere degli stati di impedirne o limitarne l'effettività sulla soglia dei propri confini<sup>3</sup>.

Altrettanto inevitabile, da ciò, è riconoscere che vi è un legame genetico che stringe migrazione e ambiente, il quale permane in sottotraccia alla stessa qualificazione che il diritto ne offre<sup>4</sup>.

Sono i contesti in cui l'essere umano vive, i loro disequilibri e la loro idoneità a garantire adeguate condizioni di realizzazione dei progetti di vita, a motivare e ad accompagnare il gesto migratorio, il quale è, a sua volta, fattore di trasformazione che ha delineato nel tempo nuovi scenari sociali, politici, culturali, e ancora continuerà a farlo.

Di questa complessità, che non riguarda esclusivamente il fenomeno della migrazione, ma il suo concetto giuridico, sono rappresentazione le teoriche prodotte sin dalla prima modernità. Lì dove traevano origine le dottrine dello *ius migrandi*<sup>5</sup>, pensato come prerogativa naturale e inalienabile di cia-

<sup>1</sup> T. PIEVANI, V. CALZOLAIO, *Libertà di migrare. Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così*, Torino, 2016.

<sup>2</sup> G.P. MARSH, *L'uomo e la natura. Ossia la superficie terrestre modificata per opera dell'uomo (1864)*, Milano, 1993.

<sup>3</sup> Su questi aspetti: G. NOIRIEL, *Nations, Migrations, and pouvoir de l'état*, Paris, 2001.

<sup>4</sup> Si tratta di un rapporto che è stato studiato tanto dalla geografia politica, quanto, profondamente, dagli approcci di marca più squisitamente geopolitica. Su ciò, si veda, almeno: U. LA ROCCA, *Geopolitica dell'ambiente. Sostenibilità, conflitti e cambiamenti globali*, Milano, 2008, spec. 33 ss. Per un approccio critico: S. SASSEN, *Migranti, coloni, rifugiati: dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Milano, 1999.

<sup>5</sup> Emerge in questa tradizione di pensiero, ed è importante rilevarlo, la perimetrazione semantica che si cristallizza intorno alla forma verbale *migrare*. Nel quadro del giusnaturalismo moderno, in cui trova origine la riflessione sullo *ius migrandi*, la migrazione è infatti un concetto che si declina in un atto pensato e contenuto nei paradigmi del giuridico, e non solo perché esso dà espressione a un diritto innato e naturale dell'individuo, quanto piuttosto perché il «migrare» – che, nella pretesa naturale che ne discende, è cosa diversa rispetto allo *ius peregrinandi*, il quale, non a caso, è oggetto di costruzione dottrinale distinta – è tutt'altro che il mero spostamento di individui e gruppi lungo i territori geograficamente intesi: esso presuppone la qualificazione giuridica e politica dello spazio e si rappresenta nella centralità del soggetto politico Stato. Lo *ius migrandi*, detto al-

scun individuo, si conferiva forma al rapporto genetico tra migrazione e ambiente, e si generava altresì il nucleo di una parte delle contraddizioni che ancora pervadono l'odierno diritto delle migrazioni, il quale trattiene nelle sue premesse questa genesi, sebbene rimuovendola<sup>6</sup>.

Si tratta di un quadro di sistema, le cui peculiarità e i cui limiti, come spesso accade, si misurano quando ci si collochi ai suoi margini. Allora che, in altre parole, se ne sperimenti la duttilità nell'assorbire situazioni non previste o, come si dà nel caso che si affronta in queste pagine, ci si ritrovi, per converso, a constatare come quella cornice esibisca strutturalmente una resistenza.

Singolarmente, è il tema delle migrazioni ambientali a offrire un osservatorio interessante su tutti e ciascuno di questi aspetti. Occorre, però, rilevare che questa materia presenti alcune difficoltà preliminari, anzitutto a muovere dalla sua definizione.

Cosa si intenda per "ambiente" è, al di là delle oscillazioni e delle ambiguità che sono precipitate a più riprese su questo concetto, un primo elemento dirimente. Lo è, certamente, in ragione del nesso storico e concettuale tra "migrazione" e "ambiente": l'esercizio della migrazione ha a che fare con l'ambiente – che qui intendiamo come contesto di relazioni co-dipendenti tra essere umano e natura<sup>7</sup> –, e tra l'una e l'altro vi è un rapporto di significazione reciproca. Oltre a ciò, tuttavia, altre ragioni suggeriscono di concentrarsi su questo legame, ed entrambe hanno, come si vedrà, una diretta rilevanza sulle sorti altalenanti e, tutto sommato, infruttuose, incontrate dal riconoscimento della migrazione ambientale in termini di esplicita qualificazione, oltre che di tutele e garanzie accordate.

Di esse è segno la sovrapposizione, prima, e la distinzione, poi, di due lemmi, "ambiente" e "clima", i quali paiono oggi configurare due ipotesi di fattispecie migratoria distinte, sebbene legate da un rapporto di specificazione. Un'articolazione, quest'ultima, che complica, senza risolverla, la questione della tutela dei soggetti portatori di istanze di protezione.

Benché "ambiente" e "clima" non siano due parole che esprimono il medesimo concetto, la strategia di cristallizzazione nel meramente naturale – il clima – del carattere motivante di un atto – la migrazione –, il quale muove da fattori plurali, che si intrecciano e si sovrappongono, è stata però, in qualche modo, un'esigenza imposta: una strategia, attraverso la quale si è perseguito l'obiettivo di rendere flessibili, includendovi situazioni meritevoli di tutela, le strette maglie di cui è intessuto l'impianto generale del diritto migratorio, a tutti i livelli in cui la sua produzione si fa osservare.

---

trimenti, non pertiene né all'universalità degli esseri umani, dacché innervato di un'ideologia occidentale ed eurocentrica, né tanto meno implica alcun imperativo assoluto di accoglienza da parte degli stati. Su questi aspetti, mi sia concesso rinviare a: V. MARZOCCO, *Can the Law Create Discrimination? Migration, Territorial Sovereignty and the Search for Equality*, in T. SAKURAI, M. ZAMBONI (eds.), *Can Human Rights and National Sovereignty Coexist?*, London-New York, 2023, 133-148.

<sup>6</sup> Non a torto, quest'ordine di contraddizioni emerge soprattutto in una tensione che il diritto migratorio, al livello delle fonti internazionali, produce sul piano dell'effettività, misurandosi sui due poli della salvaguardia dei diritti umani e del riconoscimento e delle strategie di tutela dello statuto giuridico dello straniero: A. EJIMA, *The Gap Between Constitutional Rights and Human Rights: The Status of 'Foreigners' in Constitutional Law*, in T. SAKURAI, M. ZAMBONI (eds.), *Can Human Rights and National Sovereignty Coexist?*, cit. 149-168.

<sup>7</sup> Su questi aspetti, in termini di impostazione concettuale e per le ricadute che il concetto di ambiente può avere nel campo della regolazione giuridica: A. PORCIELLO, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, natura*, Roma, 2022.

## 2. Le migrazioni ambientali e la loro costruzione giuridica

Negli ultimi decenni, tanto il governo giuridico della migrazione, quanto lo stesso sistema delle garanzie accordate in materia di diritto di asilo, esprimono un approccio che va in direzione opposta a quanto emerge dalle più recenti analisi sociologiche del fenomeno. Questi studi hanno evidenziato da tempo come nel gesto migratorio vadano a precipitare fattori plurali, i quali interagiscono in termini mutevoli<sup>8</sup>, tanto da suggerire che la migrazione ricada in ciò che Mauss riconosceva essere proprio dei *fatti sociali totali*<sup>9</sup>. Non è, in questo senso, sorprendente, che il tema dell'ambiente e della sua incidenza sul fenomeno migratorio abbiano trovato spazio nell'ambito di prospettive orientate da una tale consapevolezza. Così come vale la pena rilevare come, dell'ambiente, opportunamente, questa sociologia abbia sovente offerto una nozione del tutto agli antipodi rispetto a un significato che, nel senso comune prevalente, lo vuole sovrapporsi alla "natura", come altro e fungibile suo nome.

Più precisamente, per questo genere di approcci, dai quali è venuto peraltro un contributo decisivo alla teorizzazione del tema che si discute, «l'ambiente non è la natura», e trattarne implica posizionarsi esattamente all'opposto di quella tradizione di pensiero che ha colto quest'ultima come fatto esteriore e oggettivato dallo sguardo umano<sup>10</sup>.

Pur giovandosi di questa impostazione, la questione ambientale declinata nel contesto delle migrazioni ha posto non pochi problemi in dottrina e nel panorama del diritto vigente in materia.

In particolar modo dibattuto, tanto da dar luogo a vere e proprie polarizzazioni<sup>11</sup>, è stato un interrogativo inevitabile alla luce dell'impianto del diritto migratorio e della specifica caratterizzazione che, nelle cure della dottrina, il fattore ambientale si ritrovava ad esibire, sin dalle prime teorizzazioni. Mentre il tema si affacciava negli indirizzi di politica migratoria, il termine "ambiente" ne veniva mes-

<sup>8</sup> S. PALIDDA, *Mobilità umane: introduzione alla sociologia delle migrazioni*, Milano, 2008. Per un approccio che, muovendo dall'impossibilità di isolare i vari fattori che intervengono a motivare la condotta migratoria, si concentra su di una loro modellizzazione di massima, nella prospettiva di studiarne l'interazione con le relative strategie di policy: S. CASTLES, *The Factors that Make and Unmake Migration Policies*, in A. PORTES, J. DE WIND, *Rethinking Migration. New Theoretical and Empirical Perspectives*, New York-Oxford, 2007, 29-61 (spec. 34 ss.).

<sup>9</sup> Lavorando sull'osservazione etnologica condotta da Franz Boas e Bronislaw Malinowski, Marcel Mauss elaborava, all'inizio degli anni Venti del Novecento, una definizione del «fatto sociale totale» come strumento di lettura dei fatti sociali idonea a riconoscere adeguata considerazione alle dimensioni sociali, culturali, religiose e simboliche di cui sono innervati e, al tempo stesso, di orientare l'analisi verso la comprensione delle dinamiche istituzionali da essi promosse: M. MAUSS, *Saggio sul dono: forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche* (1923), Torino, 2002. Per la ricaduta di tali premesse negli studi in materia di migrazione: E. SAADA, *Abdelmalek Sayad and the Double Absence: Toward a Total Sociology of Immigration*, in *French Politics, Culture & Society*, 18, 1, 2000, 28-47.

<sup>10</sup> Occorre, su questi aspetti, riferirsi a Friedrich Ratzel, e ai suoi studi di fine Ottocento sulla relazione di interdipendenza tra sistemi umani (e politici) e sistemi naturali: F. RATZEL, *Politische Geographie (1896)*, München-Berlin, 1925.

<sup>11</sup> Sul tema della difficoltà, in dottrina, a definire la categoria della «*environmental migration*», può ritenersi utile la modellizzazione di massima che vuole il dibattito dividersi tra posizioni allarmiste (le quali muovono dalla tendenza a isolare il fattore ambientale nella considerazione della condotta migratoria) e scettiche (orientate, per converso, a elaborare un insieme di obiezioni, siano esse di matrice concettuale, ovvero squisitamente tecnico-giuridiche): O. DUN, F. GEMENNE, *Defining 'environmental migration'*, in *Forced Migration Review*, 31, 2008, 10-11.

so in forma, proprio come la natura, quale fattore esterno e oggettivo; come tale, fatto o accadimento determinante la condotta umana, del quale si richiedeva e si richiede esplicito riconoscimento nel quadro caratterizzante del diritto migratorio.

Se è vero, così, che una prospettiva focalizzata sulla centralità del fattore ambientale era emersa all'inizio degli anni Ottanta, in una stagione che inaugurava un primo compiuto approccio al tema della migrazione dal punto di vista sociologico, nel tempo, la rilevanza dell'ambiente, quale elemento motivante autonomo del gesto migratorio, sarebbe andato cristallizzandosi dentro l'angusto perimetro del fatto naturale, aprendo uno spazio di discussione che ancora oggi si misura sull'adeguatezza della sua costruzione dottrinale.

È interessante come questa traiettoria giuridica, in qualche modo, abbia proceduto in controtendenza con l'approccio emergente dal Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente, in cui si definiva una fattispecie che non richiedeva alcuna diretta determinazione causale tra il fattore ambientale e la condotta migratoria. Emergeva, in quella stagione, una volontà politica di porre il tema ambientale al centro della difficile gestione del governo migratorio, e, nella loro sostanza, almeno fino all'irruzione della diversa categoria delle migrazioni climatiche, quegli stessi indirizzi sarebbero stati ribaditi negli anni a seguire, al livello del diritto internazionale e sovranazionale.

Vero è, tuttavia, che nel medesimo anno in cui le Nazioni Unite intervenivano sulla migrazione ambientale, trovava riconoscimento esplicito l'esigenza di tutela per una categoria dei «rifugiati ambientali», che sarebbe stata foriera di ambigue e tutt'altro che scontate ipotesi di assorbimento nel quadro delle effettive garanzie offerte dal sistema internazionale di regolazione del diritto di asilo<sup>12</sup>.

In termini generali, l'impronta era certamente in linea con la caratterizzazione conferita al fenomeno dalla ricerca dello studioso egiziano Essam El-Hinnawi, e andava nella direzione di una qualificazione del carattere forzato della migrazione ambientale, indipendentemente dalla possibilità di intenderne le ricadute come temporanee o permanenti<sup>13</sup>.

Nel tempo, di queste proposte, la costruzione delle migrazioni ambientali come fattispecie autonome, avrebbe trattenuto in sé tutte le ambiguità, venendo a impattare con la serie di criticità che da esse man mano sarebbero andate configurandosi. Per un verso, si sarebbe consolidata una loro qualificazione come *species* della più ampia categoria delle migrazioni forzate; per l'altro, da ciò, avrebbero trovato spazio, in dottrina, ipotesi a vario titolo rivolte a perseguire l'obiettivo di una loro positivizzazione dentro il quadro restituito dagli strumenti di garanzia accordati in materia, in considerazione di un *vulnus* nei meccanismi di tutela esistenti per la migrazione forzata (*displacement*) accordati dal diritto internazionale e sovranazionale, al quale solo parzialmente la regolazione nazionale dell'istituto della protezione umanitaria si è ritenuto, non a torto, potesse rappresentare un rimedio.

<sup>12</sup> E. PIGUET, *From "Primitive Migration" to "Climate Refugees": The Curious Fate of the Natural Environment in Migration Studies*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 103, 1, 2013, 148-162.

<sup>13</sup> Specificamente, si legge nel documento: «*Environmental refugees are defined as those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life*» (E. ESSAM HINNAWI, *Environmental Refugees*, United Nations Environment Programme, 1985: <https://digitallibrary.un.org/record/121267>).

Se l'ampio dibattito che tali ipotesi ancora sollevano in dottrina si radica su questi principali presupposti<sup>14</sup>, essi non sono però solo di natura squisitamente tecnico-giuridica<sup>15</sup>. Non è un caso, in questo senso, che nelle posizioni scettiche che hanno revocato in dubbio questa tesi, si ritrovino argomenti che quasi mai muovono da premesse rivolte a negare o sottostimare il ruolo dell'ambiente e delle sue modificazioni nella determinazione soggettiva a migrare. Piuttosto, anche in considerazione dei dati e delle previsioni che nel frattempo venivano dalla ricerca sociologica<sup>16</sup>, la convinzione che andava radicandosi nella sensibilità di alcuni studiosi era che il tema della migrazione ambientale non potesse affrontarsi isolatamente, prestandosi a farsi assorbire nella cornice di contesti analitici più generali e più complessi<sup>17</sup>.

### 3. Dalla migrazione ambientale alla migrazione climatica

Mentre, in dottrina, la categoria dei migranti ambientali attraeva un consenso tutt'altro che pacifico, una diversa e più ristretta nozione è intervenuta a complicare ulteriormente la difficile questione della rilevanza del fattore ambientale nel diritto delle migrazioni. Una qualificazione più ristretta, descritta dal Rapporto licenziato dal Centro studi sulle Migrazioni ambientali delle Nazioni Unite (IOM), nel 2020, in un'opera di articolazione interna del *genus* della migrazione ambientale, e definita nei termini di «migrazione climatica»<sup>18</sup>.

Diversamente dagli spostamenti di tipo ambientale, gli esodi, individuali o di gruppo, per fattori meramente climatici si definiscono nel nome di una caratterizzazione segnata da elementi di specificità legati, ancora, al nesso determinante ed esclusivo tra fatto naturale e gesto migratorio, concentrandosi ora, senza margini possibili di ambiguità. Per un verso, il fatto del cambiamento climatico assume la caratterizzazione propria di un evento anche di mero rischio, messo in forma giuridicamente in una fattispecie eccedente rispetto a quella del pericolo, e dunque emancipandosi dalla sua catego-

<sup>14</sup> G.S. McCUE, *Environmental Refugees: Applying International Environmental Law to Involuntary Migration*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 6, 1993, 151-190.

<sup>15</sup> D.C. BATES, *Environmental Refugees? Classifying Human Migration Caused by Environmental Change*, in *Population and Environment*, 23, 5, 2022, 465-477.

<sup>16</sup> N. MYERS, *Environmental Refugees: A Growing Phenomenon of the 21st Century*, in *Philosophical Transactions of The Royal Society of London*, 357, 2002, 609-613.

<sup>17</sup> Tra questi, vi è stato senz'altro il contributo offerto dall'area degli studi post-coloniali, da cui è venuto, inevitabilmente, un ridimensionamento implicito della tendenza a isolare il fattore ambientale dal contesto, storico e politico, delle regioni in cui esso va producendosi: D. CHAKRABARTY, *Postcolonial Studies and the Challenge of Climate Change*, in *New Literary Story*, 43, 1, 2012, 1-18. Per altro verso, rilievi critici venivano, ancora, da quanti rappresentavano la mobilità forzata da fattori ambientali come categoria che si lasciasse analizzare solo nella cornice di fattori di complessi, di ordine sociale e politico: G. HUGO, *Environmental Concerns and International Migration*, in *International Migration Review*, 30, 1, 1996, 105-131.

<sup>18</sup> Si legge nel Rapporto, in articolazione rispetto alla definizione di «*Environmental Migration*» data dall'IOM nel 2007 (<https://bit.ly/3R2HZkf>), che debba intendersi per «*Climate Migration*», come già evidenziato nel *Glossary of Migration* licenziato dallo stesso organismo (<https://bit.ly/3QY5cEa>), «*the movement of a person or groups of persons who, predominantly for reasons of sudden or progressive change in the environment due to climate change, are obliged to leave their habitual place of residence, or choose to do so, either temporarily or permanently, within a State or across an international border*» (<https://environmentalmigration.iom.int/environmental-migration>).

rizzazione in termini di migrazione forzata<sup>19</sup>; accanto a ciò, indubbiamente, nel già complesso piano della configurazione giuridica generalmente intesa della migrazione ambientale, una serie di ulteriori nodi, niente affatto agevoli da dirimere, ne sono posti, tanto sul piano squisitamente definitorio, tanto su quello della adeguatezza delle ipotesi di tutela.

In realtà, cosa distingue i “migranti ambientali” dai “migranti climatici” è tutt’altro che questione meramente definitoria. Non lo è dal punto di vista del quadro del diritto migratorio e delle garanzie che possano approntarsi; tanto meno lo è nelle criticità concettuali emergenti dalla scelta di specificare nella dimensione del cambiamento climatico la tipologia delle migrazioni ambientali.

Come pare potersi evincere dai principali documenti che hanno progressivamente posto in risalto le peculiarità del fenomeno migratorio motivato da fattori climatici, piuttosto che meramente ambientali, il cristallizzarsi dell’ambiente sull’oggettivazione del fattore naturale come qualcosa di rilevante in sé ed indipendentemente da qualsivoglia relazione con fattori altri, esercita un ruolo decisivo. E ciò, in termini giuridici, si connette direttamente non solo al profilo appena discusso, e tutt’altro, in sé, che pacifico, della caratura autonoma della migrazione ambientale come ipotesi di migrazione forzata, ma, ancor più, si misura nella difficile prova del nesso causale che vi è tra il fatto naturale e l’atto sociale, che di quella proposta era già stata il punto di maggiore problematicità.

Quest’ultima prospettiva, già latamente evocata dal concetto di migrazione ambientale, guadagna infatti una sua centralità indiscussa nell’emersione, tanto in dottrina, quanto sul piano degli indirizzi politici internazionali, della migrazione climatica.

Muovendosi in continuità con teorizzazioni e proposte che avevano contribuito nel tempo a qualificare le ipotesi di migrazione ambientale nel novero degli spostamenti forzati di popolazioni e singoli, ciò che si è andato concentrando nel campo delle *climate migration* è lo stesso ordine di problemi che si è avvertito lì dove, come nella proposta che Prieur elaborava nel 2008<sup>20</sup>, il dibattito era andato focalizzandosi su di una concezione della natura surrettiziamente assorbita nel termine “ambiente”, oggettivata, piuttosto che contestualizzata nell’ambito di fattori concorrenti. Non stupisce, in questo senso, che parte della dottrina abbia elaborato la diversa categoria delle migrazioni climatiche, tenendo per fermo il quadro di qualificazione prevalentemente imputato alla migrazione ambientale, probabilmente intendendo perseguire l’obiettivo di un adeguato suo riconoscimento nel diritto mi-

<sup>19</sup> Cfr., *supra*, n. 17.

<sup>20</sup> Nel 2008, Michel Prieur, nella sua qualità di Presidente dell’*International Centre for Comparative Environmental Law*, si faceva promotore dell’opportunità di una Convenzione *ad hoc* sul tema delle migrazioni ambientali, convinto che solo un quadro normativo vincolante per gli Stati aderenti, al livello del diritto internazionale, potesse superare le molte difficoltà che la tutela di tali situazioni aveva incontrato sino a quel momento. Nel *Draft* della denominata *Convention on the International Status of Environmentally-Displaced Persons*, si leggeva così, all’art. 2: «*Environmentally-displaced persons are individuals, families and populations confronted with a sudden or gradual environmental disaster that inexorably impacts their living conditions and results in their forced displacement, at the outset or throughout, from their habitual residence and requires their relocation and resettlement*» ([https://unfccc.int/files/adaptation/groups\\_committees/loss\\_and\\_damage\\_executive\\_committee/application/pdf/prieur-convention\\_on\\_the\\_international\\_status\\_of\\_environmentally.pdf](https://unfccc.int/files/adaptation/groups_committees/loss_and_damage_executive_committee/application/pdf/prieur-convention_on_the_international_status_of_environmentally.pdf)).

gratorio, restringendone in termini più immediatamente naturalistici, e dunque, oggettivi, la perimetrazione<sup>21</sup>.

Nonostante non siano mancate proposte che hanno provato a individuare meccanismi di protezione per i migranti climatici<sup>22</sup>, il principale ostacolo che si frappone al riconoscimento permanente di uno statuto giuridicamente autonomo di rifugiato per questi soggetti è, però, in fondo, ancora il medesimo che già si era riscontrato in tema di migrazioni ambientali, e risiede nella difficile integrazione delle nuove fattispecie dentro il quadro della Convenzione di Ginevra.

Tra le molte criticità che non hanno consentito di accogliere i tentativi che si sono compiuti, e a più riprese, per realizzare un'integrazione della migrazione ambientale nel Trattato del 1951<sup>23</sup>, vi è, come noto, la circostanza per la quale questo genere di migrazione, sovente interna ai territori statali, sfugge all'ambito tradizionale in cui il riconoscimento della condizione di rifugiato soggiace. Accanto a ciò tuttavia, più stringente, può rilevarsi un'obiezione strutturale, imposta dalla *ratio* che sottende il sistema di tutela rinvenibile nella Convenzione: l'accertamento di una condizione di persecuzione ascrivibile a un novero di fattispecie, e tale da far attivare le garanzie proprie dello *status* di rifugiato. Tacendo dell'incidenza intersezionale che il fattore ambientale e, tanto più quello climatico, sono in grado di produrre sui motivi addotti a tutela della protezione internazionale<sup>24</sup>, vi è ancora però un'altra e importante questione da non smarrire: nonostante gli sforzi di tipizzazione, le difficoltà ancora di là dal ritrovare un'unanime soluzione in dottrina discendono dalle teoriche che hanno costruito la fattispecie in esame, e riguardano la prova da acquisire in ordine alla possibilità di intendere l'uno o l'altro quali condizioni determinanti l'esposizione al rischio di persecuzione nei territori dai quali si fugge.

Quest'ordine di problemi, già di per sé difficilmente superabili, non scompare davanti ai tentativi esperiti dalla dottrina impegnata a proporre obiettivi di tutela ragionevolmente più perseguibili, ad esempio prospettando una cornice normativa di tutela *ad hoc*, eventualmente da integrarsi nel quadro della già vigente Convenzione Quadro sui cambiamenti climatici<sup>25</sup>. È interessante come, non a torto, si sia rilevato che, in quest'ultimo caso, il punto fosse e restasse di ordine teorico, riguardando una criticità da imputarsi, paradossalmente, proprio a operazioni di costruzione dottrinarie eccedenti, come quella che ha condotto l'attenzione degli interpreti a privilegiare un restringimento del più

<sup>21</sup> Si veda, paradigmaticamente, per questo genere di approcci: F. BIERMANN, I. BOAS, *Climate Change and Human Migration: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees*, in J. SCHEFFRAN, M. BRZOSKA, H. BRAUCH, P. LINK, J. SCHILLING (eds.), *Climate Change, Human Security and Violent Conflict. Challenges for Societal Stability*, Berlin-Heidelberg, 2012, 291-300; E. ALBRECHT, M. P. PLEWA, *International Recognition of Environmental Refugees*, in *Environmental Policy and Law*, 45, 2015, 78-84.

<sup>22</sup> B.F. PÉREZ, *Moving Beyond the Shortcomings of International Law. A Proposal for the Legal Protection of Climate Refugees*, in S. BEHRMAN, A. KENT, *Climate Refugees: Beyond the Legal Impasse?*, New York-London, 2018, 214-230.

<sup>23</sup> Sul tema del possibile riconoscimento dello statuto di rifugiato nel quadro della Convenzione di Ginevra: P. OSÓBKA, *Climate Change and the Convention to the Status of Refugees of 28 July 1951*, in *Polish Review of International and European Law*, 1, 10, 2021, 103-120. Quanto, generalmente, al diritto di asilo, in chiave ricostruttiva: F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2012.

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, n. 17.

<sup>25</sup> Su ciò: B. DOCHERTY, T. GIANNINI, *Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees*, in *The Harvard Environmental Law Review*, 2, 33, 2009, 349-403.



ampio e, tutto sommato, flessibile concetto di migrazione ambientale, con quello assai più angusto di migrazione climatica.

#### 4. Le migrazioni ambientali tra *natura* e *società*

Dal quadro che si è sin qui, benché sinteticamente, ricostruito, la domanda riguardante la rilevanza che possa riconoscersi in termini di garanzie al nesso tra ambiente (o crisi climatica) e migrazione resta ostaggio di una discussione che si è imbattuta in ostacoli che essa stessa ha contribuito a erigere. Dell'attuale quadro regolatorio sulla migrazione, questo dibattito ha opportunamente contribuito a evidenziare i limiti, sebbene provando a perseguire a più riprese un suo assai improbabile emendamento, attraverso l'introduzione di fattispecie *ad hoc* costruite su un'ambiguità concettuale di fondo, quella tra "natura" e "ambiente". Anche a volerla intendere come rappresentazione paradigmatica di un approccio alle migrazioni che stenta a tenersi indenne dalla pressione che le istanze di tipo securitario esercitano sul governo politico della questione migratoria – il che è un'evidenza restituita dalla fragilità dei meccanismi di protezione umanitaria, che non raramente hanno sussidiariamente provveduto ad accordare garanzie e tutele altrimenti non perseguibili attraverso gli strumenti tradizionali del diritto di asilo<sup>26</sup> –, il problema di questa fattispecie discende da una criticità che si misura all'altezza della sua impostazione teorica.

Ricondotte al suo nucleo, le migrazioni ambientali o climatiche sono espressione del modo in cui pensiamo la natura e la società, come "sistemi" e come "rappresentazioni". E, se ciò è vero, questa forma del nostro pensiero sulla natura, implicita nella stessa definizione di *climate* o *environmental migration*, si cristallizza in una sua concezione forte e ontologica che crea più problemi di quanti sia in grado di risolverne.

Sarebbe senz'altro un fuor d'opera offrire in questa sede un panorama esaustivo dei significati che si sono sedimentati nelle concezioni della "natura". Vi è però almeno da ricordare come esista una tradizione che corre interna alle scienze sociali su questi aspetti, e che ha a che fare con il modo in cui il dualismo tra "natura" e "società" può concepirsi.

<sup>26</sup> In questo senso, occorre prestare adeguata attenzione al D.L. n. 20 del 10 marzo 2023 (cd. Decreto Cutro), denominato "Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare" e convertito nella L. del 5 maggio n. 50 2023, il quale è recentemente intervenuto sul tema delle migrazioni ambientali e, specificamente, sulle garanzie di protezione da approntarsi per la loro tutela. Di tale intervento del legislatore italiano, rileva particolarmente l'art. 7, che ha modificato il testo della disposizione di cui all'art. 19 del D.lvo 286/1998 (Testo Unico sull'Immigrazione) come integrato dal D.L. 130/2020, nella parte in cui tornava a prevedersi, contrariamente a quanto statuito dal D.L. 113/2018, un'ipotesi di protezione umanitaria di ordine nazionale, accanto alle già previste di derivazione sovranazionale. Si tratta di una misura su cui parte della dottrina non ha mancato di sollevare rilievi assai critici. Tra questi, vi è chi ha riconosciuto in ciò un'interruzione del legame consolidatosi in via giurisprudenziale, e nel quadro della lacunosità della Convenzione di Ginevra, tra migrazioni ambientali e protezione umanitaria, già individuato nell'indicazione a non mortificare le esigenze di protezione sull'altare di «parametri severi, che ne limitino le possibilità di adeguamento, mobile ed elastico, ai valori costituzionali e sovranazionali» (cfr. Corte di Cassazione S.U., 29460/2019; Corte di Cassazione, Sez. II, 5022/2021); A. DI FLORIO, *Dalla protezione umanitaria alla protezione complementare: cos'è cambiato?*, in *Questione Giustizia*, 24 marzo 2023; C. PANZERA, *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2022, 823-826.

Nella storia del pensiero moderno, in termini di generale approssimazione, il sociale è stato ora un prolungamento del naturale, sottoposto alle medesime leggi di sviluppo di quest'ultimo, ora momento della sua produzione e creazione, quale opera dello spirito, o della ragione o ancora della libertà, seguendo la tradizione kantiana. Un'oscillazione di senso e di significati rispetto alla quale la prospettiva kelseniana avrebbe però gettato una luce particolarmente significativa nel corso del Novecento, mostrando come l'una e l'altra, la natura e la società, siano non altro che prodotti dei diversi criteri di intellegibilità della realtà privilegiati dell'essere umano, sulla base degli altrettanto diversi principi ordinatori della causalità e dell'imputazione<sup>27</sup>

In tema di migrazioni climatiche, questi problemi teorici sono difficilmente aggirabili, e non solo in ossequio ad esigenze di carattere meramente speculativo.

È tutto sommato difficile sfuggire alle maglie della dicotomia tra società e natura, quando si tratta di qualificare giuridicamente quale ordine di rapporti si dia tra fenomeni naturali e sociali. Eppure, il tema posto dalle migrazioni climatiche, pur collocandosi in questa cornice concettuale, di essa mostra i limiti evidenti.

Piuttosto che la separazione tra due sistemi distinti, il presupposto del cambiamento climatico o del fattore ambientale, implica il dato della continuità tra società e natura. Non si tratta di fatti che richiedono di essere osservati, come farebbe uno scienziato che analizza la composizione chimica dell'atmosfera, quanto, piuttosto, di un ordine di relazioni in cui è il senso dell'interdipendenza tra uomo e natura a prevalere, tanto in origine, quanto e soprattutto nelle sue conseguenze sulla vita umana e sulle condizioni della dignità che si misurano sui progetti esistenziali degli individui.

Accogliere queste sollecitazioni consente di tornare su alcune delle ragioni che hanno reso particolarmente critico lo sforzo di qualificazione in una fattispecie autonoma del concetto di *environmental o climate migration*.

In termini giuridici, e in base ai principi che reggono il diritto migratorio, il fenomeno in esame richiederebbe di validare, per tipizzarlo, un nesso di causalità diretto tra due diversi ordini di fatti: un accadimento che riguarda la natura, (la crisi climatica che abbia colpito un determinato territorio) e un fenomeno sociale motivato da ragioni (la decisione inevitabile, da ciò, di emigrare dai quei territori). Un primo elemento che ne deriva, mi pare essere questo: un tale rapporto di determinazione, se inteso nei suoi termini oggettivi, non può che rinviare al ruolo di saperi esterni a quello giuridico, la scienza.

Come tuttavia si è rilevato, l'ambiente è un contesto definito nella concorrenza di più fattori, in cui appare difficile isolare il fatto meramente naturalistico dalla componente umana, politica e sociale. È in questa criticità che la prova del nesso causale che si richiede alle fattispecie della migrazione climatica o ambientale si imbatte, soprattutto perché, diversamente da altre aree in cui la scienza ha contribuito a enucleare dati su cui si sono avviati indirizzi di politica del diritto rivolti a fronteggiare l'impatto misurabile della crisi ambientale sui modelli di sviluppo economici e industriali esistenti, nel campo delle migrazioni questo dato si sottrae all'oggettività che la fattispecie richiederebbe e, se disponibile, non può che rientrare in un processo di valutazione di tipo politico.

Tra natura e società, il lavoro della scienza emerge, per altro verso, anche e soprattutto su questi temi, tutt'altro che quale impresa neutrale.

<sup>27</sup> H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica (1943)*, Milano, 1953.

Come ha mostrato Latour, che ha evidenziato il canone di politicità che veicola le forme che assume sempre la relazione tra natura e società, sarebbe illusorio pensare che la scienza *scopra* e non *costruisca*, invece, il mondo<sup>28</sup>. Si tratta di una prospettiva particolarmente utile per il tema che discutiamo. Anzitutto, poiché invita a distinguere tra quella conoscenza “pronta per l’uso” che gli scienziati consegnano al dato, e l’elaborazione che vede la scienza *in azione*, alle prese con livelli che sono anche politici e sociali, di cui la scienza è partecipe come comunità aperta e permeabile dalla società<sup>29</sup>.

Rielaborando il *Mito della caverna* e lavorando sulla tensione veritativa che investe il ruolo dello scienziato, profilo mimetico del filosofo platonico, si tratterebbe così di comprendere come la scienza si muova tra due camere – tra la natura e la società –, andando e tornando a ciascuna di esse nella presupposizione che si tratti di mondi distinti, in cui si consolida una suddivisione di poteri tra chi ha parola e chi non ne ha. Una linea di demarcazione che pare dividere scienza e politica, finendo per occultare i livelli di continua intersezione che si danno tra l’una e l’altra, nella costruzione collettiva e progressiva del mondo comune e della sua conoscenza<sup>30</sup>.

Una delle principali sollecitazioni poste da approcci come questo è che il fatto scientifico del cambiamento climatico, posto in rapporto causale con la determinazione individuale a emigrare, per sua stessa natura, sia intriso di socialità e di politicità: perché esso, in sé, si trova al di là dei limiti, peraltro fittizi, della mera descrizione, ed è significato prodotto di valutazioni, anche già solo per il fatto di ricadere nel processo di formazione della decisione politica, lì dove si instaura il circuito di interlocuzione tra quel segmento della comunità scientifica costituito dalle *expertise* e i luoghi democratici in cui trovano elaborazione gli indirizzi di politica del diritto.

Non è privo di interesse notare, d’altronde, che la crisi climatica rappresenti, in questi ultimi anni, un’area in cui particolarmente vivace, e non priva di contraddizioni, questo rapporto tra decisore politico ed *expertise* si dia.

Di tali questioni, occorre non smarrire il senso, se si vuole rintracciare il problema che, come categoria, la migrazione climatica pone.

## 5. Nel «secolo dei rifugiati ambientali». Qualche (provvisoria) considerazione finale

Nel corso degli ultimi decenni, il tema della tutela ambientale e, ancor più, quello della crisi degli ecosistemi, si sono imposti nel discorso pubblico non meno che nelle cure del legislatore, transitando dal piano, tutto sommato astratto, della teorizzazione dei diritti di umani terza generazione, al livello del diritto positivo statale, costituzionale e sovranazionale, oltre che di quel complesso di regolazione di *soft law* che dà forma giuridica agli scambi economico-commerciali del mondo globalizzato.

L’immagine restituita dall’irruzione dell’ambiente nel diritto contemporaneo è però tutt’altro che nitida e talvolta appare a chi la osserva come la realtà delle cose si offre a chi è affetto da miopia: mentre scopi e orizzonti di tutela, quando chiamano in causa azione politiche di prevenzione o contenimento, si stagliano chiari in determinati ambiti (si pensi al tema della transizione energetica, o a quello della *green economy*), sfocato e incerto, è, in altri casi, il quadro di garanzie alle quali i soggetti si

<sup>28</sup> B. LATOUR, *Il culto moderno dei fatticci* (1996), Roma, 2005.

<sup>29</sup> ID., *La scienza in azione. Introduzione alla sociologia della scienza* (1989), Roma, 1998.

<sup>30</sup> ID., (1999), *Politiche della natura. Per una democrazia delle scienze* (1999), Milano, 2000.

ritrovano a poter accedere, soprattutto quando la questione ambientale induce a scelte talvolta tragiche, come può essere la decisione di migrare.

Che buona parte del fenomeno migratorio abbia a che vedere da vicino con fatti naturali come la desertificazione, la strutturale carenza di fonti idriche, è difficile negarlo. Altrettanto lo è negare che questi fatti naturali non rilevino in sé, ma siano, piuttosto, oggetto di una valutazione più complessa, la quale ricade in quell'opera di qualificazione che il diritto compie sui significati da promuovere, attraverso i sistemi di garanzia previsti per le posizioni giuridiche tutelate. Tra i fattori che inducono al gesto migratorio, l'accadimento naturalistico è un motivo, piuttosto che una causa e, molto spesso, esso interagisce con altri elementi.

La costruzione giuridica delle ipotesi di migrazione ambientale nei termini di migrazione forzata e tanto più il maggiore *favor* di cui pare godere oggi, non solo in dottrina, la categoria della *climate migration* misurano i propri limiti sulla leva del rapporto causale che esse istituiscono tra natura e società, tra *fatto* e *significato*. Un ostacolo che impone la prova del nesso determinante esclusivo del fattore ambientale (ma, in realtà, naturale) rispetto alla condotta migratoria, su cui le pretese di riconoscimento si infrangono, in ragione dell'impianto stesso su cui il diritto migratorio si regge.

L'impressione che se ne ricava è che il dibattito che si è svolto in questi anni su di un tema certamente centrale, sia condannato a restare letta morta, almeno finché non si accetti di gettare uno sguardo più ampio sui processi di formazione degli indirizzi politici riguardanti la migrazione e sui limiti emergenti dal sistema delle categorie in cui il gesto migratorio assurge ad atto legale o necessitato da esigenze di protezione contro ipotesi di persecuzione. Si tratta di un'architettura di categorie che mostra la sua fallacia dinanzi a ipotesi di motivazione complessa, come quella che può chiamarsi ambientale, e rispetto alla quale la stessa proposta di creare fattispecie *ad hoc* si scontra con la *ratio* di sistema su cui è edificato il diritto migratorio.

Accanto a ciò, inevitabilmente e proprio sul piano dei processi in cui si forma la decisione politica, non vi è dubbio che proprio perché il governo delle migrazioni ha virato da molti anni nella direzione della gestione amministrativa dei flussi e si esercita in una sua rappresentazione politica di matrice emergenziale o securitaria, particolarmente fragili si siano rivelati i cd. strumenti di tutela complementare o sussidiaria.

Nel «secolo dei rifugiati ambientali», così, tanto la protezione umanitaria, quanto il sistema nel suo complesso del diritto migratorio e, in specie, le regole del diritto d'asilo, non prevedono alcuna diretta ed esplicita qualificazione della crisi ambientale o climatica, quale condizione che, di per sé, possa giustificare la condizione di impossibilità a permanere nei territori di provenienza, con il dovere di accoglienza che discende dallo *status* di rifugiato. Se, come non può dubitarsi, si tratta di una lacuna nel quadro *de jure condito* del diritto internazionale, sovranazionale e statale, che regola il diritto migratorio, ciò non può che suggerire che un più radicale ripensamento dell'impianto concettuale su cui esso si fonda<sup>31</sup>.

Come si è tuttavia rilevato nel corso dell'analisi, questo aspetto, di per sé centrale, non esaurisce il problema posto dalle migrazioni indotte da fattori ambientali.

<sup>31</sup> G. CAMPESI, *La norma e l'eccezione nel governo delle migrazioni. Lampedusa, le rivolte arabe e la crisi del regime confinario europeo*, in *Jura Gentium. Rivista di diritto internazionale e della politica globale*, 7, 2, 2011, 93-132.

Ciò emerge chiaramente nell'elaborazione dottrinale dalla quale la condotta migratoria in esame deriva, sul piano dello sforzo che si è prodotto nel delinearne il profilo, tanto in un'opera di specificazione attraverso il quale si è inteso distinguere il caso delle migrazioni climatiche da quelle ambientali, quanto nei diversi orientamenti che sono emersi circa le strategie più idonee a garantirne la tutela giuridica.

Si tratta di aspetti che, pur rappresentando le difficoltà che il tema, in termini ricostruttivi, ha rivelato in questi anni, ne isolano il *vulnus* di matrice concettuale: l'esigenza di offrire un perimetro in cui il fattore ambientale debba rilevare giuridicamente ai fini della qualificazione della condotta migratoria come fatto naturale e oggettivo, e non ragione e significato di una condotta motivata da elementi plurali.

Su questi aspetti, come si è detto, decisivo è ciò che il diritto richiede al sapere scientifico. Sebbene vi siano molti rapporti e studi che hanno messo a fuoco il rapporto tra cambiamento climatico e migrazioni, la difficoltà a isolare il fattore climatico come causa esclusiva del gesto migratorio<sup>32</sup>, ha a che fare con la dimostrazione di due ordini di relazione causale: l'evidenza che indichi uno o più specifici fattori naturali come causa del cambiamento climatico e, conseguentemente, la dimostrazione di un nesso tra questi e la decisione di migrare<sup>33</sup>. Si tratta di due questioni diverse tra loro, giacché la prima pone in rilievo il dibattito della comunità scientifica, mentre l'altra implica, più specificamente, di considerare, al di là della evidenza acclarata, se e a quali condizioni tale situazione soggettiva possa essere oggetto di tutela, allo stato attuale di un diritto internazionale che qualifica il diritto di migrare alla luce della tipizzazione delle motivazioni soggettive.

Diversamente dall'ipotesi di migrazione indotta da conflitti o ragioni di persecuzione, il migrante per fattori climatici o ambientali non accede in via diretta alla protezione accordata dal diritto internazionale allo *status* di rifugiato, poiché, in qualche modo, il cambiamento climatico in sé non è sufficiente ad attivare gli strumenti di tutela, dovendo esso essere il fattore secondario di condizioni primarie, come il verificarsi di disastri naturali, di conflitti o disordini interni che abbiano determinato forzatamente l'abbandono del proprio territorio. La possibilità di ricondurre alla qualificazione dello *status* di rifugiato, per come essa si rinviene nella Convenzione di Ginevra è un'ipotesi che, peraltro, non ha mancato di suscitare dubbi, e ciò, non solo in ragione della difficoltà di stabilire caso per caso un nesso causale tra l'atto della migrazione e il dato del cambiamento climatico nella regione di provenienza.

In questo perimetro, si fronteggia da tempo un dibattito assai polarizzato: per un verso, vi è chi ipotizza la necessità di estendere le condizioni di protezione previste per i rifugiati a tutti quei casi in cui la migrazione sia forzata per ragioni di sopravvivenza (*survival migration*)<sup>34</sup>, giungendo, in qualche caso a proporre di una tipizzazione *ad hoc*, di rifugiato per ragioni ambientali (*environmental refugee*)<sup>35</sup>, per l'altro, si oppone più di una cautela a tali proposte, in ragioni delle conseguenze in termini di ef-

<sup>32</sup> O.V. DUN, F. GEMENNE, *Defining "Environmental Migration"*, cit.

<sup>33</sup> B. MAYER, *The Concept of Climate Migration: Advocacy and its Prospects*, Cheltenham, 2016.

<sup>34</sup> A. BETTS, *Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*, Ithaca, 2013.

<sup>35</sup> F. BIERMANN, I. BOAS, *Protecting Climate Refugees: The Case for a Global Protocol*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 50, 6, 2008, 1-16.

fettività della tutela che da esse discenderebbero<sup>36</sup>. Se il linguaggio non è mai innocente, la stessa tendenza a costruire un discorso pubblico su questi temi che fa leva sul contesto dei fattori climatici, riferendolo alle migrazioni forzose, indica almeno due elementi sui quali occorre riflettere: il limite che incontra la possibilità di statuire nel cambiamento climatico una causa del gesto migratorio a tal punto cogente da esserne la motivazione unica e riconoscibile<sup>37</sup>, e la più generale aporia che, sul piano del diritto migratorio, sconta l'uso di tassonomie che sono chiamate a legittimarlo.

---

<sup>36</sup> J. McADAMS, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2012; R. ZETTER, *Climate Change and Displacement – Legal and Normative Frameworks*, in *Forced Migration Review*, 62, 2008, 62-63.

<sup>37</sup> F. GEMENNE, *One Good Reason to Speak on 'Climate Refugees'*, in *Forced Migration Review*, 50, 2015, 70-71.

## La dignità dei migranti alle frontiere europee

Adele Del Guercio\*

THE DIGNITY OF MIGRANTS AT EUROPEAN BORDERS

ABSTRACT: The article focuses on the violation of human rights taking place along Italy's maritime border, looking in particular at the illegal practices that have occurred in the Lampedusa hotspot. To illustrate the legal obligations to which European states are bound we examine the most recent jurisprudence issued by the Strasbourg Court, in particular the judgement *J.A. and Others v. Italy*.

KEYWORDS: Human dignity; frontiers; hotspot; detention; reception

ABSTRACT: L'articolo si sofferma sulle violazioni dei diritti umani che si registrano alla frontiera marittima italiana, prestando particolare attenzione alle prassi illegittime che hanno luogo nell'*hotspot* di Lampedusa. Al fine di illustrare gli obblighi cui gli Stati europei sono vincolati, viene presa in esame la giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo, ed in particolare la sentenza *J.A. e altri c. Italia*. Infine, a costituire oggetto di approfondimento è altresì la giurisprudenza resa dal suddetto organo con riguardo al trattamento riservato nell'ordinamento italiano ai minori non accompagnati.

PAROLE CHIAVE: Dignità; frontiere; *hotspot*; detenzione; accoglienza

«Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in *dignità e diritti*»  
Art. 1, Dichiarazione universale dei diritti umani

«E – vi preghiamo – quello che succede ogni giorno non trovatelo naturale. Di nulla sia detto: “è naturale” in questi tempi di sanguinoso smarrimento, ordinato disordine, pianificato arbitrio, disumana umanità, così che nulla valga come cosa immutabile”  
B. Brecht

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Le migrazioni via mare verso l'Italia e l'assenza di canali di ingresso legali – 3. Migrazioni via mare e obblighi statali – 4. La condizione dei migranti nell'*hotspot* di Lampedusa all'attenzione della Corte di Strasburgo – 4.1. La condizione dei minori non accompagnati in Italia all'attenzione della Corte di Strasburgo – 5. Accoglienza e detenzione alla frontiera marittima italiana: *l'approccio hotspot* – 6. Osservazioni conclusive.

\* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli L'Orientale. Mail: [adelquercio@unior.it](mailto:adelquercio@unior.it). Il presente contributo si colloca nell'ambito delle attività del PRIN 2020 “MOBS – Mobilities, solidarities and imaginaries across the borders: the mountain, the sea, the urban and the rural as spaces of transit and encounters”. Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 1. Introduzione

**R**iammissioni informali alla frontiera italo-slovena, respingimenti *per procura* nel Mediterraneo centrale, fermi amministrativi nei confronti della flotta civile impegnata in attività di *search and rescue* (SAR), assegnazione di porti distanti dall'area del salvataggio, detenzione arbitraria, standard di accoglienza al ribasso, soprattutto nelle zone di confine, anche quando ad essere coinvolte sono persone vulnerabili.

Violazioni della dignità umana si registrano sia lungo la frontiera esterna dell'Unione europea<sup>1</sup>, sia alle numerose frontiere interne che separano gli Stati membri<sup>2</sup>, come ampiamente documentato dalle organizzazioni internazionali<sup>3</sup> e dalla società civile<sup>4</sup>.

Nel presente scritto ci soffermeremo esclusivamente sulla frontiera italiana, nello specifico su quella marittima, sulla normativa rilevante, sulle prassi realizzate dalle autorità statali, con il supporto delle agenzie dell'UE, suscettibili di incidere sull'esercizio dei diritti fondamentali delle persone migranti.

Innanzitutto, proveremo a verificare quali sono le ragioni che inducono le persone a spostarsi con modalità che mettono a repentaglio la loro vita (par. 2), per poi richiamare brevemente gli obblighi internazionali che trovano applicazione alle migrazioni via mare (par. 3). Ci soffermeremo dunque sulla giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo, che si è pronunciata sulle prassi arbitrarie che si registrano nell'*hotspot* di Lampedusa (par. 4) e sul trattamento non adeguato riservato ai minori non accompagnati (par. 4.1). Andremo poi a verificare qual è il quadro normativo italiano con riguardo al funzionamento degli *hotspot* e dell'accoglienza dei richiedenti asilo (par. 5). Concluderemo con brevi osservazioni (par. 6).

## 2. Le migrazioni via mare verso l'Italia e l'assenza di canali di ingresso legali

Gli arrivi via mare costituiscono un fenomeno significativo per un Paese come l'Italia<sup>5</sup>. Tra l'altro, le rotte del Mediterraneo si confermano le più pericolose al mondo<sup>6</sup>, in ragione delle politiche di durezza e dell'inerzia rispetto alle attività di ricerca e salvataggio dei Paesi europei. Non è un caso che la Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, nel giugno 2023, abbia auspicato «un'azione

<sup>1</sup> Sulla differenza tra frontiera esterna e frontiera interna rinviamo a A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in *DIC*, 2, 2020. In generale, sui regimi normativi applicabili alle frontiere europee si rinvia a D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020.

<sup>2</sup> M. ASTUTI ET AL., «Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti» *I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea*, in *DIC*, 1, 2022.

<sup>3</sup> Tra gli altri: Commissaria diritti umani CoE, *Pushed beyond the limits: Four areas of urgent action to end human rights violations at Europe's borders*, 2022; CPT, *32<sup>nd</sup> General Report of the CPT*, 2023; FRA, *Migration: Fundamental Rights Issues at Land Borders. Report*, 2020; Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, A/HRC/53/26 del 20 aprile 2023.

<sup>4</sup> PRAB, *What we do in the shadows*, VI Report, 2023, <https://pro.drc.ngo>; ed altresì <https://medea.asqi.it/>.

<sup>5</sup> <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean/location/5205>.

<sup>6</sup> UNHCR, *Dead and Missing at Sea*, 31 luglio 2023.



collettiva» di Italia e Ue «per porre fine alla perdita di vite umane in mare, anche attraverso la condivisione delle responsabilità per un'adeguata capacità di soccorso»<sup>7</sup>. Allo stato attuale, l'UE non ha attivato operazioni volte precipuamente al salvataggio delle persone in pericolo in mare. Ciò non toglie che, ai sensi del diritto internazionale consuetudinario e pattizio<sup>8</sup>, il soccorso costituisce un obbligo per il Comandante di qualsiasi nave, pubblica e privata<sup>9</sup>, comprese le unità che operano nel quadro delle missioni della Guardia di frontiera e costiera europea (Frontex)<sup>10</sup>.

La retorica delle Istituzioni italiane, che non hanno perso l'occasione, anche con riferimento ad un evento drammatico come il naufragio avvenuto di fronte alle coste calabresi, di stigmatizzare la scelta dei naufraghi di affrontare il mare su imbarcazioni di fortuna, attribuendo loro la responsabilità delle perdite, nasconde una realtà che non può essere taciuta: la possibilità di migrare in maniera legale verso l'Europa è estremamente limitata, in ragione di politiche migratorie europee e nazionali sempre più restrittive, basate sulla chiusura delle frontiere, su strategie di *non-entrée*<sup>11</sup>, sull'esternalizzazione dei controlli<sup>12</sup>, sulla criminalizzazione dei vettori e sull'assenza di canali di accesso protetto<sup>13</sup>.

Rispetto a quest'ultima questione, va preso atto che l'unico strumento di cui l'Unione europea si è dotata per consentire l'ingresso legale e sicuro alle persone in fuga da guerre, persecuzioni, gravi violazioni dei diritti umani sono i programmi di reinsediamento *ad hoc* realizzati tra il 2015 il 2020, che hanno consentito l'ingresso, complessivamente, nell'arco degli anni considerati, di circa 80mila persone.

Anche di fronte alla crisi afghana, in seguito alla presa del potere da parte dei talebani, la risposta dell'UE è stata alquanto tiepida, più orientata al sostegno degli Stati limitrofi come Iran e Pakistan<sup>14</sup>,

<sup>7</sup> <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/italy-time-for-a-sharp-change-in-migration-policies-and-effective-advancement-of-women-s-rights-and-gender-equality>.

<sup>8</sup> Art. 98 della Convenzione di Montego Bay, Conv. SAR, Conv. SOLAS.

<sup>9</sup> F. DE VITTOR, *La migrazione via mare nel diritto internazionale. Libertà di movimento, obblighi di soccorso e rispetto dei diritti umani delle persone migranti*, Napoli, 2023; I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *DIC*, 3, 2017; M. STARITA, *Il dovere di soccorso in mare e il diritto di obbedire al diritto (internazionale) del comandante della nave privata*, in *DUDI*, 2019, 5-46.

<sup>10</sup> Su Frontex si rinvia, tra gli altri, a S. MARINAI, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione irregolare*, in A. CALAMIA ET AL. (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, 2021, 197 ss.; D. VITIELLO, *Le frontiere esterne*, cit.

<sup>11</sup> E. PAPASTAVRIDIS, *Recent Non-Entrée Policies in the Central Mediterranean and Their Legality: A New Form of Refoulement?*, in *DUDI*, 3, 2018, 493 ss.

<sup>12</sup> A. LIGUORI, *Migration Law and the Externalization of Border Controls European State Responsibility*, Routledge, 2019.

<sup>13</sup> F.L. GATTA, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *DIC*, 2, 2018; S. MARINAI, *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto pubblico*, 1, 2020, 57 ss; G. MORGESE, *Limitati sviluppi del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo in materia di percorsi legali di ingresso*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali*, Napoli, 2022, 271 ss.; C. SICCARDI, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in *DIC*, 2, 2022.

<sup>14</sup> Commissione europea, *Draft Action Plan responding to the events in Afghanistan*, 10 settembre 2021. Sulla risposta dell'UE alla crisi afghana si rinvia a A. DI PASCALE, *L'Unione europea di fronte alla sfida dei profughi afghani*, in [www.ismu.org](http://www.ismu.org), 2021; F.L. GATTA, *La crisi afghana bussa alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?*, in *Adim Blog*, Ottobre 2021.

anche al fine di contenere l'immigrazione verso il territorio europeo, che non all'accoglienza delle persone in fuga<sup>15</sup>.

Solo nel 2023, coloro che, secondo le stime di UNHCR, avrebbero necessitato di reinsediamento a livello mondiale erano 108 milioni<sup>16</sup>. Trattasi di persone con un manifesto bisogno di protezione internazionale (35 milioni sono rifugiati), concentrate, per il 76%, in Paesi a medio e basso reddito (Turchia, Iran, Colombia, Pakistan, Libano), sui quali grava l'onere, sia finanziario sia di gestione, relativo all'accoglienza e al disbrigo delle procedure di asilo.

Al momento in cui si scrive, è in corso di approvazione una proposta di regolamento che doterà l'Unione di un quadro permanente per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria<sup>17</sup>, che costituisce indubbiamente un tassello importante della politica di asilo, ma che non è scevro da limiti di un certo rilievo, tra cui, solo per citarne uno, la partecipazione su base volontaria da parte degli Stati membri, sui quali, pertanto, non graverà alcun obbligo di trasferimento e accoglienza<sup>18</sup>.

Guardando all'ordinamento italiano, i canali di ingresso protetto per i richiedenti asilo sono alquanto limitati: possiamo richiamare, infatti, solamente le evacuazioni aeree dall'Afghanistan. L'Italia ha altresì partecipato ai reinsediamenti dalla Libia gestiti da UNHCR<sup>19</sup>, che hanno visto coinvolte poche centinaia di persone sottratte alle carceri libiche.

A queste esperienze, promosse dal governo, si affiancano quelle dei privati, in primis i *corridoi umanitari*, realizzati, a partire dal 2015, da alcune associazioni religiose<sup>20</sup>. Tale buona pratica ha contribuito al trasferimento, in condizioni di sicurezza, di circa seimila persone, prevalentemente da Etiopia, Giordania, Niger e Libia<sup>21</sup>.

Abbiamo ritenuto opportuno richiamare brevemente gli strumenti e i progetti – assolutamente meritevoli – di cui sopra per mostrare quanto siano contenute le possibilità di accesso legale e sicuro al territorio italiano, rispetto alle quali, tra l'altro, è significativo il ruolo dei privati.

Eppure, nell'ordinamento italiano non mancherebbero le basi normative per garantire una migrazione in condizioni di sicurezza. Innanzitutto, una parte della dottrina sostiene che il dato letterale dell'art. 10, co. 3, della Costituzione presuppone l'ingresso nel territorio italiano al fine di esercitare il diritto di asilo, da cui deriverebbe l'obbligo per le autorità statali di agevolarne l'esercizio anche nei confronti dei potenziali richiedenti protezione internazionale che si trovino all'estero<sup>22</sup>. La tesi ora richiamata è

<sup>15</sup> ECRE, *Afghans seeking, Protection in Europe ECRE's compilation of information on evacuations, pathways to protection and access to asylum in Europe for Afghans since August 2021*, dicembre 2021. L'Italia, su invito dell'UE, ha trasferito 4.890 cittadini afghani e si è impegnata a reinsediarne 1200 entro il 2023.

<sup>16</sup> UNHCR, *Global Trends 2022, 2023*.

<sup>17</sup> Commissione europea, COM/2016/0468 final.

<sup>18</sup> Sia consentito rinviare altresì al nostro *Canali di accesso protetto al territorio dell'Unione europea: un bilancio alla luce del nuovo Patto su immigrazione e asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1, 2021, 138 ss.

<sup>19</sup> *Emergency Transit Mechanism (ETM)*, [www.unhcr.org](http://www.unhcr.org).

<sup>20</sup> In argomento si rinvia a P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d'intesa sui corridoi umanitari tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *DIC*, 1, 2017; C. SICCARDI, *op. cit.*, in part. 99 ss.

<sup>21</sup> Tra le iniziative dei privati, degno di nota è anche il progetto dei corridoi universitari, promosso da UNHCR a partire dal 2019. <https://universitycorridors.unhcr.it>.

<sup>22</sup> P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), *Ius migrandi*, Milano, 784; C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, III, 1958, 222; C. SICCARDI, *op. cit.*, 96 ss.

stata fatta propria anche dalla giurisprudenza, con delle pronunce che hanno riconosciuto ai ricorrenti il diritto di ingresso nel territorio italiano al fine di presentare domanda di protezione internazionale<sup>23</sup>. Nelle pronunce in questione si fa leva su un'altra norma, di derivazione europea ma che trova applicazione diretta nell'ordinamento statale, sulla base della quale i giudici italiani hanno riconosciuto il diritto di accesso al territorio: ci riferiamo all'art. 25 del codice dei visti, che disciplina il rilascio di un visto d'ingresso con validità temporale e territoriale limitata laddove vengano in rilievo motivi umanitari o obblighi internazionali. Nondimeno, va dato atto che tale strumento è scarsamente utilizzato dalle autorità consolari<sup>24</sup> e l'applicazione da parte dei tribunali italiani ha dato origine a controversie con la pubblica amministrazione<sup>25</sup>.

Quote d'ingresso destinate agli apolidi e ai rifugiati riconosciuti dall'UNHCR o dalle autorità competenti nei Paesi di primo asilo o di transito sono state previste dal d.l. 20/2023, convertito in legge n. 50/2023, c.d. "decreto Cutro"<sup>26</sup>, che nel complesso, tuttavia, costituisce un intervento normativo estremamente problematico, come emergerà più avanti, in quanto determina una significativa compressione delle situazioni giuridiche soggettive delle persone migranti.

Inoltre, va segnalato che nel 2023 è stato emanato un decreto flussi per lavoratori di Paesi terzi ed è stata approvata la programmazione degli ingressi per il triennio 2023/2025. Trattasi di previsioni rilevanti, poiché l'assenza di norme che consentano l'accesso al territorio statale per motivi di lavoro ha determinato nel tempo un sovraccarico del sistema nazionale d'asilo. Nondimeno, anche le modifiche introdotte non risultano del tutto soddisfacenti<sup>27</sup>, poiché, tra l'altro, non sono state previste norme che consentano la regolarizzazione di chi è già presente in Italia privo di un'autorizzazione al soggiorno. Ciò determina precarietà giuridica e sociale, marginalità e maggiore esposizione allo sfruttamento delle persone che non riescono a sottrarsi alla condizione di irregolarità.

<sup>23</sup> Si veda, tra le altre: Tribunale di Roma, ordinanza del 21 febbraio 2019; Tribunale di Roma, ordinanza del 21 dicembre 2021. Si veda [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>24</sup> Tra l'altro, com'è noto, la Corte di giustizia dell'UE (*X e X c. Belgio*, causa C-638/16 PPU, sentenza del 7 marzo 2017) ha escluso che dall'art. 25 del codice dei visti derivi per le autorità consolari l'obbligo di rilasciare un permesso di soggiorno VTL per motivi umanitari. Sia consentito rinviare al nostro *Canali di accesso protetto al territorio dell'Unione europea*, cit., e bibliografia ivi indicata. Anche la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi su una questione analoga, ha scelto di non pronunciarsi, escludendo la giurisdizione dello Stato convenuto con riguardo alle doglianze dei ricorrenti. Corte EDU [GC], *M. N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18, decisione del 5 maggio 2020, su cui A. LIGUORI, *Two Courts but a Similar Outcome – no humanitarian visas*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (eds.), *Migration and Asylum Policies Systems*, Napoli, 2020.

<sup>25</sup> Si rinvia a C. SICCARDI, *op. cit.*, 104 ss.

<sup>26</sup> Al riguardo si rinvia alle riflessioni di C. CAPRIOGLIO, T. MONTELLA, E. RIGO, *La strage che diventa legge*, 2 maggio 2023, [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org). Più in generale, sulle numerose criticità del decreto in questione, si rinvia agli approfondimenti in *DUDI*, 2, 2023 e *ADiM Blog*, 2023.

<sup>27</sup> Sui limiti delle misure adottate si rinvia a R. CHERCHI, *Il "decreto Cutro" tra domanda di forza lavoro e insofferenza per i diritti fondamentali*, in *ADiM Blog*, aprile 2023, 2; M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Lavoro e immigrazione: una nuova stagione nella regolamentazione dei flussi di ingresso?*, in *ADiM Blog*, luglio 2023.

### 3. Migrazioni via mare e obblighi statali

Non essendo riconosciuta, di fatto, la possibilità di migrare in maniera legale e sicura<sup>28</sup>, il Mediterraneo è divenuto uno spazio solcato da rotte migratorie, lungo le quali si registrano pratiche illegali: si pensi ai *respingimenti per procura*<sup>29</sup> realizzati dalla fantomatica Guardia Costiera libica, equipaggiata e addestrata dal governo italiano nell'ambito del quadro di cooperazione di cui il MoU del 2017<sup>30</sup> rappresenta solamente l'ultimo tassello; ai *drift backs*<sup>31</sup> attuati dalla guardia costiera ellenica o alle *devoluciones en caliente* del governo spagnolo presso le enclave di Ceuta e Melilla<sup>32</sup>; e, più di recente, alle operazioni condotte dalla guardia costiera tunisina<sup>33</sup>. Ancora, si registra sovente il disimpegno degli Stati costieri rispetto alle attività SAR.

È d'uopo rammentare che, con la storica sentenza *Hirsi* del 23 febbraio 2012<sup>34</sup>, la Corte europea, pronunciandosi all'unanimità in formazione di Grande Camera, ha già ritenuto illegittima la prassi dei respingimenti via mare di migranti verso la Libia attuati dalle autorità italiane nel corso del 2009. Tale prassi si pone infatti in contrasto con gli articoli 3 (divieto di tortura e trattamenti e pene inumani e degradanti), 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e 4 Protocollo 4 (divieto di espulsioni collettive). In Libia, infatti, si sarebbe determinata una situazione di rischio, sia per i trattamenti lesivi cui i migranti sarebbero andati incontro, in particolare nei centri di detenzione; sia per l'eventuale respingimento verso i Paesi di origine, da cui erano fuggiti perché perseguitati (si trattava, nel caso di specie, di cittadini eritrei e somali). Tra l'altro, a bordo delle unità navali italiane i ricorrenti non erano stati identificati, non avevano avuto la possibilità di far conoscere la propria situazione personale ed i pericoli cui sarebbero andati incontro in caso di respingimento, di chiedere asilo o di rivolgersi al giudice, procedure che, peraltro – riconosce la stessa Corte –, non possono svolgersi a bordo di un'imbarcazione. Tali circostanze vanno ad integrare una violazione non solo del principio di *non-refoulement* ricavato dall'art. 3 CEDU, ma altresì del divieto di espulsione collettiva, interdetta dal dettato pattizio, che garantisce il diritto ad avere il proprio caso esaminato su base individuale.

Analogamente, il suddetto organo ha dichiarato illegittimi i respingimenti verso la Grecia dei migranti giunti via mare ad Ancona: i ricorrenti, cittadini afgani, sudanesi e eritrei, non avevano ricevuto alcuna

<sup>28</sup> Sul diritto di cercare asilo M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, 2012.

<sup>29</sup> V. MORENO LAX, M. GIUFFRÉ, *The Raise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (ed), *Research Handbook on International Refugee Law*, Cheltenham, 2019, 82 ss. Con riguardo ai respingimenti su delega, si attende che la Corte di Strasburgo si pronunci sul ricorso *S.S. e altri c. Italia*, n. 21660/18.

<sup>30</sup> [www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf). Sulla cooperazione Italia-Libia si rinvia a A. FAZZINI, *L'esternalizzazione delle frontiere e la responsabilità degli stati europei. Il caso Italia-Libia*, Napoli, 2023; A. LIGUORI, *Migration Law*, cit., 7 ss.

<sup>31</sup> I. MANN, *A Lost Opportunity for Border Justice at the European Court of Human Rights*, in *EJIL Talk!*, 3 febbraio 2022.

<sup>32</sup> M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *DUDI*, 2, 2020, 479-509.

<sup>33</sup> Sulla cooperazione UE-Tunisia, per un primo commento, si rinvia a ECRE, *EU External Partners: EU's Dodgy Deal with Tunisia Sparks Outcry Amid Continued Crack-down Against Sub-Saharan Migrants by the Regime*, 26 luglio 2023; F. SPAGNOLO, *Il Memorandum of understanding UE-Tunisia: profili giuridici e impatto sui diritti umani*, in *I Post di AISDUE*, 19 novembre 2023, [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu).

<sup>34</sup> Corte EDU [GC], *Hirsi e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012.

informativa legale, non avevano avuto a disposizione un interprete e non avevano potuto accedere alle procedure per la presentazione della domanda di protezione internazionale. Ad avviso della Corte, si è concretizzata innanzitutto la violazione del principio di non respingimento, poiché le autorità italiane non si erano accertate preventivamente dell'adeguatezza del sistema di asilo ellenico e che i ricorrenti non venissero rimpatriati nei Paesi di origine; inoltre, ad essere stato violato è il divieto di espulsioni collettive<sup>35</sup>.

Come statuito autorevolmente dalla suddetta Corte, «la specificità del contesto marittimo non può portare a sancire uno *spazio di non diritto* all'interno del quale gli individui non sarebbero soggetti ad alcun regime giuridico che possa accordare loro il godimento dei diritti e delle garanzie previsti dalla Convenzione e che gli Stati si sono impegnati a riconoscere alle persone poste sotto la loro giurisdizione»<sup>36</sup>.

Tra le garanzie sancite dalla CEDU è espressamente previsto il diritto alla vita (art. 2), che riveste un ruolo fondamentale nelle società democratiche e comporta l'adozione di obblighi positivi nei confronti delle persone sottoposte alla giurisdizione statale<sup>37</sup>, tra cui il soccorso tempestivo in caso di *distress* in mare, come sostenuto nella sentenza *Safi e altri c. Grecia*<sup>38</sup>.

Sulla tutela del diritto alla vita è intervenuto altresì il Comitato per i diritti umani, organo di controllo istituito dal Patto sui diritti civili e politici, che ha ritenuto il governo italiano responsabile per il colpevole ritardo con cui sono stati attivati i soccorsi nei confronti di un'imbarcazione in difficoltà in acque internazionali, nella zona SAR maltese, sebbene un'unità della Marina militare italiana si trovasse nei pressi e fosse stata allertata<sup>39</sup>. Nel naufragio, avvenuto il 27 gennaio 2021, morirono circa duecento persone, tra cui sessanta bambini. Il suddetto organo ha sostenuto che gli Stati sono vincolati all'obbligo di protezione del diritto alla vita anche in relazione ad eventi che si verificano al di fuori del proprio territorio, delle proprie acque territoriali o delle proprie imbarcazioni, qualora esercitino un potere o un controllo effettivo, anche se soltanto potenziale, rispetto ad una situazione di minaccia per la vita delle persone in mare. Nel caso di specie, alla luce di una serie di elementi fattuali (tra cui la prossimità tra l'unità navale italiana e l'imbarcazione in distress), il Comitato ha ravvisato la giurisdizione italiana, poiché sussisteva una «relazione di speciale dipendenza [...] tra gli individui a bordo della nave in pericolo e l'Italia». Il governo italiano è stato altresì invitato ad adottare le misure necessarie a far sì che non si verificano situazioni analoghe<sup>40</sup>.

È di chiara evidenza, alla luce degli esempi riportati, che l'assenza di vie di accesso legali, le strategie di deterrenza e l'inerzia degli Stati costieri rispetto ai salvataggi costituiscono una negazione di obblighi internazionali aventi portata generale, quali il diritto alla vita, il soccorso e il divieto di respingimento.

<sup>35</sup> Corte EDU [GC], *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, sentenza del 21 ottobre 2014.

<sup>36</sup> Corte EDU [GC], *Hirsi e altri c. Italia*, cit., par. 178.

<sup>37</sup> V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2023.

<sup>38</sup> Corte EDU, *Safi e altri*, ric. n. 5418/15, sentenza del 7 luglio 2022.

<sup>39</sup> CDU, *S.A. e altri c. Italia*, ric. n. 3042/2017, decisione del 27 gennaio 2021, su cui <https://www.saccuccipartners.com/2021/01/28/italia-condannata-per-il-naufragio-del-2013-in-sar-maltese/>.

<sup>40</sup> Sui procedimenti avviati nell'ordinamento interno relativamente al naufragio in questione si veda Tribunale di Roma, sentenza n. 14998 del 15 dicembre 2022, su cui G. MENTASTI, *Ritardi nei soccorsi in mare e possibili responsabilità delle autorità italiane: la "condanna" per il "naufragio dei bambini", nonostante la prescrizione dei reati*, in *DIC*, 3, 2023.

Com'è noto, dal 2017 si è poi assistito alla criminalizzazione della solidarietà in mare da parte dei governi europei<sup>41</sup>, tra cui anche quello italiano. Quest'ultimo, attraverso una serie di provvedimenti normativi<sup>42</sup>, quasi sempre privilegiando lo strumento del decreto legge, ha provato a limitare l'azione delle Ong impegnate nelle attività di ricerca e soccorso<sup>43</sup>, fino alla fase più recente caratterizzata dai fermi amministrativi nei confronti delle navi delle ONG e dall'indicazione di porti di sbarco distanti anche giorni di navigazione dall'area del salvataggio. Tali politiche hanno ricadute drammatiche sulle persone migranti<sup>44</sup>, sovente già provate dai lunghi viaggi, dalle violenze subite nei Paesi di origine e di transito, dalle vulnerabilità intrinseche o contestuali<sup>45</sup>. Ritardando i soccorsi o lo sbarco, la condizione di sofferenza viene prolungata e si rischiano situazioni di pericolo per la vita delle persone, come avvenuto a Cutro a febbraio di quest'anno, quando hanno perso la vita più di novanta persone, senza che le autorità statali siano intervenute a prestare soccorso, benché nel caso di specie il naufragio sia avvenuto nelle acque territoriali italiane. Le responsabilità sono ancora in corso di accertamento.

#### 4. La condizione dei migranti nell'*hotspot* di Lampedusa all'attenzione della Corte di Strasburgo

L'estate 2023 sarà ricordata per i continui sbarchi a Lampedusa, dove, nell'arco di tre mesi, più di 50mila persone sono transitate nell'*hotspot*, 7200 nei momenti più critici (tra cui numerosi minori non accompagnati), con tutte le conseguenze che ne sono derivate rispetto agli standard di accoglienza. Si è assistito a momenti di grave emergenza, con i naufraghi appena sbarcati abbandonati sulle banchine del porto senza ricevere alcuna forma di assistenza e il CPSA/*hotspot* costantemente sovraffollato. Com'è noto, l'*approccio hotspot*<sup>46</sup> rappresenta uno degli strumenti individuati dalla Commissione europea nell'Agenda del 2015<sup>47</sup> per affrontare la "crisi dei rifugiati" che stava interessando l'Unione, ed in particolare per offrire supporto alla Grecia e all'Italia, Stati membri posti alla frontiera esterna dello spazio Schengen e maggiormente interessati dagli arrivi di persone migranti. Le agenzie dell'UE – in particolare EASO, Frontex, Europol e Eurojust – venivano coinvolte, accanto alle autorità statali, al fine di «condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte

<sup>41</sup> FRA, *June 2022 Update – Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights*, 2022.

<sup>42</sup> Su cui G. CATALDI, *Quale "ragionevolezza" e due diligence dello Stato nel cd. "Decreto Piantedosi" in tema di gestione dei flussi migratori?*, in *Diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 3, 2022; L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia*, 15 giugno 2021.

<sup>43</sup> Sul ruolo degli attori non statali nelle operazioni SAR si rinvia allo speciale a cura di G. BEVILACQUA, *Italy versus NGOs: The Controversial Interpretation and Implementation of Search and Rescue Obligations in the Context of Migration at Sea*, in *IYIL*, 2018, 11 ss.; Id., *Non-State Actors and Human Security in Navigable Spaces: The Background behind the Special Issue*, in *Federalismi*, 17 gennaio 2022.

<sup>44</sup> G. CATALDI, *Search and Rescue of Migrants at Sea in Recent Italian Law and Practice*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (eds.), cit., 11-25.

<sup>45</sup> V. LORUBBIO, M.G. BERNARDINI (a cura di), *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento, 2023.

<sup>46</sup> [https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/hotspot-approach\\_en](https://home-affairs.ec.europa.eu/networks/european-migration-network-emn/emn-asylum-and-migration-glossary/glossary/hotspot-approach_en).

<sup>47</sup> Commissione europea, COM(2015) 240 final del 13 maggio 2015. Vd. G. MORGESE, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *DIC*, 3-4, 2015, 15 ss.

digitali dei migranti in arrivo» presso i «punti di crisi», individuati nei luoghi di sbarco; ciò anche con l'obiettivo di separare i potenziali richiedenti protezione internazionale, da indirizzare ai meccanismi temporanei di ricollocazione<sup>48</sup>, dai migranti *economici*, da rimpatriare<sup>49</sup>, dopo essere stati trattenuti presso gli *hotspot*, seppure in assenza di una disciplina europea che indicasse tali luoghi come *chiusi*. I punti di crisi hanno poi trovato una definizione non esaustiva nel reg. (UE) 2019/1896 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, all'art. 2, co. 23<sup>50</sup>.

Sulle condizioni dei migranti all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa, e più in generale sul sistema di accoglienza italiano, è intervenuta a più riprese la Corte europea dei diritti umani, da ultimo con la sentenza *J.A. e altro* del 30 marzo 2023<sup>51</sup>, riguardante quattro cittadini tunisini giunti a Lampedusa nell'ottobre 2017 dopo essere stati soccorsi dalla Guardia Costiera italiana. Una volta sbarcati, i ricorrenti vengono trasferiti nel centro di primo soccorso e accoglienza (CPSA) di Contrada Imbriacola, individuato come *hotspot* dall'art. 17 del d.l. n. 13/2017<sup>52</sup>, sottoposti a visita medica e identificati. In tale occasione viene loro fornito un opuscolo informativo sulla possibilità di chiedere asilo, che tuttavia i ricorrenti non sono in grado di comprendere. Nel centro trascorrono dieci giorni senza poter in alcun modo comunicare con le autorità e con i mediatori, per poi essere trasferiti presso l'aeroporto di Lampedusa, dove viene loro chiesto di firmare un foglio di cui non comprendono il significato (trattasi di un provvedimento di respingimento differito<sup>53</sup>). I ricorrenti vengono privati dei telefoni e ammanettati con cinghie di velcro, per poi essere trasferiti a Palermo e da qui, dopo l'identificazione da parte delle autorità tunisine, rimpatriati.

I quattro decidono di rivolgersi alla Corte di Strasburgo per contestare sia le condizioni inumane e degradanti del centro, sia l'essere stati sottoposti ad una detenzione *de facto*, sottratta a qualsiasi regolamentazione giuridica, senza poter far conoscere la propria situazione personale e contestare la

<sup>48</sup> Sul fallimento della ricollocazione si rinvia a M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *DIC*, 2, 2015, 33-60.

<sup>49</sup> Sulle criticità di tale approccio si rinvia, tra gli altri, a M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *DIC*, 2, 2018; S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, 2, 2017; M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2016, 739 ss.

<sup>50</sup> «zona creata su richiesta dello Stato membro ospitante in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie competenti dell'Unione e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna».

<sup>51</sup> Corte EDU, *J.A. e altri c. Italia*, ric. n. 21329/18, sentenza del 30 marzo 2023. La sentenza è divenuta definitiva poiché non è stata impugnata dalle Parti nei tempi previsti. L'indirizzo che ha ispirato la sentenza in questione è stato confermato dal Comitato di tre giudici, istituito per trattare casi ripetitivi rispetto ai quali si registra una giurisprudenza consolidata ([www.echr.coe.int/w/new-thematic-committee-for-immigration-related-cases](http://www.echr.coe.int/w/new-thematic-committee-for-immigration-related-cases)), nelle successive pronunce *M.A.*, ric. n. 13110/18, *A.B.*, ric. n. 13755/18, e *A.S.*, ric. n. 20860/20, rese il 19 ottobre 2023, relative all'accoglienza e al trattenimento *de facto* di cittadini tunisini nell'*hotspot* di Lampedusa, nelle quali la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 3 e dell'art. 5, par. 1, 2 e 4 CEDU. Sia consentito rinviare al nostro *C'è ancora un giudice a Strasburgo. Trattenimento arbitrario e violazione dei diritti umani nell'hotspot di Lampedusa*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, novembre 2023.

<sup>52</sup> D.l. 17 febbraio 2017, n. 13 (cd. decreto Minniti), convertito con modificazioni, in L. 13 aprile 2017, n. 46.

<sup>53</sup> Disciplinato dall'art. 10, co. 2, lett. a e b, del T.U.I. Sulle criticità del respingimento differito si rinvia a Corte costituzionale, sentenza del 20 dicembre 2017, n. 275.

privazione della libertà. I giudici della CEDU hanno accolto le doglianze dei ricorrenti, riscontrando la responsabilità dell'Italia per violazione degli artt. 3, 5 par. 1, 2 e 4, e 4 Protocollo 4.

Rinviando alla dottrina per un'analisi più puntuale della sentenza<sup>54</sup>, in questa sede preme svolgere alcune riflessioni più generali sul trattamento delle persone migranti sbarcate a Lampedusa. Un primo aspetto su cui si sofferma la Corte, giungendo a riscontrare la violazione dell'art. 3 CEDU, sono le condizioni in cui hanno vissuto i ricorrenti nel centro di Contrada Imbriacola. In special modo, vengono prese in esame le condizioni igieniche critiche, i servizi carenti rispetto all'eccessivo numero di persone presenti nel centro e la mancanza di spazio, circostanze denunciate dai ricorrenti attraverso delle fotografie, ritenute dalla Corte mezzi di prova idonei. Detto organo ha attribuito notevole rilievo ai rapporti pubblicati dal Garante nazionale per i diritti dei detenuti<sup>55</sup>, dal Senato italiano<sup>56</sup> e dal Comitato delle NU contro la tortura<sup>57</sup>, che confermano le condizioni poco dignitose del centro e che il governo convenuto in giudizio non è riuscito a smentire.

Ad avviso dei giudici della CEDU, le condizioni in cui versavano le persone all'interno dell'*hotspot* di Lampedusa sono sufficientemente gravi da ritenere raggiunta la soglia minima perché possa essere constatata la sussistenza di trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 CEDU; da detta disposizione derivano per gli Stati contraenti obblighi positivi con riguardo agli standard di accoglienza, come peraltro è possibile desumere da una giurisprudenza consolidata, richiamata in J.A.<sup>58</sup>.

Si rammenti che, nel 2016, la Grande Camera, nel pronunciarsi su un noto caso, anch'esso concernente il centro di Lampedusa, *Khlaifia e altri*<sup>59</sup>, aveva escluso, destando forti perplessità in dottrina<sup>60</sup>, che condizioni analoghe andassero a configurare una lesione dei diritti dei ricorrenti, in ragione della breve durata del trattenimento nel centro, della situazione di emergenza in cui versava l'Italia per via dei

<sup>54</sup> Per dei primi commenti alla sentenza si rinvia a E. ARDITO, *L'approccio hotspot e la prassi dei respingimenti collettivi nella sentenza J.A. e al. c. Italia*, in *DUDI*, 2, 2023, 488-498; C. DRIGO, *La detenzione arbitraria dei migranti nell'hotspot di Lampedusa e la violazione del divieto di espulsioni collettive nuovamente al vaglio dei giudici di Strasburgo*, in *ADiM Blog*, maggio 2023; M. PORCHIA, *Condizioni di detenzione e respingimenti collettivi: l'hotspot di Lampedusa al vaglio della Corte EDU*, in *ADiM Blog*, aprile 2023; M. ROCCA, *J.A. and Others v. Italy – Is the European Court of Human Rights turning its focus to maritime migrants?*, in *EJIL: Talk!*, 17 aprile 2023.

<sup>55</sup> Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Rapporto relativo alle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia (2016-17: primo anno di attività)*, 2017.

<sup>56</sup> Senato della Repubblica – Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui Centri di identificazione ed espulsione siti in Italia*, 2017.

<sup>57</sup> *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, 15 gennaio 2017.

<sup>58</sup> Corte EDU [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011; [GC] *Tarakhel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12, sentenza del 4 novembre 2014; *E.K. c. Grecia*, ric. n. 73700/13, sentenza del 14 gennaio 2021. Se ne ricava che l'accoglienza, per essere dignitosa, deve garantire quanto meno condizioni materiali di base (alloggio, vitto, cure mediche essenziali), in ottemperanza, tra l'altro, al diritto UE in materia di asilo (direttiva 2013/33/UE).

<sup>59</sup> Corte EDU [GC], *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016.

<sup>60</sup> Tra gli altri: P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017, 176-180; M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire*, cit.; P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *DUDI*, 2, 2021, 259-288; A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *DUDI*, 1, 2018, 29 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017, 41-72.



numerosi sbarchi, dell'incendio che aveva distrutto una parte della struttura; soprattutto, il suddetto organo aveva attribuito rilievo alla circostanza che i ricorrenti, anch'essi cittadini tunisini, non erano persone vulnerabili: non si trattava – sosteneva la Corte – di minori, anziani o malati, né di richiedenti asilo, categoria alla quale viene attribuita una specifica vulnerabilità dovuta alle violenze subite nel Paese di origine<sup>61</sup>.

Con la sentenza *J.A. e altri*, invece, la Corte concentra la valutazione sulle condizioni in cui, *di fatto*, si sono trovati i ricorrenti, e che costituiscono un trattamento vietato dalla CEDU, in ragione della loro gravità e della durata, per chiunque, indipendentemente da eventuali specifiche vulnerabilità.

È altresì particolarmente degno di nota altresì che il suddetto organo abbia voluto ribadire che le difficoltà derivanti dall'incremento degli arrivi di migranti e richiedenti asilo, in particolare negli Stati posti alle frontiere esterne dell'UE, non esonerano gli stessi dagli obblighi che derivano dalla CEDU<sup>62</sup>. Rammentiamo al riguardo che l'art. 3 CEDU tutela un valore fondamentale «strettamente legato al rispetto della dignità umana», da cui scaturiscono obblighi assoluti e inderogabili, che non possono subire limitazioni nemmeno di fronte a pericoli per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale<sup>63</sup>.

L'altra questione di rilievo della pronuncia *J.A.* riguarda la natura dell'*hotspot* e, di conseguenza, la condizione giuridica delle persone che vi si trovano. Gli *hotspot* sono nati come centri volti all'identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti giunti alle frontiere di Grecia e Italia, per poi divenire, nella prassi di detti Stati, dei centri di detenzione *de facto*. Mentre il governo greco ha proceduto ad adottare una regolamentazione organica – seppure non scevra da criticità di un certo rilievo – sul trattenimento dei migranti<sup>64</sup>, in Italia si sono susseguiti interventi normativi (prevalentemente attraverso decreti legge) che, tuttavia, non sono riusciti a colmare del tutto i vuoti e le ambiguità della disciplina.

La Corte di Strasburgo si sofferma su tale aspetto, attribuendo rilevanza alle fonti a sua disposizione, che denunciano come l'*hotspot* di Lampedusa funzioni come *luogo chiuso*, circondato da sbarre, cancelli e reti metalliche, dal quale le persone non hanno la possibilità di uscire, e ciò in assenza di una base legale che lo riconosca come tale. Di conseguenza, come emerge tra l'altro dal rapporto del Garante, richiamato più volte nella sentenza, le persone migranti vengono private della libertà personale in violazione dell'art. 13 della Costituzione Italiana<sup>65</sup>. Si badi che il governo italiano non ha contestato tali doglianze, ammettendo che nell'*hotspot* di Lampedusa si realizza una *limitazione* della libertà personale per motivi di pubblico interesse: infatti, ha sostenuto il Prefetto, «l'isola vive di turismo e la loro presenza [dei migranti, n.d.A.] potrebbe creare problemi»<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Corte EDU [GC], *Khlaifia*, cit., par. 194.

<sup>62</sup> In special modo quello di garantire condizioni di accoglienza e di trattenimento dignitose. Tra l'altro, anche detta precisazione denota una distanza significativa dalla posizione, alquanto problematica, assunta dalla GC nella sentenza *Khlaifia* e conferma l'approccio più garantista che aveva contrassegnato la sentenza *Hirsi*.

<sup>63</sup> Corte EDU [GC], *Khlaifia*, cit., par. 158.

<sup>64</sup> Con la L. n. 4375/2016, con la quale ha disciplinato il Servizio Nazionale di Asilo (*Greek Asylum Service*).

<sup>65</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza n.105/2001, ha stabilito che le garanzie di cui all'art. 13 Cost. non possono subire limitazioni nei confronti degli stranieri, in virtù del «carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

<sup>66</sup> Corte EDU, *J.A. e altri c. Italia*, cit., par. 69.

Rammentiamo che nel sistema della CEDU la detenzione dello straniero è legittima se risponde ad una delle ipotesi previste al paragrafo 1 dell'art. 5, tra cui l'arresto e la detenzione volti ad impedire l'ingresso illegale nel territorio statale, oppure al fine di procedere all'espulsione o all'estradizione (lettera f)<sup>67</sup>. Nondimeno, perché tali ipotesi siano conformi al dettato convenzionale, la privazione della libertà deve avere una base legale chiara ed accessibile e non deve tradursi in un trattamento arbitrario: dunque, deve essere disposta in buona fede, rispondere allo scopo per il quale viene ordinata e svolgersi in condizioni dignitose. Come sottolinea la stessa Corte, infatti, bisogna tenere a mente che si tratta di una misura che colpisce persone che non hanno commesso alcun reato e che sono state costrette a lasciare il Paese di origine, spesso mettendo a rischio la propria vita; inoltre, seppure a certe condizioni la privazione della libertà sia legittima, la durata deve essere ragionevole rispetto al conseguimento dell'obiettivo per il quale è disposta<sup>68</sup>.

Nel caso oggetto della sentenza *J.A.*, rileva la Corte, la detenzione nell'*hotspot* non rientra tra le ipotesi di cui alla lettera f: nessuna norma italiana, al momento dei fatti contestati, prevedeva tale misura nei confronti delle persone giunte nel territorio statale prive dell'autorizzazione e che non presentavano domanda di protezione internazionale, a meno che non fosse stato adottato un provvedimento di espulsione. Tale circostanza si è concretizzata per i ricorrenti solo l'undicesimo giorno successivo all'ingresso, quando le autorità hanno fatto firmare loro un ordine di *respingimento differito*<sup>69</sup>.

Ad avviso dei giudici di Strasburgo, che basano la propria valutazione sulle fonti nazionali e internazionali già citate, i ricorrenti sono stati sottoposti ad una privazione arbitraria della libertà personale nell'*hotspot* di Lampedusa, per ben dieci giorni, in condizioni inumane e degradanti, per di più in assenza di una base legale chiara e accessibile e di un provvedimento motivato che disponesse il trattamento, e senza alcuna indicazione in merito alla durata dello stesso: si è pertanto configurata una violazione dell'art. 5, par. 1; ciò anche tenuto conto che né nei documenti della Commissione europea, né nel diritto italiano applicabile al momento dei fatti contestati, gli *hotspot* erano classificati come centri di detenzione, trattandosi invece di luoghi per l'identificazione e l'accoglienza dei migranti appena sbarcati. Si badi che la Corte respinge come pretestuosa l'argomentazione del Governo italiano secondo cui non si tratterebbe di privazione della libertà in un luogo chiuso perché i ricorrenti avevano la possibilità di uscire attraverso un'apertura nella rete metallica che circonda il centro.

Ancora, secondo una giurisprudenza consolidata, confermata anche nella sentenza – per altri versi discutibile – resa dalla Grande Camera sul caso *Khlaifia*, dall'art. 5, par. 2 e 4, derivano alcune garanzie basilari: ogni persona arrestata deve essere messa a conoscenza dei motivi giuridici e fattuali della privazione della libertà, in un linguaggio semplice e accessibile, affinché possa contestarne la legittimità dinanzi ad un tribunale. Nel caso di specie, le autorità non hanno provveduto ad informare i ricorrenti dei motivi per i quali erano stati privati della libertà, non hanno fornito informazioni sufficienti e non hanno consentito loro di contestare la detenzione de facto dinanzi ad un tribunale. Difatti, gli stessi hanno ricevuto al momento dello sbarco solamente un opuscolo, di cui non erano in grado di comprendere del tutto i contenuti, e non hanno avuto la possibilità di comunicare con dei mediatori.

<sup>67</sup> Corte EDU [GC], *Saadi c. Regno Unito*, ric. n. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008.

<sup>68</sup> Corte EDU, *J.A. e altri c. Italia*, cit., par. 82.

<sup>69</sup> Al riguardo preme rammentare che anche il rimpatrio dovrebbe essere conforme alle regole sostanziali e procedurali stabilite dalla direttiva 2008/115/CE, così come interpretata dalla Corte di giustizia.

Pertanto, il governo italiano è stato ritenuto responsabile altresì della violazione dei par. 2 e 4 dell'art. 5 CEDU.

Il suddetto organo ha anche espresso l'auspicio che le autorità italiane chiariscano a livello normativo la natura degli *hotspot* e gli obblighi sostanziali e procedurali che dovrebbero trovarvi attuazione<sup>70</sup>. Infine, la Corte ha accertato la responsabilità del Governo italiano per la violazione dell'art. 4 Prot. 4 per aver messo in atto un'espulsione collettiva<sup>71</sup>. I giudici della CEDU precisano che, se non sussiste il diritto per i ricorrenti ad un'intervista personale, come già sostenuto nella contestata sentenza *Khlaifia*, nondimeno gli stessi devono essere messi nella posizione di far conoscere le ragioni che si oppongono all'espulsione e di vederle esaminare in maniera adeguata. Nel caso di specie, tali garanzie non sono state ottemperate, anche in ragione del breve tempo trascorso tra la notifica del provvedimento di respingimento differito e il rimpatrio. Sembra, pertanto, di poter sostenere che debba essere garantito ai ricorrenti un tempo sufficiente per impugnare il provvedimento e far conoscere la propria situazione individuale perché non venga a configurarsi un'espulsione collettiva.

Ancora, nel caso di specie il rimpatrio è stato disposto con provvedimenti standardizzati che non tenevano conto delle circostanze personali dei singoli ricorrenti e che non sono mai stati consegnati loro. D'altra parte, gli stessi legali hanno ricevuto dalle autorità italiane i provvedimenti relativi solamente a due dei ricorrenti. Questi ultimi sono stati rimpatriati il giorno stesso in cui hanno firmato l'ordine di respingimento differito, secondo una prassi illegittima consolidata, come emerge dal rapporto del Garante per i detenuti. Non essendo stato svolto un esame individuale precedente al rimpatrio, ci si trova di fronte ad una espulsione collettiva vietata dalla CEDU. Anche rispetto a tale profilo, dunque, la sentenza *J.A.* mostra una maggiore attenzione per l'effettività della tutela derivante dall'art. 4, Prot. 4 se comparata a *Khlaifia*, nella quale veniva valorizzata la circostanza che i ricorrenti avevano potuto comunicare con le autorità e i mediatori. Invero, anche la sentenza *J.A.* mostra dei limiti: la Corte ha escluso l'obbligo per le autorità statali di assicurare un colloquio personale e non ha specificato quali sono le garanzie da assicurare ai ricorrenti perché possano far conoscere i propri timori rispetto all'espulsione.

Ad ogni modo, la pronuncia è rilevante sotto vari profili. Innanzitutto, segna un riposizionamento rispetto alla giurisprudenza *regressiva* adottata in seguito alla crisi migratoria del 2015<sup>72</sup>, che, come è stato denunciato dalla dottrina, ha visto la Corte accogliere le sollecitazioni securitarie dei governi europei, finendo per avallare pratiche statali di deterrenza e contenimento, a scapito della tutela dei diritti di migranti e richiedenti asilo<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Corte EDU, *J.A. e altri c. Italia*, cit., par. 96.

<sup>71</sup> Cfr. F.L. GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

<sup>72</sup> Corte EDU [GC], *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020; *M.H. e altri c. Croazia*, ricorsi nn.15670/18 e 43115/18, sentenza del 18 novembre 2021; *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, ric. n. 55798/16, sentenza del 4 aprile 2022.

<sup>73</sup> Si rinvia, tra gli altri, a F.L. GATTA, *La banalità dell'espulsione: il nuovo Comitato ad hoc sull'immigrazione istituito dalla Corte EDU*, in *ADiM Blog*, agosto 2023, 3; A. SACCUCCI, *op. cit.*; D. VITIELLO, *Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogeneità dei fini*, in *ADiM Blog*, aprile 2022.

La sentenza *J.A.* ha inoltre sconfessato di fatto il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che nel dicembre 2021 aveva chiuso la procedura di monitoraggio relativa alla sentenza *Khlaifia*<sup>74</sup>, suscitando profonde perplessità da parte degli studiosi<sup>75</sup> e della società civile. Infatti, la Corte ha escluso quanto affermato dal suddetto organo, ovvero che nell'ordinamento italiano sia stata introdotta una base legale chiara ed accessibile per il trattenimento dei migranti nei centri di accoglienza e che vengano garantiti un'informazione adeguata sui diritti da poter esercitare durante la detenzione e l'accesso a mezzi di ricorso effettivo avverso tale condizione.

Con la sentenza in commento il giudice della CEDU ha preso una ferma posizione rispetto alle prassi consolidate che riguardano l'*hotspot* di Lampedusa, di identificazione e registrazione attraverso il foglio notizie, di detenzione arbitraria (in quanto non prevista dalla legge), di rimpatrio immediato in assenza di un esame individuale e di un provvedimento formale impugnabile davanti al giudice; prassi che, afferma in maniera perentoria il suddetto organo, sono profondamente lesive delle situazioni giuridiche soggettive delle persone migranti. Se ne ricava, a nostro avviso, che anche alla frontiera debbano essere garantiti: un'informazione adeguata sulla propria condizione giuridica e sul diritto di accesso alla procedura per la protezione internazionale, in una lingua comprensibile, dunque in presenza di un mediatore o di un interprete; un'accoglienza dignitosa; la possibilità di far conoscere la propria situazione individuale e di contestare l'eventuale provvedimento di allontanamento, che deve essere rilasciato a ciascuna persona e deve tener conto delle circostanze personali; lo stesso rimpatrio non può avvenire il giorno stesso in cui viene notificato il provvedimento poiché deve essere garantito il diritto di rivolgersi a un giudice.

Se tali considerazioni avevano rilievo per la situazione nell'*hotspot* di Lampedusa al momento dei fatti all'origine del ricorso che ha condotto alla sentenza *J.A.*<sup>76</sup>, non possono che risultare ancora valide con riguardo alla fase successiva, che si è dimostrata finanche più grave di quella che si registrava nel 2017 in termini di sovraffollamento del centro e, di conseguenza, di inidoneità degli spazi rispetto al numero di ospiti e di carenza dei servizi. Peraltro, non sono state colmate del tutto le ambiguità normative, in quanto non è stata ancora adottata una disciplina chiara e completa dei punti di crisi, che continuano a funzionare *de facto* come centri di detenzione per tutti i migranti sbarcati, anche per coloro che non presentano da subito domanda di asilo.

Vogliamo anche rammentare che le sentenze della Corte di Strasburgo dettano degli standard che debbono trovare ottemperanza in tutte le situazioni analoghe; pertanto, sono rilevanti anche con riguardo agli altri luoghi nei quali si applica l'approccio *hotspot*<sup>77</sup> e più in generale una privazione della libertà nei confronti dello straniero. Non è casuale che, successivamente al giudizio in esame, il suddetto organo sia tornato a pronunciarsi sul funzionamento degli hotspot, del centro di Lampedusa<sup>78</sup> ed altresì di quello di Taranto<sup>79</sup>, riscontrando la violazione, tra gli altri, dell'art. 3 CEDU per le condizioni

<sup>74</sup> Resolution CM/ResDH(2021)424.

<sup>75</sup> Tra gli altri, G. MENTASTI, *Si chiude la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADiM Blog*, giugno 2022.

<sup>76</sup> Ed altresì rispetto alle doglianze sollevate nei casi *M.A.*, *B.A.* e *A.S.*, risolti dalla Corte in maniera analoga.

<sup>77</sup> La situazione varia da città a città, sia riguardo alle condizioni di accoglienza, sia alla privazione della libertà personale. Cfr. [inlimine.asgi.it](http://inlimine.asgi.it).

<sup>78</sup> Corte EDU, *M.A.*, *B.A.* e *A.S.*, cit.

<sup>79</sup> Corte EDU, *A.E.* e *altri c. Italia*, ric. n. 18911/17 e altri due, sentenza del 16 novembre 2023.

di accoglienza inadeguate e 5, par. 1, 2 e 4, per la detenzione arbitraria cui sono stati sottoposti i ricorrenti.

#### 4.1 La condizione dei minori non accompagnati in Italia all'attenzione della Corte di Strasburgo

Ci sembra opportuno riservare una specifica attenzione ai minori non accompagnati, che arrivano numerosi anche a Lampedusa e nel resto del territorio statale, dopo aver affrontato viaggi drammatici. L'Italia si è dotata di una legge organica sull'accoglienza di tali persone<sup>80</sup> ma la tutela che ne deriva non sempre è effettiva in ragione di prassi che si pongono in palese violazione delle garanzie previste, in special modo nei luoghi di frontiera.

Sul trattamento dei MNA si registra una giurisprudenza della Corte europea che possiamo definire consolidata, seppure il numero di casi trattati non sia particolarmente elevato<sup>81</sup> e non manchino degli arresti<sup>82</sup>. Il suddetto organo ha ribadito costantemente che, laddove a rischio siano i valori assoluti e inderogabili garantiti dall'art. 3 CEDU, la condizione di MNA deve prevalere sullo *status* giuridico di straniero irregolare e che al centro di qualsiasi valutazione deve porsi il superiore interesse del fanciullo. In particolare, è stato espressamente escluso – ci preme sottolinearlo – che gli Stati possano privare i minori stranieri, in particolare quando non accompagnati, della protezione loro dovuta in ragione di esigenze connesse con la gestione delle frontiere<sup>83</sup>. Ciò per via della vulnerabilità, dovuta all'età, all'essere stranieri e al non poter fare affidamento su familiari adulti, da cui deriva l'esigenza di garantire misure adeguate in termini di alloggio e tutela legale.

Nel presente lavoro vogliamo richiamare la giurisprudenza che ha visto l'Italia come Stato convenuto. Innanzitutto, il governo italiano è stato ritenuto inadempiente, rispetto agli obblighi *de facere* derivanti dal dettato convenzionale, nei confronti di un minore non accompagnato (Darboe)<sup>84</sup>, approdato nel 2017 sulle coste siciliane, per il quale non si era proceduto speditamente con la nomina del tutore legale, circostanza dalla quale erano derivate diverse conseguenze: il minore era infatti stato alloggiato, per ben quattro mesi, in un centro per migranti adulti sovraffollato, caratterizzato da una grave carenza di servizi; inoltre, si erano registrate problematiche con riguardo alla determinazione dell'età ed era stato ritardato l'accesso alle procedure di asilo. La Corte, nel pronunciarsi sul caso, si è mostrata particolarmente rigorosa nel verificare l'ottemperanza da parte delle autorità italiane alle garanzie, sia sostanziali sia procedurali, che il diritto internazionale e quello dell'UE pongono a tutela dell'interesse superiore del minore. Ed è infine giunta a riscontrare la violazione dell'art. 8 CEDU, dal momento che le autorità statali non hanno applicato il principio della presunzione della minore età, «elemento inerente alla tutela del diritto al rispetto della vita privata di uno straniero non accompagnato che dichiara di essere minorenne» (par. 153). Per via di tale negligenza, il ricorrente è stato alloggiato non presso una famiglia affidataria o una struttura specializzata, come sarebbe stato dovuto, ma nel centro per adulti di Cona, da cui è stato trasferito solamente in seguito alla misura cautelare adottata dalla Corte

<sup>80</sup> L. 47/2017.

<sup>81</sup> Si rinvia al *factsheet* della Corte EDU, *Unaccompanied migrant minors in detention*, luglio 2022.

<sup>82</sup> Corte EDU, *Kaak e altri c. Grecia*, ric. n. 34215/16, sentenza del 3 ottobre 2019; e *Diakité c. Italia*, cit.

<sup>83</sup> Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, ric. n. 13178/03, sentenza 12 ottobre 2006.

<sup>84</sup> Corte EDU, *Darboe and Camara c. Italia*, ric. n. 5797/17, sentenza del 21 luglio 2022.

ai sensi dell'art. 39 del regolamento di procedura. In considerazione della durata del soggiorno e delle condizioni in cui è avvenuto, la Corte ha ritenuto che il ricorrente è stato sottoposto a un trattamento inumano e degradante e che vi è stata violazione dell'art. 3 della Convenzione. È degno di nota che detto organo abbia voluto precisare che l'incremento nell'arrivo di migranti, tra cui numerosi minori, nei mesi in cui hanno avuto origine i fatti alla base del ricorso, non può assolvere gli Stati dalle loro responsabilità derivanti dall'applicazione del dettato pattizio. Infine, è stata riscontrata la violazione dell'art. 13 in combinato disposto con gli articoli 3 e 8 della Convenzione in quanto i rimedi avverso la determinazione dell'età erano risultati inefficaci; inoltre, il ricorrente non aveva potuto contestare le condizioni di accoglienza nel centro di Cona<sup>85</sup>.

Di recente, poi, la Corte, nella sentenza *M.A.*<sup>86</sup>, ha accertato all'unanimità la violazione dell'art. 3 CEDU da parte del governo italiano per aver alloggiato, per ben otto mesi, una minore non accompagnata in un centro per adulti di Como. La ricorrente era giunta in Italia via mare e ne era stata accertata subito la minore età, tanto da trovare una prima sistemazione in un centro per minori calabrese. Dopo il trasferimento a Como, invece, era stata alloggiata nel centro Osvaldo Cappelletti in promiscuità con gli adulti, in una situazione di sovraffollamento, in palese violazione degli standard di accoglienza per i minori non accompagnati elaborati dalla Corte europea. Infatti, ai sensi di una giurisprudenza consolidata, che viene in parte richiamata nella sentenza<sup>87</sup>, gli Stati Contraenti della CEDU sono tenuti a garantire agli stessi, in considerazione della condizione di estrema vulnerabilità in cui versano, una protezione adeguata. È d'uopo evidenziare che, nel caso di specie, alle condizioni di vulnerabilità menzionate, si sommava anche quella derivante dal *genere*, trattandosi di una giovane donna che, come emerso dai colloqui condotti da Medici senza frontiere, aveva un vissuto di violenza sia nel Paese di origine, dove era stata vittima di un matrimonio forzato, sia nei Paesi di transito, in special modo in Libia, dove aveva subito gravi abusi di natura sessuale<sup>88</sup>. La Corte non fa espresso riferimento al genere ma si sofferma sulla fragilità psicologica derivante dalle violenze subite e richiama la necessità di garantire l'assistenza dovuta nelle circostanze del caso. Tra l'altro, non solo la sistemazione non era idonea, ma altresì la tutela legale non aveva funzionato: infatti, erano stati nominati un primo tutore legale e poi un secondo, entrambi dimostratisi inadeguati, e di conseguenza la ricorrente non era riuscita a presentare in tempi rapidi la domanda di protezione internazionale, né ad essere trasferita in un centro adatto alle sue esigenze. Solo l'intervento della Corte europea, che ha adottato una misura cautelare ai sensi dell'art. 39 del proprio regolamento di procedura, ha portato al trasferimento della ricorrente, dopo quasi otto mesi dall'ingresso nel centro. Essendo stata raggiunta la soglia minima di gravità necessaria per accertare la violazione dell'art. 3 CEDU, il governo italiano è stato ritenuto responsabile per non aver agito prontamente a dare attuazione agli obblighi positivi derivanti da detta

<sup>85</sup> Si veda la comunicazione di ASGI al Comitato dei Ministri del CoE sulla continuazione della procedura di supervisione dell'attuazione della sentenza ([https://hudoc.exec.coe.int/#{%22execidentifier%22:%22DD\(2023\)1395E%22}}](https://hudoc.exec.coe.int/#{%22execidentifier%22:%22DD(2023)1395E%22}})).

<sup>86</sup> Corte EDU, *M.A. c. Italia*, ric. n. 70583/17, del 31 agosto 2023.

<sup>87</sup> Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, cit.; *Darboe and Camara c. Italia*, cit.

<sup>88</sup> Sulle donne in migrazione si rinvia a C. SCHMOLL, *Le dannate del mare. Donne e frontiere nel Mediterraneo*, Astarte, 2022. Per una prospettiva giuridica, S. DE VIDO, *Un approccio di genere alle migrazioni nella prospettiva del diritto internazionale alla luce della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa*, in *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere*, Napoli, 31-63.

disposizione, trattandosi di una minore non accompagnata, che tra l'altro necessitava di assistenza psicologica.

Ancora, nella sentenza *Diakité*<sup>89</sup>, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la responsabilità del governo italiano per la violazione dell'art. 8 CEDU per non aver agito con la dovuta diligenza, nel rispetto del superiore interesse del fanciullo, nei riguardi del ricorrente, giunto via mare e alloggiato in un centro per adulti malgrado avesse con sé un certificato che ne attestava la minore età. Nondimeno, le autorità italiane si erano affidate alla radiografia del polso, che aveva indicato un'età intorno ai 18 anni. Ad avviso della Corte, le autorità avrebbero dovuto applicare il principio della presunzione della minore età in caso di dubbio<sup>90</sup> e garantire al ricorrente un'accoglienza e una tutela adeguata alla condizione di vulnerabilità.

Infine, nel pronunciarsi sul ricorso *A.T. e altri c. Italia*<sup>91</sup>, il suddetto organo ha riscontrato la violazione: degli artt. 3 CEDU, per le condizioni inumane in cui sono venuti a trovarsi i minori non accompagnati; 5, par. 1, 2 e 4, per il trattenimento arbitrario nell'hotspot di Taranto; 13, letto in combinato disposto con l'art. 3, per la mancata nomina del tutore legale, che tra l'altro li ha privati della possibilità di contestare la propria situazione dinanzi ad un giudice.

È doveroso evidenziare che, come emerge dalla giurisprudenza, la Corte non opera distinzioni tra minori sulla base dell'età: tutte le persone minorenni devono beneficiare di misure speciali di protezione. In vero, l'ultimo provvedimento normativo adottato dal governo italiano<sup>92</sup>, anche in questo caso in forma di decreto legge, è intervenuto significativamente sulle garanzie da riconoscersi ai minori non accompagnati, prevedendo tra l'altro la possibilità di alloggiare gli ultrasedicenni in centri di accoglienza straordinaria per adulti, in un'area separata. Seppure tale ipotesi sia prevista dal diritto dell'UE<sup>93</sup>, non siamo persuasi che si tratti di una soluzione compatibile con il principio del *favor minoris* che ispira l'orientamento internazionale e quello statale. Peraltro, su tale ipotesi, come si è visto, è già intervenuta, dichiarandola incompatibile con la CEDU, la stessa Corte di Strasburgo. Tra l'altro, il diritto dell'Unione si riferisce all'accoglienza, non al trattenimento, che deve sempre avvenire in maniera da separare detti soggetti dagli adulti<sup>94</sup>. Ancora, con il d.l. 133/2023 si torna alle procedure di accertamento dell'età basate su rilievi antropometrici o di altri accertamenti sanitari, anche radiografici, già ritenute dalla Corte europea incompatibile con la CEDU.

## 5. Accoglienza e detenzione alla frontiera marittima italiana: l'approccio hotspot

Come si è visto, la Corte europea ha rilevato gravi violazioni dei diritti dei migranti che approdano sulle coste italiane via mare e che vengono condotti negli *hotspot*; questi ultimi, ancor oggi, malgrado l'auspicio espresso nella sentenza *J.A.*, non sono stati oggetto di una compiuta regolamentazione.

<sup>89</sup> Corte EDU, *Diakité c. Italia*, ric. n. 44646/17, sentenza del 14 settembre 2023.

<sup>90</sup> La sentenza presenta dei profili di indubbia criticità con riguardo ai profili di violazione dell'art. 3 e dell'art. 13 CEDU, ma non è questa la sede per un esame più puntuale.

<sup>91</sup> Corte EDU, *A.T. e altri c. Italia*, ric. n. 47287/17, sentenza del 23 novembre 2023. Si vuole far notare che sia la pronuncia in questione, sia quella resa nel caso *Diakité*, cit., sono state rese dal Comitato di tre giudici.

<sup>92</sup> D.l. n. 133/2023.

<sup>93</sup> Direttiva 2013/33/UE, par. 24, par. 3.

<sup>94</sup> Ivi, art. 11, par. 3.

Il governo italiano, dopo la pubblicazione di alcuni documenti amministrativi<sup>95</sup>, ha introdotto nel TUI<sup>96</sup> una nuova disposizione, l'art. 10-ter<sup>97</sup>, in base al quale lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna, ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, è condotto in appositi *punti di crisi*<sup>98</sup>, nei quali procedere con il prelievo fotodattiloscopico e segnaletico, con l'informativa sulla procedura per la protezione internazionale, sul ricollocamento in altri Stati membri e sul rimpatrio volontario. Alla luce di tale disposizione, gli *hotspot* avrebbero dovuto funzionare come centri di prima accoglienza, non di trattenimento<sup>99</sup>.

Invero, se guardiamo alle *Standard Operating Procedures (SOPs)*<sup>100</sup> adottate nel marzo 2016 dal Ministero dell'Interno, il migrante sbarcato può uscire dall'*hotspot* solo dopo essere stato foto-segnalato e se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database di polizia nazionali ed internazionali. L'identificazione e il foto-segnalamento dovrebbero avvenire, secondo quanto si legge nelle SOP, in un tempo massimo di 48 ore, di modo che la limitazione della libertà che ne deriva sia compatibile con quanto previsto dall'art. 13 della Cost.; nondimeno, in concreto, le summenzionate procedure si protraggono ben oltre tale termine.

Nel tempo si sono registrati ulteriori interventi normativi<sup>101</sup>, che, nondimeno, non hanno risolto tutte le criticità e le lacune che caratterizzano l'approccio hotspot e che hanno, anzi, determinato ulteriori motivi di preoccupazione, poiché hanno introdotto numerose ipotesi di trattenimento dei richiedenti asilo, tra le quali, volendo richiamarne alcune: per la verifica dell'identità; per la determinazione degli elementi su cui si basa la domanda di asilo in caso sussista il rischio di fuga o per valutare il diritto di ingresso nel territorio, nell'ambito di una procedura di frontiera, laddove la persona abbia tentato di sottrarsi ai controlli o provenga da un Paese sicuro, sia priva del passaporto e non abbia fornito un'adeguata garanzia finanziaria<sup>102</sup>. Trattasi di previsioni aventi un carattere potenzialmente seriale, se si considera, tra l'altro, che la gran parte delle persone giunte via mare è sprovvista dei documenti, e che

<sup>95</sup> Roadmap italiana, 28 settembre 2015; Circolare Ministero dell'Interno, 6 ottobre 2015.

<sup>96</sup> D.lgs. n. 286/1998.

<sup>97</sup> L'introduzione è avvenuta attraverso l'art. 17 del decreto Minniti.

<sup>98</sup> La disposizione rinvia alle strutture di cui al d.l. 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 dicembre 1995, n. 563 (cd. legge Puglia) e di cui all'art. 9, d.lgs n. 142/2015.

<sup>99</sup> Per un inquadramento critico degli *hotspot* in Italia, tra gli altri: G. AGOLINO, *Approccio hotspot e habeas corpus. Profili costituzionali*, in *DPE. Rassegna on line*, 2, 2022; M. BENVENUTI, *Gli hotspot*, cit.; M. D'ANDREA, *Migranti e "hotspot": diritti o controllo?*, in *Economia e politica*, 2017; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98*, in *DIC*, 2, 2017; L. MASERA, G. SAVIO, *La "prima" accoglienza*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, 2017; S. PENASA, *L'approccio 'hotspot'*, cit.; G. SAVIO, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), giugno 2018; M. VEGLIO, *La bestia tentacolare: Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 21 giugno 2023.

<sup>100</sup> Su cui si rinvia a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Approccio Hotspot in Italia ed "habeas corpus" delle persone migranti*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 3 febbraio 2023.

<sup>101</sup> Su cui si rinvia a E. CELORIA, *La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, settembre 2023; E. VALENTINI, *Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?*, in *ADiM Blog, Analisi&Opinioni*, ottobre 2023.

<sup>102</sup> Al riguardo si veda C. FAVILLI, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: Commento al decreto del Tribunale di Catania del 29 Settembre 2023*, in *DIC*, 3, 2023; T.V. SANTANGELO, *Il trattenimento in frontiera dei richiedenti asilo provenienti da Paesi di origine sicuri: una privazione di libertà «per cittadinanza»?*, in *Questione giustizia*, novembre 2023.



pertanto le stesse possono essere oggetto, in maniera sistematica, anche per un periodo significativo di tempo, alla «pena senza colpa del trattenimento»<sup>103</sup>. Va rammentato che la privazione della libertà personale, in quanto diritto fondamentale della persona, dovrebbe essere disposta solo come misura di *extrema ratio* nei confronti dei richiedenti asilo, i quali, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Ginevra, non possono essere sanzionati solamente per l'ingresso irregolare nel territorio<sup>104</sup>. In vero, va preso atto con rammarico che sia nel sistema della CEDU, sia nell'ordinamento dell'UE, il trattenimento dei richiedenti asilo è ammesso in numerose circostanze, sebbene lo stesso sia subordinato al rispetto di precise garanzie procedurali<sup>105</sup>. In particolare, nel diritto dell'Unione viene disposto che i richiedenti asilo debbano essere sistematicamente informati, in una lingua comprensibile o che ragionevolmente si suppone comprendano, anche attraverso l'assistenza dell'interprete, delle norme vigenti nel centro e dei loro diritti. Deroghe sono ammesse, solo in casi debitamente giustificati e per periodi la cui durata deve essere il più breve possibile, ai posti di frontiera e nelle zone di transito. Ad ogni modo, le autorità statali devono sempre fornire informazioni sulla possibilità di presentare domanda di protezione internazionale. Ancora, il provvedimento di privazione della libertà deve essere disposto per iscritto e deve precisare le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa. Inoltre, viene previsto che il richiedente debba essere informato, immediatamente e per iscritto, delle ragioni del trattenimento, dei mezzi di impugnazione e delle possibilità di accesso gratuito all'assistenza legale. Nei centri di detenzione deve essere garantita altresì la possibilità di comunicare con l'UNHCR e le associazioni operanti sul territorio, oltre che con familiari, avvocati e consulenti legali. Tutte garanzie, quelle richiamate, che non hanno trovato attuazione nei casi giunti all'attenzione della Corte di Strasburgo, richiamati poc'anzi.

In quanto ai minori non accompagnati, è d'uopo rammentare che, se nell'ordinamento europeo la possibilità di disporre il trattenimento nei confronti degli stessi è contemplata, pur come ultima risorsa, qualora non siano disponibili misure alternative meno coercitive, e comunque in alloggi idonei, dove sia possibile svolgere attività di tempo libero, nell'ordinamento italiano tale ipotesi è espressamente vietata dalla legge<sup>106</sup>.

Tornando alla regolamentazione degli hotspot, come abbiamo sostenuto in altra sede<sup>107</sup>, non siamo persuasi che l'ambiguità rispetto alla loro natura e funzione possa dirsi superata in maniera esaustiva. Se gli artt. 6, co. 3-bis, e 6-bis del d.lgs. n. 142/15 si riferiscono espressamente al *trattenimento* dei richiedenti asilo presso le strutture di cui all'art. 10-ter, par. 1, del T.U. immigrazione<sup>108</sup>, ovvero i punti di crisi, nondimeno nessuna norma dell'ordinamento definisce in maniera inequivocabile tali centri come luogo di detenzione.

<sup>103</sup> D. LOPRIENO, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *DIC*, 1, 2019, 34.

<sup>104</sup> Analogamente dispongono gli artt. 18 della direttiva 2013/32/UE e 8 della direttiva 2013/33/UE. Al riguardo si rinvia anche ai rilievi di UNHCR nella *Nota tecnica* sulla L. n. 50/2023, 4. Anche la Corte di Strasburgo ha posto dei limiti alla detenzione dei richiedenti asilo a scopo identificativo: si veda, tra gli altri, F. RONDINE, *H.N. c. Ungheria: la Corte Edu ritorna sul trattenimento dei richiedenti asilo in occasione del loro ingresso sul territorio*, in *ADiM Blog*, luglio 2023.

<sup>105</sup> In argomento si rinvia anche a C. FAVILLI, *op. cit.*

<sup>106</sup> D.Lgs. 142/2015.

<sup>107</sup> A. DEL GUERCIO, *C'è ancora un giudice a Strasburgo*, cit., 6-7.

<sup>108</sup> In altre ipotesi è invece prevista la detenzione nei centri per il rimpatrio.

Criticità, a Lampedusa come nel resto d'Italia, vengono in rilievo non solo rispetto alla detenzione arbitraria delle persone migranti, ma altresì con riguardo all'accoglienza<sup>109</sup>, in misura persino maggiore in seguito all'adozione del summenzionato d.l. 20/2023, convertito in l. 50/2023. È d'uopo rammentare che il diritto dell'Unione europea impone agli Stati membri di garantire condizioni di accoglienza dignitose ai richiedenti protezione internazionale, in termini di alloggio, vitto, vestiario, prime cure mediche, e per i minori l'accesso all'istruzione e allo svago. Ulteriori previsioni riguardano le persone vulnerabili, ad esempio i minori non accompagnati, che dovrebbero ricevere una sistemazione in case famiglia o centri specifici e beneficiare della nomina tempestiva del tutore legale. Per le persone vittime di tortura andrebbe prevista l'assistenza psicologica.

La mancata conformità agli standard di accoglienza fissati dalla direttiva 2013/33/UE, oltre ad essere lesiva degli obblighi posti dal diritto dell'UE (in particolare dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali), può porsi in contrasto altresì con l'art. 3 CEDU quando si registrino «gravi carenze», come emerge dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>110</sup>. L'effettività dei diritti delle persone migranti e l'adeguatezza del sistema statale di accoglienza rappresentano elementi chiave perché la fiducia reciproca tra Stati membri possa sussistere e il regime europeo comune di asilo funzionare<sup>111</sup>.

Invero, il sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo ha già mostrato, negli ultimi anni, di essere affetto da carenze sistemiche<sup>112</sup>, come rilevato, tra l'altro, dalla Corte di Strasburgo<sup>113</sup>. Il 2023 ha poi registrato, di fronte all'incremento degli arrivi, la dichiarazione dello stato di emergenza sull'intero territorio nazionale, anche per via della saturazione dei posti ordinari disponibili per l'accoglienza<sup>114</sup>. A tali difficoltà, il governo italiano ha risposto, come si diceva, con la legge n. 50/2023, di conversione con modifiche e integrazioni del d.l. n. 20/2023, e non, come ci si sarebbe aspettati, prevedendo una gestione programmata degli arrivi e incrementando la disponibilità di posti nella seconda accoglienza. L'intervento normativo, invece, si è limitato a prevedere che, laddove i punti di crisi (gli *hotspot*) siano saturi, sia possibile trasferire le persone in "strutture analoghe" sull'intero territorio nazionale (che funzioneranno, dunque, come luoghi di trattenimento) e che i prefetti potranno individuare "strutture di accoglienza provvisoria" in caso di indisponibilità di posti nei centri governativi di prima accoglienza (CAS)<sup>115</sup>. Vengono anche riviste le prestazioni ivi garantite ai richiedenti asilo, non prevedendo più l'assistenza psicologica, i corsi di lingua italiana, le forme di "supporto" giuridico e di orientamento territoriale. Viene altresì ridimensionato il ruolo del sistema ordinario di accoglienza e integrazione (SAI), escludendone i richiedenti protezione internazionale (salvo le persone vulnerabili, tra cui i minori non

<sup>109</sup> ASGI, *Report sulla visita al Centro hotspot di Lampedusa*, in [inlimine.asgi.it](http://inlimine.asgi.it), agosto 2022.

<sup>110</sup> Corte EDU [GC], *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit.

<sup>111</sup> Cfr. E. CAVASINO, *Il sistema di accoglienza italiano in "crisi sistemica": strategie nazionali e risposte sovranazionali*, in *ADiM Blog*, giugno 2023. Sulle proposte europee di riforma del CEAS attualmente in discussione si rinvia a ECRE, *Editorial: Migration Pact Agreement Point by Point*, 9 giugno 2023.

<sup>112</sup> Rapporto presentato in audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera il 21 febbraio 2023 e Relazione sul funzionamento del sistema di accoglienza presentata al Senato dal Ministro dell'Interno il 29 novembre 2022 (AS XIX Leg. DOC LI n. 2).

<sup>113</sup> Corte EDU [GC], *Tarakhel c. Italia*, cit.

<sup>114</sup> PDCM, Capo del Dipartimento della Protezione civile, ordinanze n. 982 del 16 aprile 2023; n. 993 del 9 maggio 2023; n. 994 dell'11 maggio 2023. Sul punto, E. CAVASINO, *op. cit.*, 5.

<sup>115</sup> Disciplinati dall'art. 9 d.lgs. 142 del 2015.

accompagnati, quelle giunte nell'ambito di operazioni di evacuazione umanitaria o reinsediamento, e i cittadini ucraini) e ampliando le ipotesi di riduzione e revoca<sup>116</sup>.

Dunque, un sistema già di per sé caratterizzato da gravi carenze viene riorganizzato con standard al ribasso, che non siamo affatto persuasi siano compatibili con gli obblighi derivanti dal diritto UE e dalla CEDU. Peraltro, la riforma favorirà la diffusione dei grandi centri e di quelli temporanei, che sono proprio quelli affetti spesso da gravi criticità nella gestione<sup>117</sup>. Presso i grandi centri è tra l'altro più difficile individuare le persone con bisogni specifici, con il rischio di non prestare la dovuta assistenza, ad esempio psicologica (si consideri il caso *M.A.*), o di esporre le vittime di tratta e tortura ad ulteriori abusi.

## 6. Osservazioni conclusive

Il presente scritto si è soffermato su una delle frontiere esterne più problematiche dello spazio Schengen, quella marittima italiana. Abbiamo provato a mostrare, senza pretese di esaustività, come alle frontiere si verificano numerose violazioni della dignità umana. A tal riguardo, è d'uopo ribadire che il diritto alla vita, l'obbligo di soccorso, il divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani e degradanti, il principio di *non-refoulement* che se ne ricava, hanno natura consuetudinaria. Il rispetto della dignità umana costituisce pertanto un obbligo per tutti gli Stati della Comunità internazionale, anche alle frontiere, che non possono essere trattate alla stregua di uno *spazio di non diritto*, come ribadito costantemente dalla Corte di Strasburgo.

In conclusione, vogliamo far notare come quello che emerge dalle osservazioni svolte sia un *confine mobile*<sup>118</sup>: lo ritroviamo negli hotspot, nelle imbarcazioni respinte nel Mediterraneo, nei Paesi di origine e di transito con cui Italia e Unione europea hanno concluso intese alquanto discutibili<sup>119</sup>, ed anche nelle ambasciate e nei consolati, che hanno piena discrezionalità rispetto al rilascio dei visti di ingresso, strumento che consentirebbe alle persone di migrare in condizioni di sicurezza e dignità. Un confine volto ad impedire l'accesso al territorio europeo e, laddove l'ingresso avvenga, a restringere le maglie della protezione e a negare diritti fondamentali.

---

<sup>116</sup> In argomento si rinvia a M. GIOVANNETTI, *Il prisma dell'accoglienza: la disciplina del sistema alla luce della legge n. 50/2023*, in *Questione Giustizia*, 2023.

<sup>117</sup> Nota tecnica sulla L. n. 50/2023, cit., 5.

<sup>118</sup> S. MEZZADRA, B. NEILSON, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, 2014.

<sup>119</sup> Da ultimo, si pensi al Protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di gestione dei flussi migratori, del 7 novembre 2023, reperibile al sito <https://integrazionemigranti.gov.it/>.

## La spinosa protezione dei minori stranieri non accompagnati nel mosaico normativo europeo

Gisella Pignataro\*

THE PRICKLY PROTECTION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS IN THE EUROPEAN LEGAL MOSAIC

ABSTRACT: The different law between European systems affects the European asylum system for unaccompanied foreign minors and its objectives: the protection of the best interest of the child, the unity of the family and the freedom of movement. The full protection of fundamental rights and human dignity is guaranteed by European Courts with the imposition of positive obligations too. Despite family reunification, the main goal of all Member States, insertion, integration and legal protection are very difficult, because there are management automatisms and regulatory rigidity, due to the complexity of the multicultural environment.

KEYWORDS: Minor age; legal protection; fundamental rights; uniform law; freedom of movement

ABSTRACT: La frammentazione normativa tra le diverse realtà nazionali condiziona l'obiettivo di garantire al minore straniero non accompagnato la certezza di una tutela volta all'attuazione del suo superiore interesse, al rispetto dell'unità familiare e all'effettiva libertà di circolazione, pilastri del sistema europeo di asilo. Si deve agli organi giurisdizionali europei una protezione unitaria e l'imposizione di obblighi positivi a tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana. A dispetto del ricongiungimento familiare, oggetto di sforzi coordinati tra gli Stati membri, inserimento, integrazione e rappresentanza legale rifuggono gli automatismi di gestione e la rigidità normativa in ragione della complessità dell'ambiente multiculturale.

PAROLE CHIAVE: Minore età; tutela giuridica; diritti fondamentali; uniformazione normativa; diritto di circolazione

SOMMARIO: 1. Il minore straniero non accompagnato nello spazio giuridico europeo – 2. I punti deboli della *law in action* nel continente europeo – 3. Violazioni mediate dei diritti umani e argini alla discrezionalità degli Stati – 4. Risvolti giuridici di una normativa non uniformata – 5. La mediazione delle rigidità normative con soluzioni *child friendly*.

---

\* Professore associato. Mail: [gpignataro@unisa.it](mailto:gpignataro@unisa.it). Contributo sottoposto a referaggio anonimo.

## 1. Il minore straniero non accompagnato nello spazio giuridico europeo

**N**el variegato fenomeno delle migrazioni in Europa, il crescente flusso di minori stranieri non accompagnati coinvolge molteplici profili giuridici accanto ai risvolti sociali di competenza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali<sup>1</sup>. Alla migrazione, esperienza in sé traumatica indipendentemente dalle cause, si associa la particolare vulnerabilità della persona, in ragione della minore età e della carenza di cura e assistenza genitoriale<sup>2</sup>, in stridente contrasto con una normativa di protezione, non sempre puntuale, inserita nel contesto regolamentare del fenomeno migratorio e di protezione internazionale<sup>3</sup>, con enormi disparità tra gli Stati europei. L'effetto è una disciplina

<sup>1</sup> Rientrano nelle competenze della Direzione generale dell'Immigrazione e delle politiche di integrazione in tema di minori non accompagnati, cui sono stati trasferiti i compiti del Comitato per i minori stranieri, il censimento, il raccordo tra Amministrazioni coinvolte, le indagini familiari per l'individuazione dei parenti nel Paese di origine: D.p.c.m., 9 dicembre 1999, n. 535. Il report aggiornato dei flussi migratori e provenienze è rilevabile al seguente indirizzo on line: [https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/\\_/minori-stranieri/pagine/dati-minori-stranieri-non-accompagnati](https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/_/minori-stranieri/pagine/dati-minori-stranieri-non-accompagnati). L'eccezionale incremento dei flussi migratori sul territorio viene risolto dal Dipartimento della protezione civile con deroga ai parametri di capienza, fissati da disposizioni normative e amministrative delle Regioni, delle Comunità autorizzate o accreditate all'accoglienza dei minori di 14 anni: art. 4, ordinanza 11 maggio 2023, in G. U., 19 maggio 2023, n. 116 (Ocdpc, 11 maggio 2023, n. 994). La materia è attualmente oggetto di riforma con un Regolamento approvato dal Governo in secondo esame preliminare e in attesa dei pareri delle competenti Commissioni parlamentari: Comunicato 18 luglio 2023.

<sup>2</sup> Per minore straniero non accompagnato (acronimo MSNA) si intende il minore di anni 18, cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea o apolide, che si trovi, sul territorio nazionale, per qualsiasi causa privo di assistenza e rappresentanza legale da parte di genitori, o di altri adulti legalmente responsabili (art. 2, l. 7 aprile 2017, n. 47, ma la definizione è già nell'art. 1, co. 2, Dpcm 9 dicembre 1999, n. 535 e nella direttiva 2003/9/CE, 27 gennaio 2003, in G.U., l. 31, 6 febbraio 2003, 18). Irrilevante è il suo stato civile, in quanto non si richiede che non sia coniugato per essere considerato minore non accompagnato per il diritto al ricongiungimento con i genitori: Corte di Giustizia, 17 novembre 2022, n. 230, C – 230/21, X v. *Belgische Staat*. La condizione di debolezza insita nella minore età giustifica una disciplina differenziata che si riverbera nel quadro normativo europeo, secondo le direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE del 26 giugno 2013 relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione). In particolare la prima introduce garanzie per i minori non accompagnati (art. 25) mentre la seconda dedica l'intero Capo IV alle persone vulnerabili, identificate nei «minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta degli esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali e le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale, quali le vittime di mutilazioni genitali femminili» (art. 21), condizione di cui gli Stati membri devono tener conto nell'adozione di misure nazionali di attuazione della direttiva. Manca una direttiva specifica sulla protezione dei MSNA che abbia a corollario l'interesse superiore del minore, sollecitata dal Comitato economico e sociale europeo: EESC 2020/02281, Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Protezione dei minori migranti non accompagnati in Europa» (parere d'iniziativa), 18 settembre 2020, in GUUE, C 429, 11 dicembre 2020, 24 ss. Particolare attenzione dedica alle minorità e alla tutela della dignità e integrità della persona umana, P. STANZIONE, *Minorità e tutela della persona umana*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, 758 ss.; ID., *Diritti esistenziali della persona, tutela delle minorità e drittwerking nell'esperienza europea*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 1, 41 ss.

<sup>3</sup> Il quadro normativo è *multilevel*: tra le fonti di diritto internazionale, primeggia la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 con i suoi principi di carattere generale in tema di diritto di non discriminazione, di protezione, di assistenza allo sviluppo, all'unità familiare, al rispetto dell'identità culturale, all'ascolto e alla partecipazione; più specifico è il *General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and separate children outside their Country of origin*, adottato dalla *Committee on the Rights of the Child*, CRC/GC/2005/6, 1 settembre 2005, che definisce *unaccompanied children*, in conformità all'art. 1 della Convenzione, «who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is

frammentaria, priva di organicità, non attenuata dalla scelta di una regolamentazione dell'accoglienza in sede europea in attuazione del principio di sussidiarietà, in quanto obiettivo non conseguibile in misura efficiente dai singoli Stati membri<sup>4</sup>. Il sistema comune di asilo, proiettato alla progressiva realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia esteso a coloro che, legittimamente, cercano protezione nell'Unione europea, è progetto ancora in itinere<sup>5</sup> incardinato sui principi di solidarietà e

responsible for doing so»; per costoro «the enjoyment of rights stipulated in the Convention is not limited to children who are citizens of a State party and must therefore, if not explicitly stated otherwise in the Convention, also be available to all children – including asylum-seeking, refugee and migrant children – irrespective of their nationality, immigration status or statelessness». A livello europeo, la Convenzione sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, entrata in vigore il 1° luglio 2000 e ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, in vigore dal 1° novembre 2003) rafforza la tutela ed il rispetto dei diritti dei minori, come il diritto ad essere informato, ad essere consultato e ad esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano, il diritto di richiedere la designazione di un rappresentante speciale, l'assistenza giudiziaria o la consulenza giuridica quando previsto dal diritto interno. In Italia, il d. lgs., 25 luglio 1998, n. 286, T. U. in materia di immigrazione, oggetto negli ultimi anni di frequenti interventi di modifica (ultimi in ordine di tempo, D.L. 13 giugno 2023, n. 69 e D.L. 22 giugno 2023, n. 75) disciplina il rilascio del permesso di soggiorno e l'esercizio di diritti fondamentali, principalmente il diritto all'unità familiare tramite ricongiungimento (artt. 28 e ss., T. U.); il relativo regolamento di attuazione, d.P.R., 31 agosto 1999, n. 394; il Regolamento adottato con D.p.c.m., 9 dicembre 1999 n. 535; il d. lgs., 18 agosto 2015, n. 142 sull'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in attuazione della direttiva 2013/33/UE e della direttiva 2013/32/UE; l. 7 aprile 2017, n. 47, cd. legge Zampa, che introduce misure di protezione per i minori stranieri non accompagnati, ed in particolare rafforza gli strumenti di tutela con il divieto assoluto di respingimento alla frontiera (art. 3) e parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o europea, con il recente Regolamento di attuazione, DPR 4 ottobre 2022, n. 191. Per riferimenti dottrinali, A. SACCUCCI, *Riflessioni sulla tutela internazionale dei diritti del minore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 224; A.L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 2, 499 ss.

<sup>4</sup> Art. 78 TFUE che attribuisce all'Unione europea il compito di sviluppare una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria (di cui possono beneficiare i cittadini stranieri privi dei requisiti per il riconoscimento dello status di rifugiato) e protezione temporanea (tutela immediata che può essere concessa in caso di afflusso massiccio, attuale o imminente, di sfollati provenienti da Paesi terzi, che non possono rientrare nel loro Paese d'origine), al fine di riconoscere uno status a ogni cittadino di uno Stato terzo che necessiti di protezione internazionale senza procedere al respingimento.

<sup>5</sup> Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, presentato dalla Commissione il 23 settembre 2020, prevede un pacchetto di Regolamenti proposti per colmare le numerose lacune emerse e ridurre l'applicazione disomogenea delle regole nei singoli Stati membri, in tema di controlli alla frontiera, di procedure di asilo e di rimpatrio: COM/2020/610 final, Proposta di Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX [Fondo Asilo e migrazione], in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0610>; COM/2020/613 final, Proposta di Regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0613>; COM(2016) 272 final, Proposta di Regolamento che istituisce l'"Eurodac" per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento (UE) 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 paese terzo o da un apolide, per l'identificazione di cittadini di paesi terzi o apolidi il cui soggiorno è irregolare e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (rifusione), in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2016/0272/COM\\_COM\(2016\)0272\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2016/0272/COM_COM(2016)0272_IT.pdf); COM(2020) 612 final, Proposta di Regolamento che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, in [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0e922ce2-ff62-11ea-b31a-01aa75ed71a1.0022.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0e922ce2-ff62-11ea-b31a-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_1&format=PDF);

di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri che governano la politica dell'accoglienza. Principi che, in presenza di minori, vanno temperati con il loro superiore interesse e il rispetto dell'unità familiare.

Per il legislatore europeo rientra nel superiore interesse del minore assicurargli un livello di vita adeguato allo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale; valutare la possibilità di ricongiungimento familiare, garantirne l'incolumità e la sicurezza, subordinare ogni scelta al rispetto dell'opinione del minore, a seconda dell'età e della maturità<sup>6</sup>. Se il minore non è accompagnato, la tempestiva nomina di un rappresentante è condizione necessaria per garantirgli l'esercizio dei diritti ed assolvere gli obblighi connessi alla domanda di protezione internazionale.

La centralità della figura si evince dalle minuziose indicazioni del legislatore europeo sui criteri di selezione (competenze, assenza di conflitti di interesse, disponibilità dei mezzi necessari) e dalla continuità di funzione, essendo sostituibile soltanto in caso di necessità<sup>7</sup>; eppure, in assenza di un quadro normativo unitario, le soluzioni nazionali su termini per la nomina, specifica delle competenze richieste, funzioni da svolgere e modalità di verifica periodica dell'operato alimentano situazioni di discriminazione

---

COM/2020/611 *final*, Proposta modificata di Regolamento che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0611&qid=1605309988387>. L'uniformazione dovrebbe ostacolare anche il frequente fenomeno dell'*asylum shopping*. Per un commento, M. BORRACCETTI, *Il nuovo patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, 1, 1 ss.; L. MARIN, E. PISTOIA, *Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 2, 167 ss.; F. DI GIANNI, *Il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" e la protezione dei minori migranti*, *ivi*, 95 ss. Il più recente pacchetto, presentato il 27 aprile 2022, prevede due direttive: COM/2022/655 *final*, Proposta di Direttiva relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro (rifusione), di riforma della normativa precedente, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0655> e COM/2022/650 *final*, Proposta di Direttiva relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo (rifusione), di revisione della disciplina vigente, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52022PC0650>. Il Parlamento europeo e cinque Presidenze del Consiglio UE a rotazione (Repubblica Ceca, Svezia, Spagna, Belgio e Francia, con *la Joint Roadmap of the European Parliament and Rotating Presidencies of the Council on the organisation, coordination, and implementation of the timeline for the negotiations between the co-legislators on the CEAS and the New European Pact on migration and asylum*, sottoscritta il 7 settembre 2022, hanno infine assunto l'impegno di collaborare per una riforma in materia di migrazione e di asilo prima delle elezioni europee del 2024.

<sup>6</sup> Art. 23, dir. 2013/33/UE.

<sup>7</sup> Art. 24, co. 1, dir. 2013/33/UE. Con una interessante pronuncia Cass., ord. 3 aprile 2019, n. 9199, in *Diritto & Giustizia*, 4 aprile 2019, compulsata dal Tribunale per i minorenni di Torino con regolamento di competenza non ritenendo trattarsi di minore straniero non accompagnato, rigetta la tesi del Tribunale in quanto, come si evince dalla direttiva, la qualifica di minore accompagnato richiede la necessaria concorrenza di entrambe le condizioni: la presenza di soggetti che abbiano la cura, la custodia e assicurino il benessere del minore ma anche che lo rappresentino e ne siano legalmente responsabili. In assenza di una delle due condizioni, il minore deve considerarsi non accompagnato. Nella specie un cittadino albanese, allontanatosi dal paese d'origine con il consenso dei genitori, si era trasferito in Italia presso il fratello maggiore. Per la Corte non è sufficiente l'assistenza materiale, in quanto la direttiva pone l'accento anche sulla necessità che il minore sia accompagnato da un adulto che ne assuma la responsabilità e lo rappresenti nelle procedure; la rappresentanza è quella legale, che la legge attribuisce soltanto ai genitori, non delegabile in forma privatistica ad altri, compresi i parenti prossimi, come il fratello, il quale può invece essere nominato tutore tramite procedimento giurisdizionale.

e disparità di trattamento che il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo tende a temperare. La *climax* nell'elencazione dei luoghi di dimora<sup>8</sup>, l'obbligo di rintracciare i familiari e la riservatezza delle informazioni completano il sistema di protezione<sup>9</sup>.

Sistema rafforzato dal legislatore italiano che, a dispetto di altri contesti europei<sup>10</sup>, ha introdotto il divieto assoluto di respingimento alla frontiera e riconosce tre tipologie di permesso di soggiorno, valido fino al compimento della maggiore età. Il primo tipo, per minore età, è titolo di immediata fruibilità, rilasciabile all'ingresso nel territorio anche se il minore è sottoposto a tutela ma non affidato o convivente con il tutore; può essere richiesto direttamente o tramite l'esercente la responsabilità genitoriale anche prima della nomina del tutore. Il secondo tipo, per motivi familiari, riguarda il minore infra quattordicenne, affidato o sottoposto a tutela di un cittadino italiano e convivente, o ultraquattordicenne affidato o sottoposto a tutela di uno straniero regolarmente soggiornante nel territorio nazionale<sup>11</sup> o di un cittadino italiano, con una deroga alla disciplina in tema di affido che esclude la concentrazione delle funzioni di affidatario e tutore. Il terzo e ultimo tipo, funzionale alla richiesta di

<sup>8</sup> Il legislatore europeo indica, in ordine di successione: a) familiari adulti; b) una famiglia affidataria; c) centri di accoglienza che dispongano di specifiche strutture per i minori; d) altri alloggi idonei. Se hanno compiuto 16 anni, anche un centro di accoglienza per adulti richiedenti. Non separare i fratelli e ridurre al minimo i cambi di residenza sono fattori ulteriori a garanzia del benessere del minore (Art. 24, co. 2, dir. 2013/33/UE).

<sup>9</sup> Art. 24, co. 3 e 4, dir. 2013/33/UE: «Gli Stati membri iniziano a rintracciare quanto prima i familiari del minore non accompagnato, se necessario con l'assistenza di organizzazioni internazionali o altre organizzazioni competenti, non appena sia manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale, sempre tutelandone l'interesse superiore. Nei casi in cui sussistano rischi per la vita o l'integrità del minore o dei suoi parenti stretti, in particolare se questi sono rimasti nel paese di origine, la raccolta, il trattamento e la diffusione delle informazioni relative a queste persone sono effettuate in via confidenziale, in modo da non mettere in pericolo la loro sicurezza. Le persone che si occupano di minori non accompagnati hanno ricevuto e continuano a ricevere una specifica formazione in merito alle particolari esigenze degli stessi e sono soggette, conformemente a quanto stabilito dal diritto nazionale, all'obbligo di riservatezza relativamente alle informazioni di cui dovessero venire a conoscenza durante l'attività da loro svolta».

<sup>10</sup> Austria, Belgio, Germania, Olanda e Svezia prevedono la possibilità di respingimento alla frontiera anche del minore straniero non accompagnato; sulla diversità di trattamento, C. MENJÍVAR, K. M. PERREIRA (2019) *Undocumented and unaccompanied: children of migration in the European Union and the United States*, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 45:2, 197-217; L. STUBBE ØSTERGAARD, M. NORREDAM, C. MOCK-MUNOZ DE LUNA, M. BLAIR, S. GOLDFELD, A. HJERN, *Restricted health care entitlements for child migrants in Europe and Australia*, *The European Journal of Public Health*, 2017, 27, 5, 869-873: «five countries (France, Italy, Norway, Portugal and Spain) explicitly entitle all migrant children, irrespective of legal status, to receive equal health care to that of its nationals. Sweden and Belgium entitle equal care to asylum seekers and irregular non-EU migrants, while entitlements for EU migrants are unclear. Twelve European countries have limited entitlements to health care for asylum seeking children, including Germany that stands out as the country with the most restrictive health care policy for migrant children»; H. D.C. ROSCAM ABBING, *Age Determination of Unaccompanied Asylum Seeking Minors in the European Union: A Health Law Perspective*, in *European Journal of Health Law*, 2011, 18, 11-25; *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States. Comparative report*, in [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1692-SEPAC-comparative-report\\_EN.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1692-SEPAC-comparative-report_EN.pdf).

<sup>11</sup> Tale è anche il cittadino europeo, il quale potrebbe attivare la disciplina del ricongiungimento familiare: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I diritti di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati durante e dopo la minore età*, in *Famiglia e diritto*, 2023, 2, 172 ss.



asilo, è destinato a diventare permesso di soggiorno con lo *status* di protezione internazionale<sup>12</sup>. Tutti i permessi di soggiorno consentono l'esercizio di lavoro autonomo o subordinato<sup>13</sup>.

Sul piano procedurale, l'ingresso in Italia del minore viene segnalato alle autorità di polizia o giudiziaria ovvero ai servizi sociali, cui spetta l'identificazione tramite un colloquio, alla presenza del mediatore culturale per ricostruire la sua storia<sup>14</sup>. Eventuali dubbi sull'età dichiarata, non fugati in sede di colloquio, legittimano esami socio-sanitari disposti dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, previa informazione dell'interessato e alla presenza del mediatore culturale; la presunzione di minore età subentra se persistono dubbi<sup>15</sup>. Seguono una serie di adempimenti per assicurare un trattamento paritario ai cittadini italiani o europei: la compilazione della cartella sociale, documento personale redatto dalla struttura di accoglienza dove confluiscono dati ed elementi utili nell'interesse del minore, poi trasmessa ai servizi sociali del Comune di destinazione e alla Procura della Repubblica

<sup>12</sup> Art. 10, l. 7 aprile 2017, n. 47. Il diritto di asilo è riconosciuto a favore di quanti vedono impedito nello Stato di origine o di provenienza l'effettivo esercizio delle libertà democratiche. Rappresenta il *genus* delle forme di protezione internazionale, attributive di una pluralità di *status*: la protezione in favore dei rifugiati, la protezione sussidiaria, per motivi umanitari e la tutela dell'apolide che ne rappresentano la *species*. Nel sistema pluralistico delle misure di protezione internazionale, le persecuzioni definiscono lo *status* di rifugiato, cui si affianca, in forza della disciplina dell'Unione europea, il riconoscimento di altra forma di protezione c.d. sussidiaria. Il *discrimen* è nel differente requisito di legittimazione, il rischio effettivo del rifugiato di subire un grave danno alla persona. L'eventuale cessazione delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato non legittima la concessione della protezione sussidiaria, concessa a chi non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato.

<sup>13</sup> La puntualizzazione del DPR 4 ottobre 2022, n. 191 si è resa opportuna a causa di esitazioni riscontrate nella prassi.

<sup>14</sup> L'asilo copre una situazione transeunte che va dall'accesso o approdo sul territorio nazionale del migrante, che manifesti espressamente la volontà di richiedere la protezione, sino alla definizione del relativo procedimento. Rappresenta infatti una condizione strumentale all'avvio del procedimento amministrativo di valutazione della sussistenza dei requisiti idonei a consolidare la protezione, con cui si ottiene un permesso di soggiorno temporaneo, nell'attesa del procedimento per il riconoscimento di uno degli *status* di protezione o dell'eventuale giudizio contro il diniego di una forma di protezione. Il procedimento ha avvio con la presentazione della domanda di protezione internazionale alla frontiera al momento dell'ingresso o presso la questura nel cui territorio l'interessato si trovi al momento dell'istanza, o comunque sul territorio nazionale. Autorità competente all'esame è la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, insediata presso le Prefettura e composta da un Presidente, funzionario della carriera prefettizia, da un funzionario della polizia di Stato, da un rappresentante di un ente territoriale designato dalla Conferenza Stato-città ed autonomie locali e da un rappresentante dell'UNHCR. Tempi abbreviati sono previsti per i casi di palese fondatezza, come per le persone vulnerabili quali i minori, specie se non accompagnati, o in caso di palese infondatezza della domanda, di istanza proposta dai richiedenti asilo in stato di trattenimento, di reiterazione della medesima domanda e di domande formulate da persone fermate per aver eluso i controlli di frontiera o in condizioni di soggiorno irregolare. Il "richiedente protezione internazionale" è lo straniero che ha presentato un'unica istanza di protezione, sulla quale ancora non sia stata adottata una decisione definitiva, ovvero che abbia manifestato l'intenzione di chiederla.

<sup>15</sup> Tra le diverse raccomandazioni del Comitato economico e sociale europeo, EESC 2020/02281, cit., specifica che, conformemente al principio della «presunzione di minore età», un giovane che si presenta come minore deve essere considerato tale fino alla pronuncia di una decisione giudiziaria definitiva; gli Stati membri sono invitati a valutare la minore età sulla base di un insieme di elementi, in primo luogo le dichiarazioni della persona interessata, i documenti di stato civile presentati, i colloqui condotti con la persona interessata da professionisti competenti e, se del caso, la verifica dell'autenticità dei documenti di stato civile; in assenza di una reale affidabilità dei test di valutazione dell'età ossea, vanno completamente sospesi. Sulla procedura multidisciplinare di accertamento dell'età, art. 5, DPCM 10 dicembre 2016, n. 234, Regolamento recante definizione dei meccanismi per la determinazione dell'età dei minori non accompagnati vittime di tratta.

presso il Tribunale per i minorenni; l'indagine familiare, per risalire al contesto di appartenenza del minore; l'iscrizione del minore al Sistema sanitario nazionale a tutela della salute<sup>16</sup>, e al sistema di istruzione per acquisire titoli conclusivi dei corsi di studio o attivare convenzioni per l'apprendistato; il trasferimento in strutture di seconda accoglienza, con preferenza per l'affido familiare rispetto al ricovero in strutture *ad hoc*. A tal fine è stato istituito un elenco di tutori volontari adeguatamente formati per facilitare l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati e la loro integrazione sociale, inteso come dovere di alto rango morale.

Il loro allontanamento può aver luogo per rimpatrio volontario, se il ricongiungimento con i familiari nel Paese di origine corrisponde al superiore interesse del minore<sup>17</sup>; rimpatrio assistito, quando i minori non richiedono asilo e sia coerente al suo superiore interesse<sup>18</sup>; espulsione disposta dal Tribunale per i minorenni su richiesta del Questore, se il provvedimento non implica rischio di danni gravi per il minore.

Il quadro normativo, seppur ricco e articolato, nell'affidare agli Stati un margine di discrezionalità più o meno ampio sul territorio nazionale accetta il rischio che i diritti dei più vulnerabili scompaiano anche nel cuore dell'Europa, come i ripetuti interventi sanzionatori della Corte di Strasburgo documentano.

## 2. I punti deboli della *law in action* nel continente europeo

In antitesi con quest'idea di accoglienza, diversi sono i casi di violazione dei diritti umani nel continente europeo rilevati dalla Corte di Strasburgo, sensibile alla protezione rafforzata della personalità in formazione che connota la minore età. Il rimedio necessario della detenzione amministrativa, comune agli Stati in sede di prima accoglienza, si è rivelato causa di trattamento inumano e degradante a giudicare dalla frequenza degli interventi della Corte. Pur astenendosi dal sancire un divieto assoluto, ne ha condizionato il ricorso per i minori non accompagnati al principio di necessità e proporzionalità e l'esecuzione al rispetto del loro superiore interesse.

In attuazione di questi principi, la permanenza di minori in un centro di detenzione amministrativa per adulti irregolari e senza alcun tipo di assistenza è in sé lesiva di diritti umani, indipendentemente dalla

---

<sup>16</sup> Sui potenziali rischi sanitari dei minori stranieri non accompagnati, evidenziati dagli organismi europei in occasione del fenomeno pandemico, EESC 2020/02281, cit.: «La pandemia di COVID-19 aumenta inevitabilmente i rischi che corrono i minori stranieri non accompagnati, la cui salute è spesso già compromessa: impossibilità di rispettare le misure di confinamento, accesso inadeguato al cibo, all'igiene e all'acqua, mancanza di informazioni idonee sulle misure di prevenzione e le precauzioni necessarie, difficoltà di accesso all'assistenza sanitaria».

<sup>17</sup> Precisa la Direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008, in G.U., L. 348, 24 dicembre 2008, 98: «Prima di emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato è fornita un'assistenza da parte di organismi appropriati diversi dalle autorità che eseguono il rimpatrio tenendo nel debito conto l'interesse superiore del bambino».

<sup>18</sup> Il provvedimento, utilizzato in misura minima, può essere adottato solo dopo un'indagine compiuta nel Paese di origine del minore e una valutazione sulla sua situazione e viene eseguito accompagnando il minore fino al riaffido alla famiglia o alle autorità del Paese d'origine, che passa attraverso un progetto di reinserimento scolastico e lavorativo: art. 32, T.U. La procedura di rimpatrio prevede l'ascolto del minore, necessario al riscontro di conformità con il suo interesse, dovendosi altresì procedere al diniego del rimpatrio e segnalazione del minore alla magistratura e ai servizi sociali per l'affidamento.

durata<sup>19</sup>; se poi le informazioni, peraltro incomplete, vengono fornite in lingua non comprensibile dal minore, come l'arabo, si associa la violazione del diritto di libertà<sup>20</sup>. Età e situazione personale delineano una condizione di estrema vulnerabilità la cui corretta considerazione deve suggerire il ricorso a misure meno radicali, sia nell'interesse superiore del minore che secondo il principio di necessità e proporzionalità. Istanze recepite dalla successiva integrazione normativa del legislatore europeo<sup>21</sup>, che sottolinea il carattere residuale della detenzione in presenza di minori, accompagnati e non, soltanto in assenza di alternative efficaci e a condizione che vengano rilasciati appena si renda disponibile una sistemazione più idonea e comunque in centri adatti ai minori.

Per i minori non accompagnati, il provvedimento diventa dunque eccezionale e con esclusione degli istituti penitenziari; ciò nonostante, la condanna coeva di Francia e Grecia per trattamenti degradanti, anche negli ultimi anni, conferma la difficoltà di attuazione della normativa che impone agli Stati parte della Convenzione sui diritti del fanciullo di proteggere e prendersi cura d'ufficio dei minori stranieri non accompagnati proprio per non esporli a violenze di ogni genere. Le stesse sollecitazioni alla Commissione del Comitato economico e sociale europeo di nuove direttive per migliorare il livello di protezione attestano la persistente difficoltà di idonea accoglienza nel cuore dell'Europa<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Corte di Strasburgo, 12 ottobre 2006, ricorso n. 13178/03, *Mubilanzila c. Belgio*, in <https://www.echr.coe.int>: una bambina congolese di cinque anni, in transito per Bruxelles per raggiungere la madre in Canada dove aveva chiesto asilo, viene fermata in aeroporto per l'assenza di documenti attestanti l'identità e relazione di parentela con lo zio con cui viaggiava. Trattenuta per più di due mesi in una struttura detentiva per adulti e poi rimpatriata, non riceve dalle autorità belghe alcun tipo di assistenza neppure durante il volo e in patria, dove non può essere affidata ad alcuno. L'aver impedito il ricongiungimento con la madre in Canada è ulteriore motivo di condanna per violazione dell'art. 8 Cedu. Analogamente Corte di Strasburgo, 5 aprile 2011, ricorso n. 8687/08, *Rahimi c. Grecia*, <https://www.echr.coe.int>, per la detenzione di un minore afgano non accompagnato, giunto illegalmente nell'isola di Lesbo e ivi trattenuto per 2 giorni prima del provvedimento di espulsione in condizioni di accoglienza definite successivamente "abominevoli" da un rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, tali da attentare al senso di dignità umana (art. 3 Cedu). Condotta peraltro lesiva del diritto alla libertà ex art. 5 Cedu, par. 1, che enumera condizioni e modalità di limitazione legittima, diritto violato da una detenzione – benché breve – effetto dell'applicazione automatica della disciplina interna indifferente alla condizione di minore non accompagnato.

<sup>20</sup> Corte di Strasburgo, 5 aprile 2011, ricorso n. 8687/08, cit., condanna la Grecia sia per le comunicazioni scritte in arabo sulla possibilità di ricorrere contro il provvedimento di detenzione (art. 5, par. 2 e 13 Cedu), sia per lo stato di abbandono in cui il minore si è trovato a seguito del rilascio dopo averne decretato l'espulsione sempre in lingua greca, preso poi in carico da una ONG che lo aveva accompagnato in un centro di accoglienza per minori, senza la nomina di un tutore o di un rappresentante legale.

<sup>21</sup> Il legislatore europeo adotta una serie di direttive con cui apporta modifiche sostanziali alle direttive precedenti per prendere espressamente in considerazione la condizione dei minori stranieri non accompagnati: dir. 2011/95/UE, 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta), in GUUE L. 337, 20 dicembre 2011, 9, a rifusione della dir. 2004/83/CE, 29 aprile 2004; dir. 2013/32/UE cit., a rifusione della dir. 2005/85/CE 1° dicembre 2005; dir. 2013/33/UE cit., a rifusione della dir. 2003/9/CE, 27 gennaio 2003; dir. 2011/36/UE, 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L. 101, 15 aprile 2011, 1 ss.

<sup>22</sup> *European Union Agency for Fundamental Rights, Fundamental Rights Report, 2021*, in <https://www.euromagnet.eu/news/fra-report-on-fundamental-rights-in-europe-2021>, 221 ss., con riferimento ai minori stranieri non accompagnati conferma le difficoltà di adeguata protezione in Paesi dell'Unione come Croazia, Cipro, Francia,

Nella pronuncia contro la Francia<sup>23</sup>, la giovane età avrebbe dovuto attirare l'attenzione delle autorità francesi, non scagionate dal difetto di collaborazione dell'interessato lamentato dal Governo, indifferente per la Corte in ragione del disagio linguistico; l'identificazione del minore soltanto con l'intervento della ONG segnala gravi carenze del sistema e l'inerzia delle autorità francesi, «*s'agissant d'un mineur isolé étranger en situation irrégulière âgé de douze ans, c'est-à-dire d'un individu relevant de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société*». Ma anche la soluzione greca di trattenere i minori presso stazioni di polizia, in attesa del trasferimento in strutture d'accoglienza dotate di sezioni speciali per i minori non accompagnati<sup>24</sup>, è giudicata inadatta alla condizione di particolare

Grecia. Ungheria, Italia, Malta, Spagna, aggravata dalla pandemia, e ribadisce il ruolo della tutela per un sistema di accoglienza efficace: «A key element of a well-functioning system for the reception of unaccompanied children is a functioning guardianship system. Such systems assign unaccompanied children a person to support them to ensure their wellbeing, safeguard the child's best interests, and exercise legal representation on their behalf». Sul trattamento inumano e degradante dei luoghi di accoglienza dei minori stranieri non accompagnati, Corte di Strasburgo, 22 novembre 2016, ricorso n. 25794/13 and 28151/13, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta*, in <https://hudoc.echr.coe.int/FRE#%7B%22itemid%22:%7B%22001-168780%22%7D%7D>: «the applicants, as asylum-seekers, were particularly vulnerable because of everything they had been through during their migration and the traumatic experiences they were likely to have endured previously»; Corte di Strasburgo, 25 giugno 2020, ricorso n. 9347/14, *Moustahi c. Francia*, in <https://www.osservatoriocedu.it/wp-content/uploads/2022/02/Moustahi-c-Francia-C.pdf>, nei confronti di bambini di tre e cinque anni, detenuti all'interno di una stazione di polizia, affidati a un adulto e inviati senza precauzioni verso uno Stato non membro, condizioni giudicate dalla Corte causa di stress e di angoscia indipendentemente dalla durata della detenzione, con possibili conseguenze sulla loro psiche.

<sup>23</sup> Corte di Strasburgo, 28 febbraio 2019, ricorso n. 12267/16, *Kahn c. Francia*, in *Federalismi*, 1 maggio 2019, denuncia il degrado determinato dallo smantellamento del centro di accoglienza, aperto in prossimità di Calais per coloro che desideravano ricevere la protezione nel Regno Unito, il cui effetto era stato lo sviluppo di un accampamento improvvisato non regolarizzato dalla successiva apertura di un centro diurno per «server environ deux mille cinq cent repas par jour aux migrants et de mettre à leur disposition soixante structures modulaires de douche, trente de toilettes, ainsi que des moyens pour recharger leurs téléphones portables et laver leur linge». Non adeguato all'utenza effettiva, il centro viene denominato "giungla" nella relazione del Difensore dei diritti, dove «mentionne aussi l'état d'épuisement physique et psychique dans lequel se trouvaient les exilés qui, après un parcours migratoire de plusieurs mois ou années, se voyaient contraints d'adopter un mode de vie "plus proche de la survie". Il relève de plus qu'ils présentaient des pathologies caractéristiques des personnes en situation de très grande précarité, qui se combinaient avec des troubles propres à leur condition de migrant et à des syndromes post-traumatiques liés à des violences ou pressions policières, ajoutant que l'offre de prise en charge médicale était insuffisante au regard de la situation sanitaire». Gli stessi minori non accompagnati presenti vivevano in condizioni materiali deprecabili, esposti a numerosi pericoli, abbandonati a sé stessi con sviluppo di comportamenti a rischio negli adolescenti legati all'aumento del consumo di alcol. Khan era un minore afgano, arrivato nella giungla di Calais a 11 anni, segnalato da una ONG e affidato dal Tribunale a una comunità familiare ma senza alcuna misura per garantire l'esecuzione della decisione, con conseguente ingresso irregolare nel Regno Unito dopo lo smantellamento del campo profughi.

<sup>24</sup> Corte di Strasburgo, 28 febbraio 2019, ricorso n. 19951/16, *H.A. e altri c. Grecia*, in *Federalismi*, 1 maggio 2019: la Grecia viene sanzionata per la detenzione amministrativa di nove minori non accompagnati (sei siriani, due iracheni e un marocchino) – intenzionati a trasferirsi presso altri Stati dell'Unione europea – presso diverse stazioni di polizia per un lungo periodo (da 20 a 35 giorni) prima di sistemarli in un centro di accoglienza. Se la durata viene giustificata dall'eccezionalità del flusso migratorio causato da una crisi umanitaria senza precedenti, viene sanzionata la sola detenzione presso posti di polizia come trattamento degradante, in quanto strutture inadatte alla permanenza oltre le 48 ore, oltre che l'assenza di rimedi esperibili dinanzi ad autorità imparziali (art. 13) e di nominare un avvocato allo scopo di abbreviare la permanenza nelle stazioni di polizia e accelerare il trasferimento in strutture d'accoglienza adatte (art. 5, par. 4). Analogamente, Corte di Strasburgo, 13 giugno 2019,

vulnerabilità del minore, disagio acuito dalla mancanza della possibilità di contestare la sistemazione per vie legali.

Episodi di violazione dei diritti umani dei minori non accompagnati sono dunque ancora attuali e coinvolgono anche l'Italia. La Corte di Strasburgo di recente si è pronunciata in tema di determinazione dell'età di un migrante, dichiaratosi minorenne all'arrivo. Sulla scorta di una certificazione dell'età ossea di diciottenne in un referto medico, la cui attendibilità viene contestata in quanto il grado di maturità biologica, durante la pubertà, presenta un'ampia variabilità statistica, viene disposto il suo trasferimento in un centro di accoglienza per adulti<sup>25</sup>. Nei quattro mesi trascorsi nel centro, il ricorrente lamenta e documenta una situazione di sovraffollamento, assenza di riscaldamento adeguato, di acqua calda nei servizi igienici, peraltro insufficienti come le panche nella mensa, carenza di attività educative e ricreative e di personale, la circolazione di coltelli, alcol e sostanze stupefacenti, episodi di violenza e di prostituzione. Carenze strutturali acute dall'assenza dell'assistenza sanitaria adeguata, dell'assistenza psicologica, di accesso a informazioni in carenza di interpreti in sede di colloquio e di assistenza legale.

La condotta delle autorità italiane viene sanzionata per violazione dell'art. 8 Cedu. Per la Corte, l'ampio concetto di vita privata abbraccia molteplici aspetti dell'identità di una persona, compreso il diritto allo sviluppo personale e a stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani. La pronuncia delinea un ampio contenuto degli obblighi gravanti sulla pubblica autorità, non più limitato alla generica astensione da ingerenze arbitrarie, ma inclusivo di obblighi positivi di rispetto della vita privata, salvo un ampio margine di discrezionalità sulle modalità di attuazione. L'inadempimento dello Stato, aggravato dalla condizione di minore non accompagnato in un contesto migratorio che lo rende particolarmente

---

ricorso n. 141165/16, *Sh.D. and others v. Greece, Austria, Croatia, Hungary, Northern Macedonia, Serbia and Slovenia*, in <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/AFFAIRE%20SH.D.%20ET%20AUTRES%20c.%20GR%20CE%20AUTRICHE%20CROATIE%20HONGRIE%20MACDOINE%20DU%20NORD%20SERBIE%20ET%20SLOV%20NIE.pdf>, considera pratica inaccettabile la detenzione di cinque minori di origine afgana in stazioni di polizia, anche a fini protettivi e per brevi periodi: «conditions in police stations can create the feeling of isolation and can negatively affect physical and mental well-being, and that such conditions are not suitable for children».

<sup>25</sup> Corte di Strasburgo, 21 luglio 2022, ricorso n. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*, in *Guida al diritto*, 2022, 31 ss. Il ricorrente, giunto in Sicilia a bordo di un'imbarcazione di fortuna, dichiara di essere minorenne e di voler chiedere la protezione internazionale. Ospitato inizialmente in un centro per minori stranieri non accompagnati, viene poi trasferito in un centro di accoglienza per adulti, nonostante il rilascio di una tessera sanitaria attestante la minore età. Dubitando dell'età effettiva, le autorità richiedono una visita medica e dal referto risulta un'età ossea corrispondente a quella di un maschio diciottenne. In assenza di informazioni, il ricorrente si fa assistere da difensori per la nomina di un tutore, per rilevare i numerosi inadempimenti in presenza di un minore non accompagnato e per presentare la domanda di protezione internazionale, ma sull'esito dell'istanza non vengono informati neppure i difensori. Eppure, già Cass., 3 marzo 2020, n. 5936, in *Giustizia civile Massimario*, 2020, aveva sottolineato la necessità che il tribunale per i minorenni si avvallesse dell'accertamento sanitario con indicazione di un margine di errore e i conseguenti valori minimi e massimi attribuibili all'età del minore e, ove tale margine non consentisse di addivenire con certezza alla determinazione dell'età, l'applicazione della regola presuntiva della minore età. Sulla priorità del documento anagrafico, Cass., ordinanza 6 aprile 2022, n. 11232, *ivi*, 2022.

vulnerabile, è ricondotto alle procedure di identificazione e determinazione dell'età, presupposto necessario per applicare l'insieme delle garanzie procedurali connesse alla condizione di minore<sup>26</sup>. Responsabilità non elusa dalla sopravvenienza di una normativa più puntuale e l'approccio multidisciplinare da parte di professionisti adeguatamente formati per la determinazione dell'età<sup>27</sup>, perché in Italia già vigeva l'obbligo di assicurare necessarie garanzie ai minori non accompagnati richiedenti asilo e la presunzione della minore età, espressione del generale principio dell'interesse superiore del minore<sup>28</sup>. L'assenza di elementi idonei a qualificare come infondate o irragionevoli le affermazioni del ricorrente di essere minore, con il conseguenziale collocamento iniziale in un centro per minori, confligge con la negazione della protezione speciale tramite riconoscimento dello *status* di minore non accompagnato.

Il comprensibile interesse dello Stato a sventare i numerosi tentativi di aggirare le norme in materia di immigrazione non può legittimare la privazione ai minori stranieri, specie se non accompagnati, della protezione che accede al loro *status*. La conseguente lesione del diritto alla nomina di un tutore o rappresentante legale e del diritto ad essere informato, con l'annesso diritto di impugnazione del referto medico, mai notificatogli, e dei provvedimenti di rigetto delle successive istanze, non ha una valenza soltanto processuale, ma sostanziale rispetto all'obbligo positivo di assicurare al migrante il rispetto della sua vita privata.

Il trasferimento in un centro di accoglienza per adulti, che l'adozione del criterio presuntivo del *favor minoris* avrebbe scongiurato, ha determinato ulteriori problematiche rispetto alla vulnerabilità e dignità del ricorrente, sia in termini di trattamento inumano ex art. 3 Cedu, adeguatamente documentato, sia in termini di effettività del diritto di ricorrere ex art. 13 Cedu, in combinato disposto con gli artt. 3 e 8 Cedu. Eppure il superamento della presunzione di minore età degli adolescenti rientra tra le misure ipotizzate dal Viminale per contrastare gli sbarchi<sup>29</sup>.

### 3. Violazioni indirette dei diritti e tentativi di arginare la discrezionalità degli Stati

Un grave *vulnus* ai diritti umani è emerso altresì dalle scelte interpretative lesive del diritto al ricongiungimento familiare, linfa vitale per la cura e assistenza del minore non accompagnato, oggetto di ripetuti adattamenti alla condizione del migrante minore in sede di ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La minore età, *discrimen* per applicare la disciplina di maggior favore, rappresenta

<sup>26</sup> A. CORDIANO, *La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza*, in *Famiglia e diritto*, 2023, 3, 197 ss.

<sup>27</sup> L. 7 aprile 2017, n. 47, che ha aggiunto l'articolo 19-*bis* al d. lgs. 2015/142.

<sup>28</sup> L'importanza della presunzione è confermata, da ultimo, nella Risoluzione 2449 (2022), *Protection and alternative care for unaccompanied and separated migrant and refugee children*, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, 22 giugno 2022. Ma già il Comitato europeo dei diritti sociali, decisione 15 giugno 2018, reclamo n. 114/2015, *EUROCEF c. Francia*, in <https://www.coe.int/>, considera l'esame osseo inopportuno e inattendibile per determinare l'età dei minori stranieri, in contrasto con l'art. 17, par.1, Carta sociale europea.

<sup>29</sup> V. PICCOLILLO, *La stretta sui minori. In caso di esami dubbi dovranno provare l'età*, in *Corriere della Sera*, 24 agosto 2023: considerato che la gran parte degli adolescenti dichiara di avere 17 anni per rientrare nei percorsi dedicati ai minori, l'idea è di invertire l'onere della prova far gravare sui ragazzi l'onere di dimostrare di non essere maggiorenni.

ontologicamente un periodo transitorio, neutralizzabile da modalità procedurali che sono di competenza degli Stati nazionali.

Un primo profilo discrezionale attiene alla determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda di protezione internazionale nell'ipotesi di presentazione di più domande in diversi Stati membri. La regola generale, posta dal regolamento di Dublino III<sup>30</sup>, indica una gerarchia di criteri che privilegia, per i minori non accompagnati, lo Stato membro in cui si trova legalmente un familiare o un fratello, se conforme all'interesse superiore del minore (art. 8, par. 1), criterio prevalente se i familiari soggiornano in più di uno Stato membro (art. 8, par. 3). Residuale è la competenza dello Stato in cui il minore ha presentato domanda di protezione internazionale (art. 8, par. 4), se mancano parenti per il ricongiungimento, non possono occuparsi di lui oppure se la soluzione confligga con l'interesse del minore. Resta insoluta l'ipotesi della pluralità di istanze nel territorio europeo. La soluzione interpretativa suggerita dalla Corte di Giustizia che, alla cronologia, privilegia lo Stato in cui il minore si trova dopo aver presentato la domanda quale criterio che razionalizza le tempistiche<sup>31</sup>, non ha trovato riscontro nelle successive proposte normative per il forte rischio di strumentalizzazione. Per la Corte, una differente interpretazione non è supportata né dalla lettera della norma, né dalla *ratio* di garantire l'effettivo accesso all'esame dello *status* di rifugiato del richiedente in qualità di minorene.

Il Regolamento Dublino III, adottato in pendenza della questione dinanzi alla Corte di Giustizia, omette di pronunciarsi ma i co-legislatori, con una dichiarazione congiunta<sup>32</sup>, avevano attribuito alla

<sup>30</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013, 26 giugno 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), in GUUE, L. 180/31, 29 giugno 2013. Il regolamento apporta modifiche sostanziali al regolamento CE n. 343/2003, 18 febbraio 2003 (Dublino II).

<sup>31</sup> Corte di Giustizia, 6 giugno 2013, causa C-648/11, *M.A. e altri c. United Kingdom (Secretary of State for the Home Department)*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62011CJ0648>. La decisione riunisce tre cause presentate da tre minori non accompagnati, due eritrei e un iracheno. I primi due avevano già presentato domanda di asilo in Italia, il terzo nei Paesi Bassi per cui, in base all'art. 6, par. 2, Reg. CE n. 343/2003, cit., le autorità britanniche avevano disposto il trasferimento dei minori nello Stato membro di prima istanza di protezione internazionale, considerato che «In mancanza di un familiare, è competente per l'esame della domanda lo Stato membro in cui il minore ha presentato la domanda d'asilo». Impugnato il provvedimento, la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* solleva la questione pregiudiziale, rilevando come significativo che il richiamo alla presentazione della domanda per la prima volta, contenuto nell'art. 5, non sia ribadito all'art. 6 per i minori non accompagnati. La Corte di Giustizia, richiamata la giurisprudenza costante sulla necessità di tener conto non solo della lettera, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, concentra l'attenzione sull'obiettivo della normativa, accordare particolare attenzione al caso dei minori non accompagnati, e del regolamento, di garantire l'effettivo accesso all'esame dello *status* di rifugiato del richiedente; è altresì interesse del minore non prolungare inutilmente la procedura di determinazione dello Stato membro competente, bensì assicurargli un rapido accesso alle procedure volte al riconoscimento dello *status* di rifugiato. Dispone pertanto che l'art. 6 vada interpretato nel senso che «Stato membro competente» sia lo Stato membro nel quale si trova tale minore dopo aver presentato una domanda di asilo.

<sup>32</sup> Dichiarazione del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione, allegata al Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, 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), 26 giugno 2013, in GUUE L. 180/59, 29 giugno 2013, 31ss. Il testo della dichiarazione è il seguente: «Il Consiglio e il Parlamento europeo invitano la Commissione a prendere in considerazione, fatto salvo il suo diritto di iniziativa, una revisione dell'articolo 8,

Commissione il compito di revisione della disposizione in conformità all'adottanda pronuncia. Il rinvio è dovuto all'insanabile conflitto di posizioni tra Commissione, favorevole alla competenza dello Stato in cui il minore si trova per evitarne il trasferimento, e Consiglio, propenso all'opposto a radicare la competenza nello Stato di prima istanza d'asilo. Impegno che la Commissione rispetta con una Proposta di modifica<sup>33</sup>, ma che è costretta successivamente a ritirare e sostituire con una nuova proposta di modifica del Regolamento Dublino III, ancora in discussione<sup>34</sup>, dove invece si opta per la soluzione cronologica<sup>35</sup>.

La riduzione della tempistica serve a conservare il percorso privilegiato per il ricongiungimento familiare del minore straniero non accompagnato. In quest'ottica, al tema della competenza si associa un altro profilo, la conservazione della condizione di *favor* se il minore raggiunge la maggiore età in pendenza del procedimento di riconoscimento dello *status* di rifugiato. La Corte è intervenuta più volte per sottrarre alla discrezionalità degli Stati membri il potere di indicare il momento rilevante per il riconoscimento di tale *status*<sup>36</sup>. Se la valutazione discrezionale, peraltro associata al concorso di talune

---

paragrafo 4 della rifusione del regolamento Dublino una volta che la Corte di giustizia si sarà pronunciata sulla causa C-648/11 *MA e a. contro Secretary of State for the Home Department* e comunque entro i termini prescritti dall'articolo 46 del regolamento Dublino. Il Parlamento europeo e il Consiglio eserciteranno successivamente entrambi le rispettive competenze legislative, tenendo conto del prevalente interesse del minore. In uno spirito di compromesso e al fine di garantire un'immediata adozione della proposta, la Commissione accetta di prendere in considerazione tale invito, che intende limitato a queste specifiche circostanze e non tale da creare un precedente».

<sup>33</sup> COM/2014/0382 *final* – 2014/0202, Proposta di Regolamento che modifica il regolamento (UE) n. 604/2013 per quanto riguarda la determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata da un minore non accompagnato che non ha familiari, fratelli o parenti presenti legalmente in uno Stato membro, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52014PC0382>.

<sup>34</sup> COM/2016/0270 *final* – 2016/0133, Proposta di Regolamento 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 paese terzo o da un apolide (rifusione), dove si opta per la soluzione proposta dal Consiglio (art. 9, par. 2). La proposta ha cessato di avere efficacia il 23 aprile 2021, ma il criterio è stato ribadito da COM (2020) 610 *final*, Proposta di Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio e la proposta di regolamento (UE) XXX/XXX (Fondo asilo e migrazione), 23 settembre 2020, cit., invariato nel documento di compromesso datato 6 giugno 2023.

<sup>35</sup> Per un'analisi critica sul compromesso al ribasso, un arretramento rispetto alle indicazioni della giurisprudenza e alle proposte di modifica avanzate in precedenza dalla Commissione, A. M. ROMITO, *I minori stranieri non accompagnati nell'Unione europea: lo stato dell'arte e le prospettive di riforma*, in I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte, Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, Napoli, 2022, 655 ss.

<sup>36</sup> Corte di Giustizia, 12 aprile 2018, causa C-550/16, *A e S v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, in *Guida al diritto*, 2018, 19, 96 ss. Il giudizio viene introdotto da cittadini eritrei a seguito del rifiuto del Segretario di Stato alla Sicurezza e alla Giustizia dei Paesi Bassi di accordar loro e ai tre figli minorenni un'autorizzazione di soggiorno temporanea al fine del ricongiungimento familiare con la figlia maggiore destinataria di un permesso di soggiorno a titolo di asilo valido per 5 anni quale minore non accompagnato. La pronuncia verte sull'art. 2, parte iniziale e lettera f), dir. 2003/86 per definire fino a quando una persona possa essere qualificata come «minore non accompagnato». Il conflitto interpretativo riguarda il *dies a quo*, la data di ingresso dell'interessato o, come sosteneva il Segretario di Stato, la data di presentazione della domanda di ricongiungimento familiare. La corte risponde alla questione affermando che «il combinato disposto degli articoli 2, parte iniziale e lettera f), e 10, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2003/86 va interpretato nel senso che deve essere qualificato come «minore», ai sensi della prima di tali disposizioni, un cittadino di Paesi terzi o un apolide che aveva un'età inferiore



condizioni<sup>37</sup>, costituisce regola generale in tema di migrazione, per i minori rifugiati non accompagnati la normativa prevede regole eccezionali funzionali ad una tutela rafforzata, ma omette di precisare fino a che momento costoro conservino tale condizione. La soluzione indicata dalla Corte, un'interpretazione autonoma e uniforme nel rispetto del diritto dell'Unione e del principio di uguaglianza, è desumibile dalla *ratio* della direttiva 2003/86 di riconoscere ai rifugiati condizioni più favorevoli all'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, in ragione delle motivazioni che li hanno indotti a fuggire dal Paese di origine, ma soprattutto dall'assenza del rinvio alla legislazione nazionale o alla valutazione discrezionale di ogni Stato membro, a dispetto di altre norme della medesima Direttiva.

Se alcun margine di discrezionalità la direttiva riconosce agli Stati, obbligati ad autorizzare il ricongiungimento familiare degli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante, e se offre la garanzia di una protezione rafforzata ai rifugiati che hanno lo *status* di minori non accompagnati, la determinazione del momento per beneficiare del diritto non può essere rimessa alla discrezionalità di ciascuno Stato membro<sup>38</sup>. Né il tenore letterale, né la sistematica consentono di far dipendere dalla maggiore o minore celerità del trattamento della domanda di protezione internazionale la possibilità di presentare istanza di ricongiungimento familiare, peraltro soggetta al positivo e definitivo accoglimento della domanda di asilo, atto ricognitivo e non costitutivo della titolarità del diritto.

Una diversa conclusione contrasterebbe con la *ratio* di *favor* per i rifugiati e con i principi di parità e di certezza del diritto<sup>39</sup>. I tempi imprevedibili della procedura, specie in periodi di grande affluenza di richiedenti protezione internazionale, diventerebbero una *condicio iuris* del diritto al ricongiungimento dei minori non accompagnati se dipendesse dal momento in cui la procedura si è conclusa; paradossalmente consentirebbe facili strumentalizzazioni con il prolungamento dei tempi se il richiedente è

---

ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della sua domanda di asilo in tale Stato, ma che, nel corso della procedura di asilo, raggiunge la maggiore età e ottiene in seguito il riconoscimento dello *status* di rifugiato». *Contra*, Cass, ordinanza 13 agosto 2020, n. 17115, in *Giustizia civile Massimario*, 2020, secondo cui la minore età, quale condizione giuridica per il riconoscimento di una più intensa protezione, deve persistere fino al momento della decisione. In tema, S. NICOLOSI, *Shedding Light on the Protective Regime for Unaccompanied Minors under the Family Reunification Directive: The Case of A and S*, in [europeanpapers.eu](http://europeanpapers.eu), 2018, 1493 ss.

<sup>37</sup> Gli Stati membri possono, per via legislativa o regolamentare, autorizzare l'ingresso e il soggiorno degli ascendenti diretti di primo grado del soggiornante o del suo coniuge, quando sono a carico di questi ultimi e non dispongono di un adeguato sostegno familiare nel paese d'origine: art. 4, par. 2, lett. a).

<sup>38</sup> Art. 10, par. 3, lett. a), dir. 2003/86: «Se il rifugiato è un minore non accompagnato, gli Stati membri: a) autorizzano l'ingresso e il soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare degli ascendenti diretti di primo grado, senza applicare le condizioni previste all'articolo 4, paragrafo 2, lettera a)».

<sup>39</sup> «Una simile interpretazione, infatti, comporterebbe che due rifugiati minori non accompagnati di pari età che hanno presentato nello stesso momento una domanda di protezione internazionale potrebbero, per quanto attiene al diritto al ricongiungimento familiare, essere trattati diversamente a seconda della durata di trattamento di tali domande, sulla quale essi generalmente non hanno alcuna influenza e la quale, al di là della complessità delle situazioni in questione, può dipendere sia dal carico di lavoro delle autorità competenti sia dalle scelte politiche effettuate dagli Stati membri per quanto concerne l'organico messo a disposizione di tali autorità e i casi da trattare con priorità»: Corte di Giustizia, 12 aprile 2018, cit., punto 56. La tesi è rafforzata da Corte di Giustizia, 1° agosto 2022, n. 273, C-273/20 e C-355/20, *Bundesrepublik Deutschland v. SW e Bundesrepublik Deutschland v. BL, BC*: la minore età del rifugiato alla data di decisione sulla domanda d'ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare presentata dai genitori del soggiornante non costituisce una «condizione», né è concesso agli Stati alcun margine di manovra nella determinazione del momento di riferimento per valutare l'età del rifugiato minore non accompagnato.

prossimo alla maggiore età, in antitesi con la celerità procedurale che la particolare vulnerabilità del richiedente richiederebbe e con il superiore interesse del minore. La data di presentazione della domanda di protezione internazionale, invero, rappresenta un elemento prevedibile, identico per tutti i richiedenti e imputabile al diretto interessato e non alle strutture amministrative nazionali.

Il termine ragionevole entro cui presentare l'istanza, onde evitare il rischio di ribaltare le posizioni e di consentire la presentazione della richiesta di ricongiungimento senza alcun limite temporale una volta raggiunta la maggiore età in pendenza del procedimento, viene identificato nel termine di tre mesi dal provvedimento di riconoscimento dello *status* di rifugiato, desumibile da un contesto analogo<sup>40</sup>.

Con le medesime argomentazioni la Corte riconosce all'adulto, titolare dello *status* di rifugiato, il diritto al ricongiungimento familiare dei figli minorenni, benché divenuti maggiorenni nelle more del procedimento giurisdizionale di impugnazione avverso la decisione di rigetto della domanda di rilascio del visto. La data di riferimento per stabilire se trattasi di figlio minorenni resta quella di presentazione dell'istanza e non di rilascio del provvedimento, escluso ogni margine di discrezionalità per garantire l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il principio di uguaglianza<sup>41</sup>.

La condizione di particolare vulnerabilità incide anche sull'esercizio del potere sanzionatorio dello Stato quando il minore si rende responsabile di comportamenti violenti o della violazione delle regole del centro di accoglienza<sup>42</sup>. La normativa europea, benché rinvii alla legislazione nazionale

<sup>40</sup> Il termine si evince dalla soluzione adottata dal legislatore europeo all'art. 12, par. 1, co. 3, dir. 2003/86 che ha valore indicativo: Corte di Giustizia, 12 aprile 2018, cit., punto 61.

<sup>41</sup> Corte di Giustizia, 16 luglio 2020, cause riunite C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *B.M.M., B.S., B.M. e B.M.O. v. Belgio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2020, 6, 1968 ss.: B.M.M. aveva presentato per conto dei figli, B.S., B.M. e B.M.O., domanda di permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare presso l'Ambasciata a Conakry (Guinea), rigettate, e poi presso l'Ambasciata a Dakar (Senegal) con il medesimo esito per aver fornito informazioni false sulla data di nascita. Proposto ricorso di sospensione e annullamento della decisione di rigetto dinanzi al *Conseil du contentieux des étrangers*, l'istanza viene dichiarata irricevibile per mancanza di interesse, in applicazione di una giurisprudenza costante belga che non consentiva di accogliere le domande, perché nel frattempo gli istanti erano diventati maggiorenni. Impugnato il rigetto dinanzi al *Conseil d'État*, il giudice sospende il procedimento per sottoporre alla Corte europea le seguenti questioni pregiudiziali: se, per garantire l'effettività del diritto dell'Unione europea e non rendere impossibile beneficiare del diritto al ricongiungimento familiare, l'articolo 4 della direttiva 2003/86 debba essere interpretato nel senso di consentire al figlio del soggiornante di beneficiare del diritto quando diventa maggiorenne nelle more del procedimento di impugnazione iniziato quando era ancora minorenni; se l'art. 47 della Carta e l'art. 18 della direttiva 2003/86 debbano essere interpretati nel senso di impedire l'irricevibilità del ricorso di annullamento del diniego per la maggiore età del figlio sopraggiunta nelle more del procedimento giurisdizionale, compromettendo il diritto a un ricorso effettivo. Con riferimento a quest'ultimo profilo, per la Corte il ricorso non può essere dichiarato irricevibile per il solo motivo che il minore interessato è diventato maggiorenne nel corso del procedimento giurisdizionale, in quanto la decisione nel merito condiziona l'esercizio di altri diritti, compreso il risarcimento dei danni.

<sup>42</sup> Corte di Giustizia, 12 novembre 2019, causa C-233/18, *Zu. Ha. v. Belgio*, in *Guida al diritto*, 2020, 2, 96 ss. La questione pregiudiziale è sollevata in sede di impugnazione dal giudice per i problemi di interpretazione dell'art. 20, par. 4, dir. 2013/33. Nella specie il ricorrente, cittadino afghano arrivato in Belgio come minore non accompagnato, viene coinvolto in una rissa tra residenti di varie etnie nel centro d'accoglienza dove era ospitato, arrestato e rilasciato il giorno successivo. In applicazione della legge belga sull'accoglienza, il direttore del centro applica come sanzione l'esclusione dall'assistenza materiale per un periodo di 15 giorni. Allontanato dal centro, il giovane trascorre alcune notti in un parco a Bruxelles e altre presso amici e conoscenti; la richiesta di sospensione della misura, presentata dal suo tutore, viene respinta per mancanza di estrema urgenza mentre il ricorso per ottenere l'annullamento delle decisioni e il risarcimento del danno viene respinto in quanto infondato. I

l'individuazione delle sanzioni applicabili, fissa criteri di esercizio del potere: la sanzione va adottata in modo individuale, obiettivo, imparziale, motivato e va adeguata alla particolare situazione del richiedente, salvaguardando l'accesso all'assistenza sanitaria e un tenore di vita dignitoso<sup>43</sup>. A dispetto della tesi del giudice del rinvio<sup>44</sup>, la riduzione o la revoca delle condizioni materiali di accoglienza sono legittime per la Corte di Giustizia, pur se non richiamate dall'art. 20, par. 4, dir. 2013/33, per consentire allo Stato membro di tutelarsi dal rischio di abuso del sistema di accoglienza. Non esonerano però dalla responsabilità della cura del minore, non soddisfatta dalla mera consegna di un elenco di strutture di accoglienza cui rivolgersi per soddisfare i bisogni più elementari. L'esclusione dalle condizioni materiali di accoglienza è invece sanzione inapplicabile al minore non accompagnato, dovendosi preferire la collocazione in una parte separata del centro o il trasferimento in altro centro di accoglienza: l'interesse superiore del minore implica sempre la garanzia del suo benessere e sviluppo sociale, oltre che della sua incolumità e sicurezza<sup>45</sup>.

La protezione rafforzata non si limita all'accoglienza, ma include le modalità di rimpatrio dei minori non accompagnati che non possano beneficiare dello *status* di rifugiato né della protezione sussidiaria. In quanto irregolari, al provvedimento di allontanamento dal territorio dell'Unione europea si applica la direttiva 2008/115/CE<sup>46</sup>: la conformità al loro preminente interesse impone l'ascolto<sup>47</sup> e la preventiva e approfondita valutazione della loro situazione. Sulla decisione del rimpatrio incidono diversi elementi, quali l'età, il sesso, la particolare vulnerabilità, lo stato di salute fisico e mentale, l'affidamento a una famiglia, il livello di scolarizzazione, l'ambiente sociale, le condizioni di accoglienza nello Stato del rimpatrio con la possibilità di affidarlo a un familiare, un tutore o una struttura. In difetto, lo Stato ha l'obbligo di non procedere, altrimenti il minore si troverebbe in uno stato di grave incertezza,

---

dubbi interpretativi che inducono il giudice ad interpellare la Corte di giustizia nascono dalla constatazione che la sanzione è stata applicata ad un minore non accompagnato.

<sup>43</sup> Art. 20, dir. 2013/33. Per un commento, C. DE LUCA, *Le sanzioni applicabili ai minori stranieri non accompagnati nei centri di accoglienza: una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Cassazione penale*, 2020, 5, 2094 ss.

<sup>44</sup> Per il giudice del rinvio se la riduzione o la revoca delle condizioni materiali di accoglienza sono applicabili soltanto nelle ipotesi indicate ai par. da 1 a 3, art. 20, dir. 2013/33 e non all'ipotesi di cui al par. 4, è stata inflitta una sanzione contraria alla legge; l'autorità pubblica non si è neppure preoccupata di assicurare un livello di vita dignitoso al richiedente, peraltro minore non accompagnato.

<sup>45</sup> Art. 23, par. 1, dir. 2013/33.

<sup>46</sup> Dir. 2008/115/CE, 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GUUE, L. 348/98, 24 dicembre 2008, 98 ss., oggetto di Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione, 16 novembre 2017, che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, in GUUE, L. 339/83, 19 dicembre 2017, 121 ss.: «Prima di deciderne il rimpatrio [...] è obbligatorio ascoltare il minore non accompagnato, direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato, ed effettuare una valutazione del suo interesse superiore su base individuale, anche tenendo conto delle sue esigenze particolari, del contesto familiare e della situazione e delle condizioni di accoglienza nel paese di rimpatrio. Tale valutazione dovrebbe verificare sistematicamente se il rimpatrio nel Paese d'origine, incluso il ricongiungimento con la famiglia, sia nell'interesse superiore del minore».

<sup>47</sup> L'art. 24, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sancisce il diritto di ascolto: i minori possono esprimere liberamente la propria opinione e questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. Trattasi di disposizione di applicabilità generale e non limitata a procedimenti specifici.

secondo l'orientamento costante della Corte<sup>48</sup>. Ne deriva, sul piano ermeneutico teleologico, una limitazione sostanziale dell'allontanamento del minore, potenzialmente idoneo ad accentuare la sua già estrema vulnerabilità, benché la maggior parte degli Stati membri non lo escluda formalmente.

La prassi olandese di effettuare l'accertamento soltanto per i minori non accompagnati di età inferiore a quindici anni, considerata la presuntiva tempistica di circa tre anni impiegata per espletare le procedure<sup>49</sup>, rappresenta pertanto una palese elusione delle regole europee. Il criterio dell'età, pur rilevante, crea un automatismo non coerente con l'interesse del minore: anche se di età superiore ai quindici anni, la sua situazione di vulnerabilità rispetto all'allontanamento è equivalente. Peraltro, quando il soggiorno è irregolare, lo Stato ha l'obbligo del rimpatrio assistito dalle dovute garanzie; invero la prassi amministrativa nazionale olandese, del tutto arbitraria, di tollerare *medio tempore* la presenza del minore nel territorio nazionale, lo pone in una sorta di limbo che si traduce non in tolleranza, ma nella negazione dei suoi diritti, in contrasto con il diritto europeo e internazionale.

<sup>48</sup> Corte di Giustizia, 11 dicembre 2014, C-249/13, *Boudjlida v. Francia*, in *Il Foro amministrativo*, 2014, 12, 3032 ss., punto 48; Corte di Giustizia, 8 maggio 2018, C-82/16, *K.A. e a. v. Belgio*, in *Diritto & Giustizia*, 11 maggio 2018, punto 102. Sul rilievo della minore età al momento dell'allontanamento dal paese di origine quale fattore specifico di vulnerabilità che legittima un giudizio di comparazione attenuato, Cass., 1° marzo 2023, n. 6185, in *Giustizia civile Massimario*, 2023: nel cassare il provvedimento impugnato di mancato riconoscimento della protezione internazionale richiesta, giudica irrilevante la non credibilità di episodi di violenza e maltrattamenti familiari subiti e precisa che «ai fini della verifica del grado della lesione ai diritti sanciti nell'art. 8 Cedu, deve tenersi conto oltre che della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, del suo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno e dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine, senza che occorra procedere ad un giudizio di comparazione con le condizioni esistenti in tale paese, neppure nelle forme della comparazione attenuata con proporzionalità inversa». Sulla condizione di vulnerabilità estrema del migrante minore specie se non accompagnato, Cass., ordinanza 17 giugno 2020, n. 11743, *ivi*, 2020.

<sup>49</sup> Corte di Giustizia, 14 gennaio 2021, C-441/19, *TQ v. Paesi Bassi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 4, 1327 ss. La controversia riguarda TQ, minore non accompagnato nato in Guinea e vissuto dalla più tenera età con la zia in Sierra Leone, e il Segretario di Stato alla Giustizia e alla Sicurezza, Paesi Bassi. Le sue vicissitudini dopo il decesso della zia – condotto da un uomo nigeriano in Europa e vittima ad Amsterdam di tratta di esseri umani e di sfruttamento sessuale, causa di gravi turbe psichiche – gli impediscono di beneficiare di un permesso di soggiorno e ne viene disposto il rimpatrio. Il provvedimento viene impugnato dinanzi al Tribunale dell'Aja, in quanto il ricorrente non sapeva dove risiedessero i suoi genitori, non era in grado di riconoscerli, né poteva ritornare nel paese d'origine dove non conosceva nessuno e neppure la lingua. Il Tribunale, poiché la legge nazionale olandese limita l'indagine relativa all'esistenza di un'accoglienza adeguata nello Stato di rimpatrio ai minori non accompagnati di età inferiore a quindici anni al momento della presentazione della domanda di asilo, osserva che l'allontanamento non era avvenuto in attesa della maggiore età, quando l'indagine non era più obbligatoria. Nell'attesa, il soggiorno del minore non accompagnato di almeno quindici anni era irregolare ma tollerato. Sospende pertanto il procedimento e sottopone alla Corte di Giustizia un triplice quesito: sull'obbligatorietà della verifica della possibilità di accoglienza adeguata per il minore *tout court*; sulla legittimità della distinzione in base all'età operata dalla legislazione olandese per il rilascio di un permesso regolare sul territorio se un minore non accompagnato non può beneficiare né dello *status* di rifugiato né della protezione sussidiaria; se, in mancanza di rimpatrio volontario ed espulsione, l'obbligo di rimpatrio debba essere sospeso e debba essere concesso un soggiorno regolare. Sul tema, C. FRATEA, *Rimpatrio del minore straniero non accompagnato: solo una lettura sistematica della Dir. CE 2008/115 assicura il rispetto del principio del superiore interesse del fanciullo*, in *Famiglia e diritto*, 2021, 6, 569 ss.

#### 4. Risvolti giuridici di una normativa non uniformata

Le criticità strutturali del processo di accoglienza dei minori non accompagnati, emergenti dalle pronunce europee e trasversali agli Stati membri, hanno come effetto sistemico la negazione di diritti fondamentali elementari, non negoziabili nella civiltà occidentale europea. Il legame con il fenomeno migratorio può alimentare soluzioni negligenti, mentre la minore età, il distacco dal nucleo familiare, il disagio linguistico, il differente patrimonio culturale e religioso potenziano la vulnerabilità dell'individuo. Ad esse si affianca l'innegabile complessità dell'inserimento e integrazione in un nuovo contesto di valori in un sistema che non consente di tralasciare il costante confronto con la cultura di provenienza, che concorre a definire il contenuto del *best interest of the child*. Il rispetto della complessità di un ambiente multiculturale in maniera uniformata rientra nel concetto di benessere, una sfida con cui l'interprete è chiamato a confrontarsi a fronte di un fenomeno ormai strutturale, non più soltanto emergenziale.

L'archetipo di quanto l'identità culturale e religiosa del minore sia fattore non trascurabile, con importanti risvolti giuridici di adattamento degli ordinamenti nazionali, è la *kafala*, il principale istituto di protezione dell'infanzia nel diritto islamico con cui si attribuisce a terzi la cura di minori orfani o abbandonati in un sistema giuridico che vieta l'adozione<sup>50</sup>. Il problema se, ai fini del ricongiungimento<sup>51</sup>, il *kafil* rientri nella nozione di familiare, ha richiesto l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Il Corano vieta l'adozione: Sura XXXIII. La filiazione, espressione della volontà divina, presuppone il legame biologico, cui l'uomo non può equiparare rapporti civili che altererebbero un sistema unitario. La *Kafalah* ha fondamento nel dovere del buon musulmano di offrire protezione a chi è in stato di bisogno, come l'orfano, ma non crea legame di filiazione: G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafala islamica*, Napoli, 2017, passim; ID., *Pratiche legali, diversità culturali e religiose nel rapporto dialettico fra kafala e adozione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, 142. Il rapporto si costituisce con un contratto in forma pubblica davanti un notaio omologato dall'autorità giudiziaria, se consensuale, o con provvedimento del Tribunale per i minori, se giudiziale. Il *kafil* si obbliga a curare, mantenere ed educare il minore, *makful*, fino alla sua maggiore età o al matrimonio se di genere femminile; è dunque strumento provvisorio e sempre revocabile. Non costituendo un rapporto di filiazione, il *kafil* non assume poteri di rappresentanza o di tutela, che conservano le autorità competenti, non trasmette il cognome né acquista diritti successori; il legame con la famiglia di origine non si interrompe.

<sup>51</sup> La funzione di conservare l'unità della famiglia consente di qualificare il ricongiungimento familiare diritto fondamentale della persona, che spetta di principio anche agli stranieri: Corte cost., 12 gennaio 1995, n. 28, in *Foro italiano*, 1995, I, 2068 ss., ma già se trattasi di figlio maggiorenne «l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare "l'interesse all'affetto" con altri interessi di rilievo»: Corte cost. 8 giugno 2005 n. 224, in *Giustizia civile*, 2006, 10, 1987 ss.

<sup>52</sup> Cass., Sez. un., 16 settembre 2013 n. 21108, in 21108, in *Foro italiano*, 2013, I, 2766 ss. che afferma il seguente principio di diritto «Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kafalah* pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito». Indirizzo ribadito da Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 1, I, 64 ss. anche con riferimento alla *kafalah* "convenzionale", anch'essa finalizzata a realizzare l'interesse superiore del minore. Per la Corte, non contrasta con i principi dell'ordine pubblico italiano e neppure con quelli della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, benché l'art. 20, comma 3, riconosca quale istituto di protezione del minore la sola *kafalah* giudiziale che, diversamente da quella convenzionale, presuppone la situazione di abbandono o comunque di grave disagio del minore nel suo

in ragione dei contrapposti orientamenti interpretativi<sup>53</sup>. L'accezione ampia del concetto di familiare, accolta in questa sede, non esclude la necessità di verificare la sussistenza dei requisiti e delle circostanze per escludere finalità elusive della legislazione in materia di immigrazione e di adozione, peraltro non coerenti con l'interesse del minore.

La valenza sovranazionale del problema ha avuto il merito di evidenziare come la discrezionalità ermeneutica a livello nazionale sia incompatibile con la delicatezza del tema del ricongiungimento, tanto da approdare alla Corte di Giustizia. La necessità di uniformare l'efficacia dell'istituto in Europa nei confronti dei suoi cittadini<sup>54</sup> è dovuta agli effetti sulla libertà di circolazione, ostacolata se gli Stati fossero liberi di riconoscere o negare rilevanza giuridica alla relazione costituita tramite *kafalah*<sup>55</sup>. La scelta di preservare l'unità della famiglia in senso ampio, obiettivo della direttiva 2004/38/CE sulla circolazione, protegge nella specie la relazione con la minore: il tutore può rientrare nell'ampia categoria di "altro familiare" in presenza di vincoli stabili con un cittadino europeo, pur in assenza di una discendenza diretta per difetto del rapporto di filiazione. La stessa Corte di Strasburgo fa rientrare nella nozione di

---

ambiente familiare. Analogamente, Cass., 24 novembre 2017, n. 28154, in *Il familiarista*, 8 febbraio 2018, con nota di M. CIRESE, *Anche la Kafalah convenzionale è istituto di protezione familiare conforme all'interesse del minore*.

<sup>53</sup> Con interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, co. 2, T. U. immigrazione, equipara la *kafalah* all'affidamento e consente il ricongiungimento al *kefil*, Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, 1229 ss.; Cass., 28 gennaio 2010, n. 1908, in *Giustizia civile*, 2011, 11, I, 2694 ss. In senso contrario, se il minore è cittadino italiano residente in Italia, si applica il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, attuativo della direttiva 2004/38/CE, che non include tra i familiari il minore affidato mediante *kafalah*. Viene così introdotta una distinzione tra cittadino comunitario e cittadino extraeuropeo con discriminazione a rovescio: Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2010, 4, 1621 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*, 1629 ss.; Cass., 23 settembre 2011, n. 19450, *ivi*, 2012, 4, 1472 ss. Sulla discrezionalità della disciplina dell'immigrazione G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, *ivi*, 2018, 223 ss.

<sup>54</sup> Corte di giustizia (Grande sezione), 26 marzo 2019, C-129/18, *SM v. Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, in *Guida al diritto*, 2019, 17, 22 ss., sul rinvio pregiudiziale della Corte Suprema del Regno Unito sulla domanda di ricongiungimento presentata da coniugi di nazionalità francese residenti nel Regno Unito a seguito del rigetto del permesso di ingresso di una minore algerina, loro affidata con *kafalah*, quale figlia adottiva di cittadini europei. Per il giudice del rinvio la direttiva 2004/38/CE includerebbe nella nozione di «discendente diretto» i «minori sottoposti a tutela/tutori permanenti». Per la Corte, anche se la direttiva non contiene alcuna definizione di discendente diretto, di regola questa presuppone l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologico o giuridico, che l'istituto islamico ontologicamente esclude. Ma la relazione può rientrare nella nozione di «altro familiare» di cui all'art. 3, par. 2, lettera a), dir. 2004/38/CE.

<sup>55</sup> Si pensi alle oscillazioni giurisprudenziali in Francia, prima favorevoli alla trasformazione in adozione piena della *kafalah* per poi, con la *loi n. 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, escludere l'adozione del minore straniero se il diritto del Paese di origine lo vieta. Nonostante il dibattito sullo stato di precarietà in cui si viene a trovare il minore, la Corte di Strasburgo, 4 ottobre 2012, ric. n. 43631/09, *Harroudj c. France*, esclude la contrarietà della legge francese alla Convenzione, ricordando l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati e soprattutto la non conformità all'interesse del minore del conferimento di uno *status* non riconoscibile nel Paese di origine.

vita familiare ex art. 8 Cedu le relazioni effettive che un minore in regime di *kafalah* intrattiene con il suo tutore<sup>56</sup>, nell'intento di agevolare la circolazione degli *status* personali e familiari<sup>57</sup>.

Altra ripercussione della mancata armonizzazione tra i sistemi di asilo, causa di inefficienze, è l'incremento del rischio di trattamento non equivalente tra i richiedenti asilo in Europa e lo spostamento dei migranti alla ricerca di condizioni migliori di soggiorno. Per i minori, lo spostamento non autorizzato amplifica i rischi di sparizione e di coinvolgimento nella tratta degli esseri umani<sup>58</sup>. Ma anche laddove gli effetti non siano così gravi, il difetto di armonizzazione normativa può condizionare l'esercizio della potestà genitoriale in sede di ricongiungimento se il genitore ha acquisito lo *status* di rifugiato in uno Stato europeo differente da quello in cui è riconosciuto il beneficio della protezione sussidiaria a figli minori. La circostanza attribuisce ad ogni Stato membro la facoltà di dichiarare inammissibile la domanda di protezione internazionale, non preclusa dai principi di unità del nucleo familiare o del superiore interesse del minore<sup>59</sup>, in quanto l'istanza non procura un trattamento migliore. Laddove genitore e figli minori seguano percorsi migratori distinti, la circolazione dello *status* di rifugiato si limita a legittimare la presenza dello straniero nel territorio europeo, senza attribuire il diritto di soggiorno nel diverso Stato membro<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Corte di Strasburgo, 16 dicembre 2014, ricorso 52265/10, *Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio*, esclude la violazione dell'art. 8 e 14 Cedu: l'adozione in Belgio, pur consentita dalla legislazione nazionale, non è disposta per l'esistenza di un legame parentale con la famiglia di origine che determinerebbe la coesistenza di distinti *status* personali in contrasto con il principio di unicità dello *status*. Sulla rilevanza della relazione effettiva incide l'età in cui il minore è stato sottoposto al regime della *kafalah* algerina, l'esistenza di una vita comune con i suoi tutori, il grado delle relazioni affettive che si sono instaurate tra minore e tutori, il livello di dipendenza del minore nei confronti dei suoi tutori, per il fatto che questi ultimi esercitano la potestà genitoriale. Fortemente critica con tale conclusione I. GARACI, *Identità culturale e best interest of the child*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2020, 4, 1659 ss., in quanto lesiva dei diritti della persona e del diritto di ascolto di un minore capace di discernimento. Figure di adozione che non recidono i rapporti con la famiglia di origine sono infatti regolate da diverse legislazioni nazionali come la *delegation de l'autorité parentale* francese, il modello di *open adoption* formulato e applicato da alcuni anni negli Stati Uniti (M. L. SEYMORE, *Openness in international adoption*, in *Columbia Human Rights Law*, 2015, 163 ss.) e l'adozione in casi particolari nel modello italiano.

<sup>57</sup> P. LAGARDE, *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*, in P. LAGARDE (sou la direction de), *La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, 19 ss.

<sup>58</sup> Greta (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings) (2016)29, *Report on Italy, under Rule 7 of the Rules of Procedure for evaluating implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 30 January 2017.

<sup>59</sup> Corte di Giustizia, Grande Chambre, 22 febbraio 2022, C – 483/20, *X v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*: al Consiglio di Stato belga, che ha sospeso il giudizio per sollevare la questione pregiudiziale sull'esistenza di eccezioni alla facoltà offerta agli Stati membri giustificate dal rispetto della vita familiare e dalla necessità di tutelare l'interesse superiore del minore, la Corte obietta che il principio di fiducia reciproca implica la convinzione che tutti gli Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e i diritti fondamentali da esso riconosciuti. L'eventualità di difficoltà di funzionamento e di condizionamento nell'esercizio di diritti fondamentali non possono limitare la facoltà di dichiarare la richiesta inammissibile, se non presenza del grave rischio di subire un trattamento inumano o degradante. La circostanza che i beneficiari di tale protezione non ricevano, nel diverso Stato membro, nessuna prestazione di sussistenza, o siano destinatari di una prestazione in misura molto inferiore rispetto ad altri Stati membri, pur senza essere trattati diversamente dai cittadini di tale Stato membro, non consente di accertare una violazione.

<sup>60</sup> Quanto il sistema comune europeo di asilo lasci un certo margine di discrezionalità a ciascuno Stato membro tale da introdurre, anche se correttamente attuato, differenze nei sistemi di asilo nazionali, compreso il

Risponde a questa esigenza di uniformazione il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo<sup>61</sup>, proposto dalla Commissione europea in modifica del sistema vigente, segnato da un percorso molto accidentato. Il Patto mira a rafforzare i principi generali di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tramite una gestione integrata delle politiche in materia di asilo, migrazione, rimpatri, protezione delle frontiere esterne, lotta al traffico di migranti e relazioni con i principali paesi terzi. Nel recepire le istanze di protezione dei minori migranti, il quadro dei principi conferma il ruolo centrale dell'interesse superiore del minore, l'unità familiare con un ricongiungimento più rapido, il carattere residuale del trattenimento per ottenere la protezione internazionale secondo i principi di necessità e proporzionalità, la riservatezza. Principi funzionali all'effettività del benessere e sviluppo sociale del minore, incolumità e sicurezza, integrati dall'ascolto del parere del minore in funzione dell'età o della maturità, compresa la sua storia. Spetterà al rappresentante legale, di nomina immediata e comunque non oltre cinque giorni lavorativi dalla data di presentazione della domanda<sup>62</sup>, partecipare al procedimento a tutela dei diritti del minore e per trasmettere le informazioni rilevanti.

Il sistema è perfezionato dalla proposta di una procedura comune di asilo applicabile a tutte le domande presentate negli Stati membri<sup>63</sup>, più efficiente con la previsione di norme semplificate per i "Paesi di origine sicuri" e la possibilità di canalizzare all'ingresso i richiedenti a seconda dell'applicazione del normale iter procedurale di asilo oppure delle procedure di frontiera per coloro che non hanno diritto a soggiornare nell'Unione<sup>64</sup>. Specifiche garanzie procedurali, coerenti con la particolare vulnerabilità dei minori non accompagnati, li esentano da procedure di frontiera, salvo costituiscano pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato di ingresso.

La gestione integrata presuppone uno *screening* da parte degli Stati di primo ingresso sul territorio europeo, comprensivo di identificazione, rilevamento delle impronte digitali, controlli sanitari, registrazione nella banca dati Eurodac, verifica che l'interessato non rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico. L'utilità della cooperazione risponde sia a criteri di efficienza per accertare la sussistenza dei requisiti di ammissione al beneficio della protezione internazionale, sia ad

---

riconoscimento della c.d. protezione umanitaria, era già stato messo in rilievo da C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, 3, 701 ss. con riferimento alla c.d. saga di Dublino in materia di Stato competente quando la Corte di Giustizia, nel tentativo di bilanciamento tra il rispetto dei diritti fondamentali e gli obiettivi perseguiti dal Regolamento di Dublino, distingue tra violazione di singole disposizioni delle direttive del sistema europeo comune di asilo e carenze sistemiche nel sistema di asilo di uno Stato membro, per collegare soltanto a queste ultime il rischio di trattamento inumano e degradante.

<sup>61</sup> COM/2020/610 *final*, cit.

<sup>62</sup> Proposta di Regolamento COM(2016) 467.

<sup>63</sup> COM/2020/611 *final*, Proposta di regolamento 23 settembre 2020, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0611&from=EN>.

<sup>64</sup> Le procedure di asilo alla frontiera si applicherebbero ai richiedenti che tentino di ingannare le autorità, provenienti da paesi con bassi tassi di riconoscimento delle domande in quanto non necessitano di protezione, o da richiedenti che rappresentano una minaccia per la sicurezza nazionale: art. 31, par. 8, Dir. 2013/32/UE. Una volta respinta la domanda, si procede immediatamente al rimpatrio, eliminando i rischi di spostamenti non autorizzati: A. PITRONE, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 1, 23.



evitare l'elusione delle norme e la fuga dell'interessato<sup>65</sup>. Solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità dovranno bilanciare l'impegno degli Stati di ingresso, mediante partecipazione alla ricollocazione dei richiedenti la protezione internazionale o sponsorizzazione di rimpatri degli irregolari.

Tempi contingentati e il carattere eccezionale delle ipotesi in cui la persona può essere trattenuta rafforzano i diritti di libertà e di libera circolazione<sup>66</sup>, soprattutto in funzione dell'unità familiare che dovrà includere anche i fratelli e le famiglie formate nei Paesi di transito. La semplificazione delle prove consente di garantire una più rapida determinazione delle competenze per rafforzare il diritto all'unità familiare<sup>67</sup> o il legame con un particolare territorio, tramite il possesso di un diploma di istruzione superiore o di una qualifica rilasciata da un istituto stabilito in uno Stato membro<sup>68</sup>. La ricollocazione dei minori non accompagnati è prioritaria, controllata dallo Stato che trasferisce, cui spetta accertare le condizioni di accoglienza dello Stato che riceve, e incentivata sul piano finanziario. La gestione ordinata dei flussi, oltre a garantire l'accesso più rapido alla procedura di protezione internazionale, impedisce al richiedente di scegliere lo Stato membro in cui presentare domanda, previene conflitti di competenza per l'esame della stessa e spostamenti non autorizzati, in quanto le condizioni materiali di accoglienza spettano al richiedente soltanto nel luogo in cui è tenuto a soggiornare.

La regolamentazione uniforme è certamente soluzione più virtuosa a dispetto della pregressa tendenza ad esternalizzare il contrasto a flussi migratori massicci e incontrollati, in palese violazione della dignità umana, non diversamente dagli accordi bilaterali con Stati terzi per prevenire l'ingresso dei migranti nel territorio europeo, un arretramento verso la nazionalizzazione del problema a scapito del diritto di richiedere la protezione internazionale<sup>69</sup>. La definizione di regole certe, un meccanismo collaborazione e di distribuzione solidale interno all'Unione, uno *status* uniforme in materia di asilo che superi le disuguaglianze di una normativa frammentaria, una politica unitaria rappresenta soltanto il

<sup>65</sup> La funzione di EURODAC resta di creare una banca dati comune europea a servizio della politica migratoria dell'Unione, ma il nuovo Patto prevede l'ampliamento dei dati raccolti accanto alle impronte digitali, come le immagini facciali, i dati relativi a nome, cittadinanza, luogo e data di nascita, a partire dai sei anni d'età per proteggere i minori stranieri non accompagnati che diventano invisibili, sottraendosi ai controlli, e semplificare la ricerca di familiari nell'Unione europea. L'interoperabilità delle informazioni con altre banche dati europee e il loro uso pertinente è attenzionato dal Garante europeo per la protezione dei dati personali ed è stato oggetto di parere del Garante italiano, in data 7 luglio 2022.

<sup>66</sup> Particolare attenzione già rivolgeva alla situazione dei minori il Rappresentante speciale del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori migranti e rifugiati, *Refugee and migrant children in Europe – Final report on the implementation of the Action Plan (2017-2019)*, Information Documents SG/Inf(2020)4, 14 febbraio 2020; analogamente il *Council of Europe, Promoting child-friendly approaches in the area of migration. Standards, guidance and current practices*, Strasbourg, December 2019.

<sup>67</sup> Prove formali come i documenti originali o il test del DNA non sono indispensabili se le circostanze sono coerenti a quanto dichiarato, verificabili e sufficientemente dettagliate.

<sup>68</sup> Art. 20, COM/2020/610 *final*, cit.

<sup>69</sup> Sulla situazione migratoria in Europa giudizi critici ha espresso lo *special Rapporteur* dell'ONU per i diritti umani dei migranti, in particolare sulle misure di contrasto ai flussi adottate dall'Ue e dai propri Stati membri. Già nel rapporto annuale 2013, ripreso nel 2017 all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha evidenziato il paradosso tra la politica di chiusura delle frontiere e l'incremento dei flussi irregolari verso l'Europa, che ha altresì alimentato il mercato illegale delle organizzazioni criminali: F. L. GATTA, *Meccanismi speciali di monitoraggio e tutela dei diritti umani nei settori della migrazione e dell'asilo: gli organismi dell'Unione europea nel contesto del sistema dei rappresentanti speciali delle Organizzazioni internazionali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, 3, 202.

primo passo per una gestione ordinata dei flussi nel tentativo di provocare una contrazione spontanea del numero di migranti bisognosi di protezione internazionale, dissuadendo quelli destinati al contestuale rimpatrio, nel rigoroso rispetto dei diritti umani.

Restano le perplessità di un meccanismo di solidarietà che stenta a decollare e che rischia di aggravare la situazione dei Paesi di frontiera esterna all'Unione, con conseguente difficoltà di assicurare ai minori, specialmente se non accompagnati, una sistemazione rispettosa del loro *status*. Il sistema degli *hotspot* ha reso di fatto sistemico il trattenimento, con condizioni di promiscuità che hanno coinvolto anche i minori<sup>70</sup>. La proposta di riforma però, lungi dal destinare ai minori non accompagnati una sezione organica autonoma della regolamentazione, conferma la prassi di una disciplina affidata ad un sistema di eccezioni, che si limita a recepire i rilievi delle Corti su criticità già emerse piuttosto che progettare modalità di integrazione efficaci e realistiche mediante percorsi di inserimento.

Altro punto debole è la tempistica di nomina e qualità della figura del tutore. La carenza di un numero idoneo e adeguatamente formato di tutori volontari per coprire le crescenti esigenze dei flussi migratori di minori, fa registrare la prassi del ricorso alla tutela pubblica dell'ente locale e l'affido ai servizi sociali. Si consideri la necessità di un consenso libero e consapevole per ogni tipo di intervento sanitario, da acquisire con l'ascolto del minore o la sua partecipazione al processo decisionale se ha capacità di discernimento alla presenza del tutore.

## 5. La mediazione delle rigidità normative con soluzioni *child friendly*

La vocazione internazionale dei diritti fondamentali, formalizzata nella Carta di Nizza ed espressione del contesto valoriale europeo, costituisce ancora una sfida per i Paesi democratici chiamati a confrontarsi con flussi migratori in costante crescita, ormai strutturale più che emergenziale. La limitata armonizzazione normativa in materia di immigrazione e asilo disegna un livello di protezione e di libertà di circolazione a geometria variabile, ridimensionato da esigenze di sicurezza che rallentano la progressione verso una regolamentazione uniforme. L'irregolare permanenza di un non cittadino nei confini di uno Stato diverso da quello di origine rappresenta ipotesi eccezionale per il minore non accompagnato, il cui allontanamento è legittimo soltanto in difetto di domanda di protezione internazionale o di accertata pericolosità per la sicurezza e l'ordine pubblico. L'accesso al sistema di protezione internazionale costituisce un diritto fondamentale per il suo valore sistemico, quale presupposto per il recupero dei diritti di dignità e di libertà come persona<sup>71</sup>. Di regola la sua detenzione amministrativa, minima e compatibile con lo *status* di minore secondo i principi di necessità e proporzionalità, deve esser funzionale all'attivazione del procedimento di protezione finalizzato all'affidamento ed eventualmente al ricongiungimento familiare.

Il regolare funzionamento del sistema si affida all'efficiente collaborazione tra pubblica autorità e Tribunale per i minori, nonché alle peculiarità di un procedimento caratterizzato da un contenitore

<sup>70</sup> Con recentissima pronuncia, Corte di Strasburgo, 30 marzo 2023, ricorso 21329/18, *J.A. and Others v. Italy*, sanziona per l'*hotspot* di Lampedusa tre distinti profili di violazione della Cedu: il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3; il diritto alla libertà e sicurezza di cui all'art. 5; il divieto di espulsioni collettive di stranieri ex art. 4, Protocollo addizionale n. 4.

<sup>71</sup> L. BUSCEMA, *La (faticosa) ricerca di valori condivisi nelle politiche europee di gestione dei flussi migratori*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, 3, 171.

unitario adatto alla variabilità funzionale dei contenuti da decodificare nel rispetto di valori-mezzo, quali la capacità di discernimento e di autodeterminazione da un lato, e la responsabilità genitoriale dall'altro. L'unificazione delle funzioni nel costituendo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie semplifica il riparto delle competenze<sup>72</sup>, ma l'esclusione della collegialità nelle sezioni circondariali affida ad un giudice solo, oltre che unico, decisioni su temi molto delicati<sup>73</sup>.

Nel nostro ordinamento è la sovrapposizione degli istituti a destare le maggiori perplessità. Per i minori privi di un ambiente familiare, esclusa la possibilità di ricongiungimento, è prevista una forte semplificazione procedurale nella dichiarazione dello stato di adottabilità in ragione della presunzione assoluta di stato di abbandono, per favorire il percorso di adozione. La normativa in tema di protezione internazionale prevede una contestuale comunicazione dell'ingresso del minore straniero non accompagnato al Procuratore presso il Tribunale per i minorenni, perché proceda alla dichiarazione dello stato di abbandono, e al Tribunale stesso per la nomina di un tutore. Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato in una famiglia privilegia l'affidamento consensuale gestito dai servizi sociali con il consenso del tutore.

Ai minori stranieri non accompagnati si applica infatti anche l'art. 403 c.c. nella sua nuova formulazione<sup>74</sup>, per l'impellenza e indifferibilità dell'intervento a prevenzione di un pregiudizio attuale del minore in condizioni di abbandono, nonostante il limite della tipizzazione rispetto alla flessibilità della disposizione originaria, adattata nella prassi a fattispecie eterogenee<sup>75</sup>. La disciplina affida all'autorità di pubblica sicurezza una protezione immediata con provvedimento non formale e alla collaborazione con l'autorità giudiziaria, secondo una tempistica costellata da termini brevi e perentori, nonché il controllo di conformità alle garanzie di libertà e di congruenza del collocamento<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Cass., 26 aprile 2017, n. 10212, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2017, 4, I, 1204 ss. che, nel conflitto tra il Tribunale per i minorenni e il Tribunale di Marsala aveva ritenuto fondata la tesi del Tribunale per i minorenni sull'applicabilità dell'art. 19, co. 5, d.lgs. 142/2015 ai minori stranieri non accompagnati in sede di prima accoglienza, mentre il dato normativo ricavabile dall'art. 33, co. 4 e 5, L. 184/1983 riguarda la distinta ipotesi di protezione del minore in vista dell'adozione. Ma già Cass., 10 gennaio 2017, n. 685, in *Foro italiano*, 2017, I, 522 ss., con nota di B. POLISENO, *La protezione internazionale del minore straniero non accompagnato e il farraginoso regime di competenza*, opta per tale soluzione. Evidente è la frammentazione delle competenze tra organi giurisdizionali che si aggiunge alla frammentazione delle competenze degli organi amministrativi, cui l'art. 2, co. 1, lett. b) del d. lgs. 22 dicembre 2017, n. 220 ha posto rimedio con riferimento ai minori stranieri non accompagnati, attribuendo ora alla competenza del Tribunale per i minorenni, e non più al Tribunale ordinario come giudice tutelare, la competenza alla nomina del tutore.

<sup>73</sup> M. DOGLIOTTI, *La riforma della giustizia familiare e minorile: dal Tribunale per i minorenni al Tribunale per le persone, i minorenni, le famiglie*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 4, 333 ss.: l'Autore, premesso un *excursus* storico sul Tribunale per i minorenni, valuta positivamente la riforma per l'eliminazione delle incertezze sulle competenze, ma non la composizione monocratica con rinuncia all'interdisciplinarietà assicurata dalla presenza dei giudici onorari.

<sup>74</sup> Art. 1, co. 27, L. 26 novembre 2021, n. 206.

<sup>75</sup> Critica l'eccessiva regolamentazione normativa, inutilmente delimitativa rispetto a formulazioni più aperte e meno minuziose, A. CORDIANO, *La riforma n. 206 del 2021 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, 2, 811 ss. Il rinvio a provvedimenti ablativi e limitativi del codice civile riduce i margini di intervento a provvedimenti tipici, a scapito dei noti "provvedimenti convenienti" adattati al contesto.

<sup>76</sup> Sulla necessità di deroga ai parametri di capienza previsti dalle disposizioni normative e amministrative per le comunità per minori autorizzate o accreditate all'accoglienza di minori con meno di 14 anni, in occasione dell'eccezionale afflusso di minori, da ultimo Ordinanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 11 maggio 2023, n.

Al tutore si aggiunge la possibilità di nomina di un curatore speciale con l'attribuzione del potere di gestire i rapporti con il soggetto o la struttura affidataria e assumere tutte le decisioni che la responsabilità genitoriale impone, confrontandosi per le questioni più delicate con i Servizi sociali (istruzione, educazione, salute). Con la revisione delle ipotesi di nomina obbligatoria a pena di nullità del procedimento, da tempo condivisa, la nomina del curatore speciale può essere disposta contestualmente all'adozione dei provvedimenti ex art. 403 cc. o su istanza del minore ultraquattordicenne, ipotesi che concretizza il diritto del minore a partecipare al procedimento<sup>77</sup>. Tempestività, legittimazione estesa all'attivazione dei procedimenti *de responsabilitate*, rappresentanza processuale possono concorrere ad un più efficiente contesto di protezione che affida al curatore la sintesi tra le funzioni professionali di avvocato e la funzione sociale di assistenza nel perseguire l'interesse del minore e la soddisfazione di bisogni specifici<sup>78</sup>. Si consideri che il minore straniero non accompagnato assume un ruolo soggettivo autonomo rispetto a chi esercita la responsabilità genitoriale, né è immediatamente equiparabile al minore abbandonato nella prospettiva del ricongiungimento.

Si è posto pertanto il problema se la nomina del curatore speciale potrebbe rendere superflua la nomina di un tutore e conciliare tempestività e concentrazione delle competenze, se si considera la particolare attenzione delle Corti europee all'effettività e rapidità del ricongiungimento quale strumento necessario per garantire una vita familiare e facilitare l'integrazione dei rifugiati negli Stati membri<sup>79</sup>. Ma la necessità di essere assistito, accudito e tutelato rende indispensabile la nomina del tutore cui spetta la richiesta di asilo politico e l'avvio degli altri procedimenti amministrativi o giudiziari di protezione. I dubbi persistono invece sul rapporto tra la figura del curatore speciale nei procedimenti *de*

---

994. Ancor più discutibile appare il ruolo residuale della collocazione in comunità di tipo familiare previsto dall'art. 403, u. c., c.c. rispetto a strutture comunitarie, in conflitto con l'art. 2, l. adozione come modificato dall'art. 7, l. 47/2017, che dà facoltà agli enti locali di promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari, individuando nell'affidamento familiare la soluzione di accoglienza prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza, specie per i minori stranieri non accompagnati.

<sup>77</sup> Art. 78 c.c., come modificato dall'art. 1, co. 3, L. 26 novembre 2021, n. 206, n. 2) e 4).

<sup>78</sup> «Spetterà, in buona sostanza, al curatore, l'onere di cogliere i reali bisogni del minore, comprendendone caratteristiche e vulnerabilità, al fine di rappresentare detta volontà al giudice, sia quando essa è espressa, sia quando non si possa esprimere o ancora, quando pur espressa, si palesi falsata o distorta. Si tratta chiaramente di un compendio di doveri che vanno ben oltre gli ambiti strettamente processuali dell'avvocato: compiti di natura sostanziale, che debbono sapersi coordinare in un quadro di competenza, formazione e predisposizione, nella comprensione della funzione intimamente sociale che si va a svolgere, in una dimensione deontologica dotata di senso»: A. CORDIANO, *op. cit.* Sulla posizione processuale del minore e le prassi applicative della Corte europea dei diritti dell'uomo, M. G. RUO, *Giusto processo civile minorile e spazio giuridico europeo: indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e linee guida del Consiglio d'Europa per una giusta child friendly*, in *Diritto di famiglia*, 2013, 1, 297 ss.

<sup>79</sup> Corte di Giustizia, 17 novembre 2022, causa C-230/21, *X c. Belgische Staat*, in GUUE, C 15/14, 16 gennaio 2023, è punto di arrivo dell'evoluzione giurisprudenziale favorevole al ricongiungimento familiare nell'interpretazione della direttiva, che fa retroagire la data rilevante per la determinazione della minore età al momento della presentazione della domanda di protezione internazionale del soggiornante titolare del diritto "a titolo originario". Per un commento, C. FRATEA, *L'accertamento della minore età del migrante e il diritto all'unità familiare: una lettura evolutiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia a tutela dei beneficiari di protezione internazionale*, in *Quaderno AISDUE, Serie Speciale, Atti del Convegno "Ambiente, digitale, economia: l'Unione europea verso il 2030"*, Bari 3-4 novembre 2022, Napoli, 2023, 431 ss.

*potestate e de responsabilitate* e le altre figure assistenziali di protezione, in particolare il tutore volontario introdotto dalla l. 47/2017, non risolti dai più recenti interventi normativi.

La possibilità per il giudice di attribuire al curatore specifici poteri di rappresentanza sostanziale del minore, che aveva dato fondamento normativo a una pratica introdotta dai giudici di merito<sup>80</sup> con il novellato art. 80 c.p.c.<sup>81</sup>, è transitata all'art. 473-bis 8, co. 3, c.p.c. Il rapporto tra curatore speciale e tutore potrebbe desumersi dalla norma che precede, l'art. 473-bis 7, dove la nomina facoltativa del curatore speciale è collegata a provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, mentre la nomina del tutore ricorre nelle ipotesi più gravi di sospensione o decadenza genitoriale, senza risolvere il delicato problema della retribuzione delle attività svolte neppure in termini di indennizzo. Resta pertanto invariata la diversità di trattamento tra i tutori di minori stranieri non accompagnati e i tutori di adulti interdetti, cui il giudice tutelare può liquidare un'indennità<sup>82</sup>. La successiva specifica nel provvedimento di nomina degli atti che il curatore può compiere nell'interesse del minore (co. 2, lett. b) rischia di trasformare la figura del curatore in tutore per il carattere generale dei poteri esercitabili<sup>83</sup>. In effetti al curatore va affidata la difesa tecnica e rappresentanza processuale del minore, funzione indipendente da quella di chi assume la responsabilità dell'assistito, tenuto alla protezione del minore e al controllo delle modalità di accoglienza nel centro. Diversamente se si considerano le due funzioni sovrapponibili, inerendo il potere di rappresentanza sostanziale alla funzione di tutela. In assenza di una chiara definizione dei ruoli dei vari soggetti coinvolti, tutore, curatore e Servizi sociali, spetterà al giudice precisare funzioni e poteri correlati.

Nel coordinamento tra funzioni attuato dal giudice di Bolzano, sperimentato in occasione della migrazione temporanea di sette minori dall'Ucraina per le note vicende belliche, si riscontra un esempio virtuoso di prevalenza delle soluzioni *child friendly* sulle rigidità normative<sup>84</sup>. Pur accompagnati da una donna ucraina, qualificatasi come loro madre affidataria, unitamente alle sue due figlie biologiche, i

<sup>80</sup> Trib. Treviso, 26 aprile 2022 e Trib. Treviso, 28 giugno 2022, in *Famiglia e diritto*, 2022, 11, 1013 ss.; Trib. Milano, 24 giugno 2021, inedita; Trib. Catania, 30 marzo 2020, inedita.

<sup>81</sup> La norma, novellata da L. 26 novembre 2021, n. 206, dopo aver disciplinato nei primi due commi la competenza per la trattazione dell'istanza di nomina e le modalità di svolgimento della procedura, al terzo comma prevedeva questo potere, soppresso dal d- lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. riforma Cartabia).

<sup>82</sup> Il tema della disparità di trattamento, portato all'attenzione della Consulta con una questione di illegittimità degli artt. 11 e 21, l. 7 aprile 2017, n. 47, è stato giudicato inammissibile da Corte cost., 29 novembre 2018, n. 218, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 6, 2541 ss. La gratuità della funzione, imperniata sulla solidarietà familiare nella nomina interna alla famiglia e sul dovere sociale di protezione del tutore se estraneo, non impedisce al giudice di liquidare un'equa indennità a ristoro non meramente simbolico delle attività svolte, peraltro non soggetta a tassazione. Con la prassi di nominare professionisti e di computare nell'indennità i costi delle mancate chances lavorative, il contrasto con la tutela dei minori stranieri non accompagnati si è acuito. Il punto nodale per la Corte, che esclude il carattere discriminatorio della c.d. legge Zampa, è nel presupposto, l'esistenza di un patrimonio del tutelato e la difficoltà di amministrazione dello stesso. In tema di minori stranieri non accompagnati il legislatore si è invece preoccupato di escludere oneri a carico dello Stato e di sottolineare il carattere volontario della funzione. Sull'anacronistica omogeneizzazione tra la tutela dei minori e quella degli adulti vulnerabili, J. LONG, *Tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati. La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati al vaglio del giudice delle leggi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 6, 1298 ss.

<sup>83</sup> F. ZANOVELLO, *Poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore tra riforma del processo civile e anticipazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 11, 1013 ss.

<sup>84</sup> Tribunale per i minorenni di Bolzano, 6 aprile 2022, in *Famiglia e diritto*, 2022, 8-9, 814 ss., con nota di A. CORDIANO, B. RIGOTTI, *Minori stranieri accompagnati di fatto e percorsi di accoglienza: il caso dei minori ucraini*.

bambini sono trattati giuridicamente dalla Procura come minori stranieri non accompagnati e, in assenza di documentazione attestante la responsabilità genitoriale dell'accompagnatrice, chiede il collocamento in una struttura idonea e la nomina di un tutore volontario.

Subito dopo l'inserimento emerge con chiarezza il forte legame tra la donna e i bambini: l'osservazione delle dinamiche interne al gruppo e l'assunzione di informazioni, compresa una nota del Console ucraino a Milano, fa filtrare il legame con la donna, responsabile di un orfanotrofio di tipo familiare dove i minori ucraini già vivevano prima della fuga. La *ratio* della massima tutela del minore straniero induce il giudice all'affidamento formale dei minori alla donna, con il vaglio del tribunale per i minorenni, piuttosto che attivare gli strumenti coattivi di protezione formalmente dovuti. Analoga flessibilità adotta per il rilascio di un permesso di soggiorno, necessario per regolarizzare la presenza sul territorio. La legge prevede che la Questura possa rilasciare un permesso "per motivi familiari", con il connesso problema di poter considerare "accompagnati" anche i minori affidati di fatto a parenti oltre il quarto grado o estranei. Le perplessità del giudice minorile sono fugate dal rifiuto degli automatismi: se le misure di accoglienza devono sempre rappresentare l'*extrema ratio*, vanno predisposte soltanto quando c'è un effettivo bisogno. La possibilità di accoglienza in Italia da parenti o altre persone con un significativo legame con i minori, purché risultati idonei a livello pedagogico e materiale a prendersi cura di loro, esclude l'intervento dei servizi sociali. La prassi giudiziaria parla di minori stranieri accompagnati di fatto, anche se sul piano giuridico rientrano nella categoria dei minori stranieri non accompagnati, perché la responsabilità genitoriale non è delegabile con pattuizione privata, nemmeno con procura notarile<sup>85</sup>. Il risvolto giuridico è interrogarsi sul concetto giuridico di "familiare", che diventa più ampio rispetto al concetto di "parente".

Al servizio sociale competente il giudice affida un diverso compito di supporto ulteriore per coadiuvare la tutrice, legale rappresentante, nell'espletamento di quelle funzioni che, proprio in ragione delle differenze linguistiche, della durata del soggiorno e della complessità della situazione, potrebbero diventare difficoltose. Trattasi di uno dei provvedimenti a contenuto variabile *ex art.* 333 c.c., non di affidamento in senso tecnico, non sussistendo alcuna limitazione della responsabilità genitoriale. Il riparto delle funzioni tra i due organi è fissato dal giudice: alla donna compiti di tutela, nel rispetto della legislazione ucraina secondo il criterio della cittadinanza; al servizio sociale funzioni di sostegno e monitoraggio.

Il legislatore procedimentalizza il sistema di protezione, ma sono le circostanze a e il buon senso a rendere il minore straniero non accompagnato "*more than a footnote*".

---

<sup>85</sup> Cass., 24 marzo 2022, n. 9648, in *Giustizia civile Massimario*, 2022; Cass., ord. 3 aprile 2019, n. 9199, cit. *Le Réseau Notarial Européen* (RNE), d'intesa con il notariato ucraino, ha di recente predisposto un modulo per consentire ai genitori di manifestare la propria volontà sia riguardo all'abbandono dell'Ucraina da parte dei figli, sia sull'esercizio della responsabilità genitoriale. Il documento, reperibile nel sito del RNE e predisposto in inglese e in francese, intende semplificare gli adempimenti in questo fenomeno migratorio e soprattutto l'identificazione in funzione di un auspicabile ricongiungimento.

## L'accesso ai vaccini nelle riforme post-pandemiche del diritto internazionale

Ludovica Di Lullo\*

THE ACCESS TO VACCINES IN THE POST-PANDEMIC REFORMS OF INTERNATIONAL HEALTH LAW

ABSTRACT: Ensuring access to vaccines, therapeutics and diagnostic is a crucial tool in the fight against public health crises. However, international norms on intellectual property rights, however, set limits to the distribution of these products. Despite the lessons learned from the COVID-19 pandemic, within the negotiation of a new 'pandemic agreement', led by the World Health Organization, remains fraught with divergent positions among countries on how to derogate from IPR norms. The paper suggests that, without taking into account international human rights law, the reform risks being ineffective with regard to its main objective: the universal protection of health.

KEYWORDS: International Law; global health Law; vaccines; intellectual property rights; human right to health

ABSTRACT: L'accesso a vaccini, farmaci e dispositivi medici, costituisce uno strumento fondamentale per il contrasto all'emergenze di sanità pubblica. La distribuzione di tali prodotti, tuttavia, è oggetto di specifiche limitazioni, previste dalle norme internazionali sui diritti di proprietà intellettuale. Coordinati dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, gli Stati stanno attualmente negoziando un nuovo "trattato sulle pandemie" nel quale, nonostante l'esperienza maturata nel corso della pandemia COVID-19, persiste una contrapposizione rispetto a questa tematica, tra Stati industrializzati e Stati c.d. in via di sviluppo. L'articolo sostiene che senza tenere conto delle norme per la tutela internazionale dei diritti umani, la riforma del diritto internazionale sanitario rischia di risultare inefficace rispetto all'obiettivo primario: la tutela universale della salute.

PAROLE CHIAVE: Diritto alla salute; diritto sanitario; diritti di proprietà intellettuale; accesso ai vaccini; Organizzazione Mondiale della Sanità; diritti umani

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il quadro giuridico internazionale dei diritti di proprietà intellettuale e la tutela della salute – 3. La pandemia COVID-19 e l'esigenza di nuove tutele – 3.1. *Segue*: le proposte di sospensione e deroga al sistema TRIPs – 3.2. *Segue*: la soluzione del "pacchetto Ginevra" – 4. Nuove prospettive normative nella riforma del diritto internazionale sanitario – 4.1. *Segue*: il trattato sulle pandemie e i diritti di

\* *Assegnista di ricerca, Università di Parma. Mail: [ludovica.dilullo@unipr.it](mailto:ludovica.dilullo@unipr.it). Contributo sottoposto a doppio referraggio anonimo.*



proprietà intellettuale – 4.2. *Segue*: l'equo accesso ai vaccini e gli emendamenti al Regolamento Sanitario – 5. La tutela internazionale del diritto alla salute: il grande escluso? – 6. Conclusioni.

## 1. Considerazioni introduttive

Il tema dell'equo accesso ai vaccini e ai prodotti sanitari e farmaceutici nel contesto di un'emergenza sanitaria internazionale rappresenta una questione giuridica centrale nel diritto internazionale sanitario, tra le più dibattute nel corso della pandemia COVID-19.

La produzione e la distribuzione di tali prodotti, i più efficaci strumenti di contrasto agli effetti e alla diffusione dell'infezione, sono oggetto di specifiche limitazioni previste dagli strumenti giuridici internazionali in materia di diritti di proprietà intellettuale. Se è vero, come sostenuto da alcuni, che le norme del commercio internazionale possono rappresentare uno stimolo alla ricerca scientifica e allo sviluppo tecnologico in campo medico, dati gli incentivi economici derivanti per il titolare del brevetto del prodotto finale, è altrettanto noto che l'onerosità dei prodotti sanitari comporta oggettive difficoltà per gli Stati a medio e basso reddito. Ciò sembra confermato dai dati raccolti nell'ultimo biennio, che dimostrano la sussistenza di concrete disuguaglianze tra Paesi in via di sviluppo e Paesi industrializzati in termini di percentuale di cittadini immunizzati e delle relative tempistiche, senza considerare inoltre le diverse modalità di approvvigionamento delle dosi<sup>1</sup>. A loro volta queste asimmetrie, riprodotte anche nelle discussioni avvenute in diverse sedi istituzionali, hanno portato taluni Stati e organizzazioni, intergovernative e non, a convogliare i propri sforzi assistenziali principalmente verso iniziative di solidarietà vaccinale, quale il meccanismo COVAX, esterne alla cornice normativa e istituzionale del diritto internazionale.

La possibilità di derogare alle norme sulla proprietà intellettuale, o sospenderle temporaneamente, resta infatti ancora oggi tra i nodi centrali dei dibattiti dottrinali nonché delle proposte governative, con rilevanti implicazioni sulla gestione internazionale delle pandemie.

Sebbene le divergenti posizioni sul tema non abbiano permesso il raggiungimento di un accordo nel corso della pandemia, lasciando che gli Stati adottassero misure discrezionali, talvolta restrittive<sup>2</sup>, solo nel luglio 2022 è stata raggiunta una prima soluzione compromissoria. Attraverso l'adozione di una decisione ministeriale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), gli Stati membri hanno infatti concordato una momentanea sospensione delle limitazioni inerenti ai diritti di proprietà intellettuale sui vaccini a contrasto del virus COVID-19. Tale decisione, tuttavia, non fa che confermare le deroghe già esistenti e chiarire la portata delle condizioni di flessibilità già previste dall'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs o l'Accordo)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> United Nations Development Programme (UNDP), *Global Dashboard for Vaccine Equity. UNDP Data Futures Platform*, <https://data.undp.org/vaccine-equity/>.

<sup>2</sup> G. ADINOLFI, *Risposta alla pandemia e politica commerciale: riflessioni a margine del diritto dell'OMC*, in *Quaderni di SIDI blog*, 7, 2020, 119-130; A. BONFANTI, *Le restrizioni delle esportazioni di dispositivi di protezione individuale ai tempi del COVID-19: diritto OMC, tutela della salute pubblica e solidarietà internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2020, 626-634; N. BOSCHIERO, *COVID-19 Vaccines as Global Common Goods: An Integrated Approach of Ethical, Economic Policy and Intellectual Property Management*, in *Global Jurist*, 2022, 22(2), 177-230.

<sup>3</sup> *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15 April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, United Nations Treaty Series 299*. Di seguito in nota TRIPs.



Parallelamente, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) si appresta alla conclusione dei negoziati interstatali, ottimisticamente prevista per maggio 2024, finalizzati da un lato all'adozione di un nuovo accordo in materia di preparazione, prevenzione e risposta pandemica, e, dall'altro, alla revisione del Regolamento Sanitario Internazionale (il Regolamento), già in vigore e vincolante per oltre 190 Stati<sup>4</sup>. Mentre le esigenze di equità e solidarietà restano il presupposto imprescindibile degli attuali negoziati internazionali, la contrapposizione tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo sembra assestarsi su posizioni già note. I primi non ritengono necessario riformulare le clausole di flessibilità già previste nel TRIPS e, in ogni caso, considerano l'OMC la sola sede appropriata per tale procedimento. I secondi reputano una condizione essenziale di negoziati la rideterminazione delle norme sull'accesso ai vaccini, in quanto fattore fondamentale nell'attuazione del principio di equità.

In questo contesto, il contributo che segue trae spunto dai negoziati internazionali in corso e mira ad analizzare i recenti sviluppi sul tema dell'equo accesso ai vaccini e ai prodotti medicali, nella prospettiva degli obiettivi della riforma del diritto sanitario internazionale. In prima istanza, sarà delineato l'attuale quadro normativo previsto dall'OMC, in particolare gli strumenti di flessibilità esistenti. Ripercorso il dibattito emerso durante la pandemia COVID-19, saranno illustrate le proposte avanzate in diverse sedi istituzionali internazionali, nonché i risultati raggiunti sia attraverso le iniziative di solidarietà internazionale, sia attraverso le più recenti decisioni istituzionali.

In questo quadro, tuttavia, sembrano escluse – o considerate solo in parte – le valutazioni riguardanti la tutela internazionale dei diritti umani, in particolare il diritto umano alla salute, che dispone norme di cooperazione e assistenza tecnica, proprio in relazione all'accesso ai vaccini e agli altri beni medico-sanitari.

In conclusione, saranno vagliati i possibili sviluppi futuri in materia nel tentativo di comprendere se, e in che misura, la necessità di garantire un equo accesso ai vaccini confluirà nell'introduzione di nuove norme capaci di armonizzare possibili conflitti normativi o, diversamente, se la questione rimarrà circoscritta a limitate eccezioni alle regole vigenti.

## 2. Il quadro giuridico internazionale dei diritti di proprietà intellettuale e la tutela della salute

L'Accordo TRIPS è lo strumento giuridico che disciplina gli obblighi internazionali concernenti la tutela internazionale dei diritti di proprietà intellettuale, tra cui i rilevano diritti di esclusiva inerenti a beni oggetto di brevetto<sup>5</sup>.

Secondo quanto previsto dagli articoli 7 e 8 dell'Accordo, la protezione dei diritti di proprietà intellettuale mira a contribuire alla promozione dell'innovazione e al trasferimento tecnologico, a vantaggio reciproco di produttori e utilizzatori, in modo da favorire il benessere e lo sviluppo sociale ed

<sup>4</sup> World Health Assembly Resolution 58.3, *Revision of the International Health Regulations*, (23 May 2005) WHA58.3 (di seguito in nota IHR).

<sup>5</sup> TRIPS, art. 28.

economico, proteggere la salute pubblica, nonché promuovere l'interesse pubblico in settori di vitale importanza<sup>6</sup>.

Ai sensi dell'Accordo, tale protezione si realizza, principalmente, attraverso i brevetti concessi a un'invenzione in ogni campo tecnologico, sia questa un prodotto o un procedimento, a condizione che risulti innovativa, comporti un'attività inventiva e sia suscettibile di applicazione industriale<sup>7</sup>. Tra le garanzie concesse ai titolari di beni brevettati, vi è in primo luogo il diritto a concedere volontariamente le licenze necessarie per l'utilizzo di suddetta invenzione da parte di terzi.

L'Accordo stabilisce, a tal fine, determinate circostanze in cui i diritti di esclusiva possono essere limitati o sospesi in ragione di legittimi interessi di terzi, a condizione che non siano irragionevolmente in conflitto con il normale sfruttamento del brevetto e non pregiudichino i legittimi interessi del titolare del brevetto<sup>8</sup>.

In tal senso, l'articolo 27, prevede la facoltà per gli Stati parte di escludere la brevettabilità di invenzioni il cui sfruttamento commerciale sia necessario a tutelare l'ordine pubblico, la morale, la vita o la salute umana, animale e ambientale, nonché qualora si tratti di metodi diagnostici, terapeutici e chirurgici per il trattamento di esseri umani o animali<sup>9</sup>.

È, inoltre, fatta salva la facoltà degli Stati di sospendere i brevetti e concedere licenze obbligatorie per l'utilizzo del brevetto senza l'autorizzazione del titolare, nel rispetto dei requisiti previsti dagli articoli 31 e 31-bis<sup>10</sup>.

Sudette disposizioni rappresentano il risultato di un emendamento all'Accordo, introdotto nel 2005<sup>11</sup>, a seguito dell'adozione della Dichiarazione sull'Accordo TRIPs e sanità pubblica (Dichiarazione di Doha)<sup>12</sup> da parte della Conferenza Ministeriale dell'OMC, convocata nel 2001.

In tale occasione, gli Stati partecipanti affermavano il loro impegno a interpretare e attuare l'Accordo in modo da sostenere la tutela della salute pubblica e, in particolare, a promuovere l'accesso ai farmaci per tutti, al fine di sopperire alle difficoltà riscontrate nei Paesi meno sviluppati nell'accedere ai

<sup>6</sup> *Ibidem*, artt. 7-8. Si veda inoltre: WTO Appellate Body Report, *Australia – Certain Measures Concerning Trade Marks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging*, (9 June 2020) WT/DS435/AB/R; WT/DS441.AB/R.

<sup>7</sup> *Ibidem*, art. 27.

<sup>8</sup> *Ibidem*, art. 30.

<sup>9</sup> *Ibidem*, parr.2-3, let. (a).

<sup>10</sup> N. BOSCHIERO, *Intellectual Property Rights and Public Health: an Impediment to Access to Medicines and Health Technology Innovation?*, in *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, L. PINESCHI (a cura di), Napoli, 2017; W. GUAN, *IPRs, Public Health, and International Trade: An International Law Perspective on the TRIPs Amendment*, in *Leiden Journal of International Law*, 29, 2, 2016, 411-440; F.M. ABBOTT, *The Trips-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crises: A Synopsis*, in *Widener Law Symposium Journal*, 7, 2001, 71-86; G. MORGESE, *L'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs)*, Bari, 2009, 361 ss; G. CONTALDI, *La tutela delle invenzioni nel sistema OMC. Esclusiva brevettuale e valori emergenti nella comunità internazionale*, Milano, 2009, 213 ss.

<sup>11</sup> World Trade Organization, *General Council Decision WT/L/641, Amendment of the TRIPs Agreement* (6 December 2005).

<sup>12</sup> *Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health (14 November 2001)*, Doc. WT/ MIN(01)/DEC/2 (20 November 2001) (di seguito, Dichiarazione di Doha).

prodotti farmaceutici necessari a contrastare la diffusione di HIV/AIDS, malaria e tubercolosi<sup>13</sup>. Ad ogni modo, veniva ribadita la libertà di ciascuno Stato parte sia di concedere licenze obbligatorie, sia di definire ciò che costituisce un'emergenza nazionale o altre circostanze di estrema urgenza, ivi comprese le crisi di salute pubblica<sup>14</sup>.

Ai sensi dell'articolo 31, e nel rispetto delle condizioni procedurali e sostanziali ivi disposte, tale deroga è consentita in caso di emergenza nazionale o di estrema urgenza, per l'uso pubblico non commerciale o per l'approvvigionamento del mercato interno, purché, in ogni circostanza, il titolare del brevetto venga compensato da un corrispettivo economico (*royalty*)<sup>15</sup>. L'articolo 31-*bis* dell'Accordo dispone, inoltre, che il ricorso allo strumento della licenza obbligatoria è concesso ai fini della produzione e dell'esportazione di prodotti farmaceutici, seppur a fronte di un'adeguata remunerazione, verso uno o più Stati membri in via di sviluppo o meno sviluppati, nei quali tali prodotti siano necessari a contrastare un'emergenza sanitaria in corso<sup>16</sup>.

Una simile eccezione è prevista per la divulgazione del segreto industriale la quale, generalmente vietata in virtù del valore economico e commerciale dello stesso è ammessa, ai sensi dell'articolo 39, paragrafo 3 del TRIPs, nei casi in cui sia necessaria per la protezione del pubblico<sup>17</sup>.

Speciale attenzione è stata riservata alla condizione degli Stati membri dell'OMC con insufficienti o assenti capacità produttive nel settore farmaceutico sviluppati (*Least Developed Countries* – LDCs), nei confronti dei quali si manifestano in modo più evidente le conseguenze negative derivanti dai diritti di esclusiva, riservati ai titolari di brevetto su prodotti sanitari o farmaceutici<sup>18</sup>. Per questo motivo, l'Accordo prevede per i Paesi meno sviluppati, una generale esenzione dal rispetto delle disposizioni TRIPs, ad eccezione degli articoli 3, 4 e 5, per un periodo di dieci anni, eventualmente prorogabile attraverso apposita decisione del Consiglio TRIPs<sup>19</sup>.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 66, paragrafo 2, gli Stati industrializzati parte alla convenzione sono tenuti a fornire incentivi alle proprie imprese e alle proprie istituzioni al fine di promuovere il trasferimento di tecnologia ai Paesi membri meno sviluppati<sup>20</sup>, nonché a conformarsi agli obblighi in materia di cooperazione tecnica e finanziaria a favore di quest'ultimi<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> Dichiarazione di Doha, par. 4. Si rimanda in letteratura a: P. ACCONCI, *L'accesso ai farmaci essenziali. Dall'Accordo TRIPs alla Dichiarazione approvata al termine della quarta Conferenza Ministeriale OMC di Doha*, in *La Comunità internazionale*, 4, 2001, 637-664; F.M. ABBOTT, *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 5, 2, June 2002, 469-505; F.M. ABBOTT, J.H. REICHMAN, *The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPs Provisions*, in *Journal of International Economic Law*, 10 4, 2007, 921-987; H. SUN, *The Road to Doha and Beyond: Some Reflections on the TRIPs Agreement and Public Health*, in *European Journal of International Law*, 15, 1, 2004, 123-150.

<sup>14</sup> *Ibidem*, par.5.

<sup>15</sup> TRIPs Agreement, *op. cit.*, art. 31.

<sup>16</sup> *Ibidem*, art. 31-bis.

<sup>17</sup> TRIPs, art. 39, par. 3.

<sup>18</sup> *Doha Declaration*, par. 6.

<sup>19</sup> TRIPs, art. 66, par. 1. La lista dei Paesi facenti parte del gruppo dei meno sviluppati è aggiornato ogni 3 anni dalla *Committee for Development Policy* (CDP), un gruppo di esperti che fa capo all' ECOSOC. La lista è disponibile alla pagina <https://unctad.org/topic/least-developed-countries/list>.

<sup>20</sup> *Ibidem*, par. 2.

<sup>21</sup> TRIPs, art. 67.

Sebbene, a prima vista, tali disposizioni sembrano perseguire il bilanciamento tra la tutela dei diritti di proprietà intellettuale dei titolari di brevetto da un lato, e i principi di sviluppo socio-economico dall'altro, ben più complessa risulta la realizzazione di tale obiettivo nel contesto di una emergenza internazionale di sanità pubblica, come emerso negli ultimi anni.

### 3. La pandemia COVID-19 e l'esigenza di nuove tutele

Nel corso della pandemia COVID-19, il quadro giuridico prescritto dall'Accordo è stato oggetto di numerose contrapposizioni tra due principali correnti. Da un lato, vi è chi sostiene che le norme a tutela dei detentori di brevetto, generando una fonte di profitto, svolgano una funzione di stimolo e finanziamento per le attività di ricerca e sviluppo tecnologico<sup>22</sup>. Dall'altro lato, vi sono coloro che, diversamente, ritengono che le norme del TRIPs rappresentino piuttosto un ostacolo all'accesso a medicinali e vaccini, specie per i Paesi non dotati di capacità manifatturiere farmaceutiche o in forte difficoltà economica, incapaci di sostenere il costo dei corrispettivi richiesti dai produttori, non garantendo, perciò, l'equilibrio tra diritti di proprietà intellettuale e benessere socio economico<sup>23</sup>.

Altrettanto eterogenee sono state le iniziative in materia da parte degli Stati. Agli esordi dell'emergenza sanitaria alcuni Paesi hanno autonomamente provveduto ad adottare norme di diritto interno atte ad escludere possibili limitazioni commerciali ai farmaci<sup>24</sup>. Altri Stati, invece, hanno indirizzato i propri sforzi verso soluzioni multilaterali presentate in sede di OMC, affrontate nel seguito della trattazione.

Una temporanea soluzione per la condivisione delle dosi vaccinali, realizzata sotto l'egida dell'OMS, è stata la creazione della piattaforma *COVID-19 Vaccine Global Access (COVAX)*, parte integrante del meccanismo *COVID-19 Tools Accelerator (ACT-A)*<sup>25</sup>.

Tale strumento, tuttavia, non rientra tra i classici modelli di cooperazione internazionale istituzionale, trattandosi di un partenariato tra soggetti pubblici e privati<sup>26</sup>, che permette agli Stati di accedere alle

<sup>22</sup> Sulle diverse opinioni sostenute in dottrina si rimanda a: R.J. AERTS, *COVID-19 vaccines, patents and an IP waiver*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 17, 11, 2022, 940-945.

<sup>23</sup> Per un'analisi completa sulla posizione sostenuta da Stati, industrie farmaceutiche e organizzazioni della società civile si veda: J. KOHLER, A. WONG, L. TAILOR, *Improving Access to COVID-19 Vaccines: An Analysis of TRIPS Waiver Discourse among WTO Members, Civil Society Organizations, and Pharmaceutical Industry Stakeholder*, in *Health and Human Rights*, December 2022, 24, 2, 159-175.

<sup>24</sup> Il riferimento riguarda i testi legislativi e le risoluzioni adottate rispettivamente da Israele, Cile, Ecuador, Australia, Francia e Germania. Si rimanda a: World Trade Organization, *Overview of Developments in the International Trading Environment, Annual Report by the Director-General, (Mid-October 2020 to mid-October 2021) (22 November 2021) WT/TPR/OV/24*, 75. Una sistematizzazione costantemente aggiornata delle misure adottate a livello nazionale dagli Stati è stata disposta dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale: WIPO, *COVID-19 IP Policy Tracker*, <https://www.wipo.int/covid19-policy-tracker/#/covid19-policy-tracker/jpo-operations>.

<sup>25</sup> World Health Organization, *COVAX: The Vaccines Pillar of the Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator. Structures and Principles*, 2020, [https://www.who.int/publications/m/item/covax-the-vaccines-pillar-of-the-access-to-covid-19-tools-\(act\)-accelerator](https://www.who.int/publications/m/item/covax-the-vaccines-pillar-of-the-access-to-covid-19-tools-(act)-accelerator); World Health Organization, *ACT-Accelerator Strategic Plan & Budget, October 2021 to September 2022*, Ginevra, 2021.

<sup>26</sup> Si tratta, in realtà, di uno strumento ampiamente utilizzato nell'ambito della salute. Sul tema: G. L. BURCI, *Public/private partnership in the public health sector*, in *International Organizations Law Review*, 6, 2009, 359-382.

dosi vaccinali necessarie, attraverso il piano di investimento *Advanced Market Commitment (AMC)*<sup>27</sup>. Quest'ultimo prevede due distinte modalità di finanziamento per l'acquisizione delle dosi necessarie in base alla classificazione dello Stato: il pagamento nel caso di Paesi industrializzati e le donazioni per i Paesi in via di sviluppo<sup>28</sup>. L'iniziativa, gestita principalmente da GAVI, fonda l'approvvigionamento e la distribuzione sulla base di contratti di diritto inglese<sup>29</sup>. Meno chiaro risulta, invece, il modello di *governance* interna e i rispettivi meccanismi decisionali, entrambi fattori oggetto di critiche riguardanti la scarsa trasparenza e la responsabilità dei partecipanti<sup>30</sup>.

### 3.1. *Segue*: le proposte di sospensione e deroga al sistema TRIPs

Il complesso quadro giuridico descritto finora ha spinto alcuni degli Stati meno sviluppati, la cui condizione socio-economica è stata esacerbata dalla stessa pandemia<sup>31</sup>, a riportare sul tavolo dell'OMC la questione delle deroghe alle norme sulla proprietà intellettuale.

La prima richiesta presentata all'OMC è la comunicazione avanzata dal Chad per conto del Gruppo dei Paesi meno sviluppati<sup>32</sup>. Il documento fa riferimento alla possibile sospensione decennale dell'obbligo di dare attuazione all'Accordo per quei Paesi che rientrano nella lista ufficiale dei Paesi meno sviluppati. Poiché tale periodo sarebbe giunto a conclusione il 1° luglio 2021<sup>33</sup>, veniva formalmente richiesto al Consiglio TRIPs di estendere di ulteriori 12 anni il periodo di transizione<sup>34</sup>. La richiesta è stata accolta positivamente nel giugno 2021 dal Consiglio TRIPs, il quale ha prorogato il periodo di esenzione fino al 1° luglio 2034<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> GAVI, *The Gavi Covax AMC, An Investment Opportunity*, <https://www.gavi.org/sites/default/files/2020-06/Gavi-COVAX-AMC-IO.pdf>.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> M. ECCLESTON-TURNER, H. UPTON, *International Collaboration to Ensure Equitable Access to Vaccines for COVID-19: The ACT-Accelerator and the COVAX Facility*, in *The Milbank Quarterly*, 99, 2, 2021, 426-449.

<sup>30</sup> A. VON BOGDANDY, P. VILLARREAL, *The role of international law in vaccinating against COVID-19: appraising the COVAX Initiative*, in *MPIL research paper series*, 2020; S. MOON ET. AL., *Governing the Access to COVID-19 Tools Accelerator: towards greater participation, transparency, and accountability*, in *Lancet*, 2022, 487-94; F. ASSARINI, *Il ruolo degli Stati e dell'OMS nel contrasto alle malattie epidemiche e il problema dell'inequiva distribuzione dei vaccini*, in *Accesso ai vaccini: diritto internazionale ed europeo*, [Eurojus.it](https://www.eurojus.it), 2021, 69-84.

<sup>31</sup> UN/DESA, *Policy Brief N°66, COVID-19 and the least developed countries*, May 2020, [https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/PB\\_66.pdf](https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/PB_66.pdf).

<sup>32</sup> Council for Trade-Related Aspects of Property Rights, *Communication from Chad on Behalf of the LDC Group, Extension of the Transition Period under TRIPs Article 66.1 for Least Developed Country Members* (1 October 2020) IP/C/W/668.

<sup>33</sup> L'esenzione per i Paesi meno sviluppati era già stata prorogata due volte. Nel novembre 2005, attraverso la decisione del Consiglio TRIPs (IP/C/40) il periodo di transizione generale veniva esteso fino al 1° luglio 2013. Successivamente, nel giugno 2013, la decisione del Consiglio TRIPs (IP/C/64) prorogava ulteriormente il periodo di transizione fino al 1° luglio 2021.

<sup>34</sup> *Communication from Chad*, *op. cit.* par. 16.

<sup>35</sup> WTO members agree to extend TRIPs transition period for LDCs until 1 July 2034, 29 June 2021, [https://www.wto.org/english/news\\_e/news21\\_e/trip\\_30jun21\\_e](https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_30jun21_e).

Più complesso, tuttavia, è stato il percorso della comunicazione presentata, il giorno successivo, congiuntamente dall'India e dal Sud Africa<sup>36</sup>, alla luce delle difficoltà riscontrate dai Paesi con insufficienti capacità produttive nel fronteggiare la pandemia COVID-19, dati gli ostacoli alla fornitura di prodotti sanitari e farmaceutici derivanti dalle procedure complesse ed onerose imposte all'importazione e all'esportazione<sup>37</sup>. I due Stati richiedevano al Consiglio TRIPs di raccomandare una moratoria inerente all'attuazione, all'applicazione e al rispetto delle sezioni 1, 4, 5 e 7 della Parte II dell'Accordo TRIPs per la prevenzione, il contenimento o il trattamento del COVID-19, fino al completamento della vaccinazione e dell'immunizzazione della maggior parte della popolazione mondiale<sup>38</sup>.

La richiesta, tuttavia, si è scontrata con il parere negativo di parte degli Stati membri dell'OMC, specie i Paesi industrializzati, maggiormente coinvolti nei processi manifatturieri di sviluppo e produzione dei vaccini e dei prodotti medico-sanitari. Il riferimento riguarda il c.d. "Gruppo di Ottawa", composto da Australia, Brasile, Canada, Cile, Giappone, Kenya, Corea del Sud, Messico, Nuova Zelanda, Norvegia, Singapore, Svizzera e l'Unione europea<sup>39</sup>, proponenti della «*Trade and Health Initiative*»<sup>40</sup>. Tale controproposta, in breve, prospettava la limitazione delle restrizioni alle esportazioni e l'adozione di misure tariffarie e doganali, atte a facilitare lo scambio di beni sanitari e farmaceutici e, al contempo, rafforzare le catene di approvvigionamento nel corso di un'emergenza sanitaria.

L'opposizione sostenuta nei confronti del progetto dell'India e del Sud Africa ha, perciò, costretto i proponenti a rivedere la propria posizione, ripresentando alcuni mesi dopo la comunicazione in una versione riformulata e supportata da un più ampio numero di Stati<sup>41</sup>.

La rinnovata proposta, tenendo conto delle critiche ricevute, circoscriveva l'ambito di applicazione della moratoria la quale, pur sempre in relazione alle sezioni 1, 4, 5 e 7 della Parte II dell'Accordo TRIPs, riguardava: prodotti e tecnologie sanitarie, compresi i prodotti diagnostici, terapeutici, i vaccini, i dispositivi medici, i dispositivi di protezione individuale, i loro materiali o componenti e i loro metodi e mezzi di fabbricazione, finalizzati alla prevenzione, al trattamento o al contenimento del COVID-19<sup>42</sup>. Allo stesso modo, la comunicazione prevedeva che la deroga fosse in vigore esclusivamente per 3 anni

<sup>36</sup> Council for Trade-Related Aspects of Property Rights, *Communication from India and South Africa, Waiver from Certain Provisions of the TRIPs Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19* (2 October 2020) IP/C/W/669.

<sup>37</sup> *Ivi*, parr. 5-10.

<sup>38</sup> *Ivi*, *Annex Draft Decision Text, Waiver from Certain Provisions of the TRIPs Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19*, par. 1.

<sup>39</sup> Pur presentando una comune opposizione nei confronti di tale proposta, l'Unione europea al suo interno ha visto manifestarsi opinioni eterogenee, data la presenza di Stati maggiormente favorevoli alla moratoria quali l'Italia e la Grecia. Si veda: J. TITIEVSKAIA, *World Trade Organization TRIPs waiver to tackle coronavirus*, *European Parliamentary Research Service*, September 2021.

<sup>40</sup> *June 2020 Statement of the Ottawa Group: Focusing Action on Covid-19* (15 June 2020), Action Item 5; European Commission, *Trade in Healthcare Products, Concept Paper* (11 June 2020).

<sup>41</sup> Council for Trade-Related Aspects of Property Rights, *Communication from the African Group, the Plurinational State of Bolivia, Egypt, Eswatini, Fiji, India, Indonesia, Kenya, the LDC Group, Maldives, Mozambique, Mongolia, Namibia, Pakistan, South Africa, Vanuatu, the Bolivarian Republic of Venezuela And Zimbabwe, Waiver from Certain Provisions of the TRIPs Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19, Revised Decision Text* (25 May 2021) IP/C/W/669/Rev.1.

<sup>42</sup> *Ivi*, *Annex, Draft Decision Text, Waiver from Certain Provisions of the TRIPs Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19*, par. 1.

dalla data di adozione della decisione, fatta salva la volontà del Consiglio generale, in circostanze straordinarie, di estenderne ulteriormente la durata o, diversamente, stabilirne la cessazione<sup>43</sup>.

Il ridimensionamento della proposta ha effettivamente permesso di raccogliere il consenso di alcuni Stati precedentemente contrari all'introduzione di una moratoria sui diritti di proprietà intellettuale, come nel caso degli Stati Uniti che lo stesso giorno si dichiaravano favorevoli verso tale iniziativa, a condizione che le eccezioni venissero limitate ai soli vaccini<sup>44</sup>.

Diversa posizione è stata sostenuta da altri Stati membri, come il Regno Unito<sup>45</sup>, ma soprattutto dall'Unione europea, i quali hanno mantenuto la propria contrarietà alla proposta, avanzando formalmente un'ulteriore ipotesi alternativa, riguardante un piano di azione commerciale multilaterale<sup>46</sup>.

Nella comunicazione presentata al Consiglio TRIPs, l'Unione Europea richiedeva agli Stati membri di concordare su tre specifiche proposte<sup>47</sup>. La prima riguardava l'inquadramento giuridico delle pandemie nella fattispecie delle emergenze nazionali o dell'estrema urgenza prevista all'articolo 31(b) dell'Accordo, così da permettere il rilascio delle licenze obbligatorie senza il consenso dei titolari dei diritti. In seconda istanza, si proponeva la possibilità che il corrispettivo economico dovuto ai sensi degli articoli 31 e 31-bis dell'Accordo riflettesse il prezzo praticato dal produttore del vaccino o del medicinale in base alla licenza obbligatoria. Da ultimo, gli Stati membri esportatori avrebbero potuto determinare una lista di Paesi nei confronti dei quali la licenza obbligatoria avrebbe coperto tutti i medicinali e i vaccini, anche attraverso il meccanismo COVAX.

La proposta dell'Unione europea, a sua volta, non ha raccolto il consenso degli altri Stati membri, rimandando nuovamente l'adozione di una decisione comune al successivo incontro interstatale, invero, ha avuto il merito di lasciare aperta la porta del dialogo per una soluzione compromissoria<sup>48</sup>.

In linea con l'opinione degli Stati che ritengono che la competenza in materia rientri esclusivamente nel mandato dell'OMC, proprio all'interno di quest'ultima sono continuati i dialoghi che, grazie al processo di negoziazione informale supportato dal Segretario Generale, hanno portato al raggiungimento di un compromesso nel c.d. *Quad*, ovvero tra India, Sud Africa, Unione europea e Stati Uniti, confluito nelle decisioni adottate successivamente in seno all'OMC<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> *Ibidem*, par. 2.

<sup>44</sup> Office of the United States Trade Representative, *Statement from Ambassador Katherine Tai on the Covid-19 Trips Waive*, 05 May 2021, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/state-ment-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>.

<sup>45</sup> *UK statements during the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Council from 8-9 June 2021, Proposal for a waiver from certain provisions of the TRIPS Agreement for the prevention, containment and treatment of COVID-19 (delivered by Ambassador Simon Manley)*, <https://www.gov.uk/government/news/wto-trips-council-june-2021-uk-statements>.

<sup>46</sup> Council for Trade-Related Aspects of Property Rights, *Communication from the European Union to the Council for TRIPs, Urgent Trade Policy Responses to the COVID-19 Crisis: Intellectual Property* (4 June 2021) IP/C/W/680.

<sup>47</sup> Council for Trade-Related Aspects of Property Rights, *Communication from the European Union to the Council for TRIPs, Draft General Council Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health in the Circumstances of a Pandemic* (18 June 2021) IP/C/W/681, Annex Draft Declaration Text.

<sup>48</sup> TRIPs Council agrees to continue discussions on IP response to COVID-19, [https://www.wto.org/english/news\\_e/news21\\_e/trip\\_20jul21\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_20jul21_e.htm).

<sup>49</sup> Council for Trade-Related Aspects of Property Rights, *Communication from the Chairperson* (3 May 2022) IP/C/W/688.

### 3.2. *Segue*: la soluzione del “pacchetto Ginevra”

La 12esima Conferenza ministeriale dell’OMC, tenuta a Ginevra nel luglio 2022, ha formalizzato il primo accordo intergovernativo in materia di diritti di proprietà intellettuale e accesso ai vaccini. L’incontro ha rappresentato un momento decisivo nel sistema dell’OMC poiché, a distanza di due anni dalla prima proposta, ha portato all’adozione di rilevanti decisioni<sup>50</sup>.

Il rinominato “pacchetto Ginevra” include, tra le altre<sup>51</sup>, la Dichiarazione sulla risposta alla pandemia COVID-19 e la preparazione alle future pandemie<sup>52</sup> e la Decisione sull’Accordo TRIPs (d’ora innanzi la Decisione)<sup>53</sup>.

Il primo atto riconosce le differenze tra Stati sulla base del livello di sviluppo, delle capacità economiche e del grado di dipendenza dalle importazioni di tali prodotti e incoraggia gli Stati membri a incrementare la cooperazione negli affari regolatori, seppur nei limiti di quanto già disposto dall’Accordo e dalla Dichiarazione di Doha<sup>54</sup>.

Più incisiva sugli aspetti normativi è la Decisione, che formalizza il compromesso previamente raggiunto attraverso negoziati informali tra gli Stati. La Decisione stabilisce che, in conformità con l’art. 31 TRIPs, i Membri «qualificati» possono limitare i diritti previsti all’art. 28 TRIPs e autorizzare l’utilizzo di un bene brevettato, al fine di produrre o distribuire i vaccini per il contrasto del COVID-19, senza il consenso del titolare di tali diritti<sup>55</sup>. Come chiarito in nota alla Decisione, sono considerati «qualificati» tutti i Membri in via di sviluppo, sebbene siano incoraggiati a non avvalersi di tale strumento qualora abbiano capacità manifatturiere idonee alla produzione di vaccini<sup>56</sup>.

La Decisione determina, poi, ulteriori elementi circa la limitazione dei diritti TRIPs, specificando che è escluso il requisito del soddisfacimento del mercato interno stabilito all’art. 31(f) e, di conseguenza, la quantità di prodotto esportabile non sarà circoscritta<sup>57</sup>. Non sono ammessi, inoltre, fenomeni di ri-esportazione delle dosi vaccinali, se non in casi di circostanze eccezionali dettate da motivazioni umanitarie e che non generino profitto<sup>58</sup>. Infine, la determinazione dell’adeguato compenso previsto

<sup>50</sup> Ministerial Conference, Twelfth Session, *MC12 Outcome Document* (22 June 2022) WT/MIN(22)/24.

<sup>51</sup> Ministerial Conference, Twelfth Session, *Ministerial Decision of 17 June 2022, Agreement on Fisheries Subsidies* (22 June 2022) WT/MIN(22)/33; WT/L/1144.

<sup>51</sup> Ministerial Conference, Twelfth Session, *Ministerial Decision of 17 June 2022, Work Programme on Electronic Commerce* (22 June 2022) WT/MIN(22)/32; WT/L/1143; Ministerial Conference, Twelfth Session, *Ministerial Declaration on the Emergency Response to Food Insecurity Adopted on 17 June 2022* (22 June 2022) WT/MIN(22)/28; WT/L/1139; Ministerial Conference, Twelfth Session, *Ministerial Decision on World Food Programme Food Purchases Exemption from Export Prohibitions or Restrictions Adopted on 17 June 2022* (22 June 2022) WT/MIN(22)/29; WT/L/1140.

<sup>52</sup> Ministerial Conference, Twelfth Session, *Ministerial Declaration on the WTO Response to the COVID-19 Pandemic and Preparedness for Future Pandemics Adopted on 17 June 2022* (22 June 2022) WT/MIN(22)/31; WT/L/1142.

<sup>53</sup> Ministerial Conference, Twelfth Session, *Ministerial Decision on the TRIPs Agreement Adopted on 17 June 2022* (22 June 2022) WT/MIN(22)/30; WT/L/1141.

<sup>54</sup> *Ministerial Declaration on the WTO Response to the COVID-19 Pandemic and Preparedness*, *op. cit.*, parr. 1-3; 11-13.

<sup>55</sup> *Ministerial Decision on the TRIPs Agreement*, *op. cit.* par. 1.

<sup>56</sup> *Ivi*, nota 1.

<sup>57</sup> *Ivi*, par. 3, let. b.

<sup>58</sup> *Ibidem*, let. c; nota 3.



all'Art. 31(h) dovrà tenere conto delle finalità umanitarie e non lucrative dei programmi di vaccinazione<sup>59</sup>.

Cionondimeno, la Decisione è stata oggetto di diverse critiche, che non riguardano solo il fattore temporale, elemento che riconferma l'impreparazione internazionale nel rispondere prontamente all'emergenza pandemica.

Oggetto delle critiche è anche la limitatezza delle disposizioni giuridiche ivi predisposte. Gli Stati, infatti, sono dispensati, *ratione materiae*, dagli obblighi riguardanti la tutela dei beni brevettati, mentre è esclusa una deroga rispetto ai diritti derivanti dal riconoscimento di marchi o di *design* industriali. Allo stesso modo, la decisione non tiene conto di ulteriori elementi legati alla proprietà intellettuale regolati dall'Accordo, quali il segreto commerciale, il *copyright* e il trasferimento tecnologico<sup>60</sup>. Le eccezioni previste, inoltre, riguardano esclusivamente i vaccini per il contrasto del COVID-19 e, dunque, non operano nella più ampia prospettiva dell'accesso ai farmaci e ad altri prodotti diagnostici e terapeutici. Inoltre, la Decisione attribuisce agli Stati la facoltà di rivedere tale limite entro e non oltre sei mesi<sup>61</sup> ma, in realtà, nei successivi incontri l'unico accordo raggiunto ha riguardato esclusivamente il posticipo della data in cui sarà presa tale decisione<sup>62</sup>.

Quanto all'aspetto *ratione personae*, la Decisione è incentrata sugli Stati in via di sviluppo, senza mai fare menzione degli obblighi riguardanti i c.d. Stati «sviluppati», sia in qualità di Paesi esportatori di vaccini verso i Paesi in via di sviluppo<sup>63</sup>, sia rispetto alle misure di assistenza tecnica, cooperazione economica e trasferimento tecnologico derivanti dall'art.66 dell'Accordo<sup>64</sup>.

L'OMC, indubbiamente, ha il merito di essere riuscita ad allineare le diverse volontà degli Stati in una Decisione sì compromissoria, ma condivisa da tutti gli Stati membri, indirizzata concretamente all'approvvigionamento delle dosi vaccinali necessarie e allo sviluppo delle capacità produttive dei Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati<sup>65</sup>. È, però, impossibile non tenere conto dei numerosi limiti giuridici della Decisione e dello scontento generale sia tra gli Stati favorevoli<sup>66</sup>, sia tra quelli contrari alle deroghe al sistema TRIPs<sup>67</sup>, finendo così con il rappresentare un'occasione mancata rispetto all'esigenza di bilanciamento tra tutela dei diritti di proprietà intellettuale e principi di sviluppo socio-economico.

<sup>59</sup> *Ibidem*, let. d.

<sup>60</sup> P. RANJAN, P. GOUR, *The TRIPS Waiver Decision at the World Trade Organization: Too Little Too Late!*, in *Asian Journal of International Law* (2022), 1-12.

<sup>61</sup> *Ministerial Declaration on the WTO Response to the COVID-19*, *op. cit.*, par. 8.

<sup>62</sup> Il Consiglio TRIPs, nella seduta di Dicembre 2022, ha infatti concordato sul contenuto del report secretato del Chair, ai sensi del quale si suggerisce al *General Council* di estendere il termine previsto dall'articolo 8 della Decisione di luglio.

Si veda: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news22\\_e/trip\\_15dec22\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news22_e/trip_15dec22_e.htm).

<sup>63</sup> P. RANJAN, P. GOUR, *The TRIPS Waiver*, *op. cit.*, 10.

<sup>64</sup> B. MERCURIO, P. NATH UPRETI, *From Necessity to Flexibility: A Reflection on the Negotiations for a TRIPS Waiver for Covid-19 Vaccines and Treatments*, in *World Trade Review* (2022), 21, 647.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 635.

<sup>66</sup> South Centre, *Statement on the Extension of the TRIPS Waiver for Diagnostics and Therapeutics for COVID-19*, 9 January 2023, [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2023/01/SC-Statement\\_TRIPS-waiver-diagnostics-therapeutics.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2023/01/SC-Statement_TRIPS-waiver-diagnostics-therapeutics.pdf).

<sup>67</sup> International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations (IFPMA), *Impact of a Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Therapeutics*, 5 December 2022, <https://ifpma.org/resources/impact-of-a-waiver-of-intellectual-property-rights-for-covid-19-therapeutics/>.

Ad ogni modo, rileva sottolineare che, a fianco delle decisioni intergovernative, l'OMC favorisce la cooperazione istituzionale trilaterale con l'OMS e l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI)<sup>68</sup>, che ha portato alla realizzazione della piattaforma di assistenza tecnica congiunta<sup>69</sup>. La scelta di orientarsi verso meccanismi di assistenza tecnica e forme di collaborazione tra Stati attraverso le pertinenti organizzazioni internazionali potrebbe risultare un elemento chiave nelle concertazioni internazionali, persino, forse, negli attuali negoziati per l'adozione di uno strumento sulle pandemie in seno all'OMS.

#### 4. Nuove prospettive normative nella riforma del diritto internazionale sanitario

Parallelamente alle discussioni in seno all'OMC, l'Assemblea mondiale della sanità (l'Assemblea), riunita in sessione speciale convocata a dicembre 2021<sup>70</sup>, decideva di intraprendere un percorso di riforma dell'impianto giuridico per la gestione delle emergenze sanitarie internazionali. I lavori che l'OMS e gli Stati membri stanno ancora oggi portando avanti riguardano due principali processi normativi, destinati a condurre, ottimisticamente entro il 2024, all'adozione di un trattato multilaterale sulla prevenzione, preparazione e risposta pandemica e alla revisione del Regolamento sanitario, già in vigore, attraverso emendamenti mirati.

La *ratio* che accomuna le due esperienze negoziali è quella di dare forma a strumenti capaci di far fronte ad una pandemia, ma anche di predisporre norme che assicurino l'equità e la solidarietà tra Stati con diverse capacità, ma accumulati dalla medesima emergenza.

È chiaro, dunque, perché il tema dell'accesso universale ai vaccini e ai prodotti farmaceutici e sanitari rappresenti uno dei nodi centrali di tale riforma, oggetto di proposte avanzate in relazione ad entrambe le iniziative normative ma, anche in tal caso, motivo di accese contrapposizioni tra Stati membri.

##### 4.1. *Segue*: il trattato sulle pandemie e i diritti di proprietà intellettuale

A seguito dell'istituzione dell'Organo negoziale intergovernativo (Organo negoziale o INB)<sup>71</sup>, sono stati avviati negoziati intergovernativi, finalizzati a redigere uno strumento normativo in materia di prevenzione, preparazione e risposta pandemica, il c.d. *WHO Pandemic Agreement*<sup>72</sup>. L'Organo negoziale, aperto a tutti gli Stati membri, ai membri associati e alle organizzazioni di integrazione economica

<sup>68</sup> *Trilateral cooperation on public health, trade and intellectual property*, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/who\\_wipo\\_wto\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/who_wipo_wto_e.htm); WTO, WIPO, WHO, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections between public health, intellectual property and trade* (second edition), 2023.

<sup>69</sup> WHO-WIPO-WTO COVID-19 Technical Assistance Platform, <https://www.who-wipo-wto-trilateral.org/>.

<sup>70</sup> World Health Assembly, *Special session of the World Health Assembly to consider developing a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic preparedness and response* (31<sup>st</sup> May 2021) Decision WHA74 (16).

<sup>71</sup> World Health Assembly Special Session, Decision SSA2(5), *The World Together: Establishment of an intergovernmental negotiating body to strengthen pandemic prevention, preparedness and response* (1 December 2021) SSA2(5).

<sup>72</sup> Intergovernmental Negotiating Body, *Proposal for negotiating text of the WHO Pandemic Agreement*, A/INB/7/3 (31 October 2023).

regionale pertinenti, ha finora dibattuto le diverse proposte avanzate dagli Stati<sup>73</sup>, con l'obiettivo di raggiungere la versione definitiva di un testo concordato da presentare alla sessione di maggio 2024 dell'Assemblea<sup>74</sup>.

La questione dell'accesso ai vaccini e ai prodotti sanitari e il suo bilanciamento con la tutela dei diritti di proprietà intellettuale riveste un ruolo di primaria importanza tra le future disposizioni dell'accordo e, per questo motivo, rappresenta un elemento nodale dei negoziati.

Tale tema era già stato incluso nelle conclusioni dal *Working Group on Strengthening WHO Preparedness and Response to Health Emergencies* (il Gruppo di lavoro)<sup>75</sup>, cui spettava l'analisi delle misure da adottare in materia di preparazione e risposta alle pandemie. Nell'ultimo rapporto presentato all'Assemblea, il Gruppo di lavoro sottolineava come l'equità, fondamentale nei lavori di riforma dell'architettura sanitaria internazionale, concernesse l'accesso alle e la distribuzione equa e tempestiva di contromisure sanitarie, la riduzione delle barriere e le questioni correlate quali la ricerca e lo sviluppo, la tutela della proprietà intellettuale, il trasferimento di tecnologia e il potenziamento delle capacità produttive locali e regionali durante le emergenze<sup>76</sup>. Tra le raccomandazioni in materia di equità, il Gruppo di lavoro esortava l'OMS a convocare, congiuntamente all'OMC, gli Stati industrializzati e le aziende produttrici di vaccini, al fine di raggiungere un accordo sulle licenze volontarie, sulla rinuncia ai diritti di proprietà intellettuale del TRIPs e sul trasferimento tecnologico per i vaccini COVID-19<sup>77</sup>.

Nell'ultima bozza dell'accordo, pubblicata lo scorso ottobre dall'INB, il tema della proprietà intellettuale è disciplinato principalmente all'articolo 11, riguardante il trasferimento di tecnologie e *know-how*<sup>78</sup>.

Secondo tale disposizione, gli Stati parte si impegnano a coordinarsi con il settore manifatturiero per facilitare e incentivare il trasferimento di tecnologia e *know-how* atto a rispondere all'esigenza di sviluppare nuovi prodotti contro la pandemia in tempi brevi<sup>79</sup>. Con riguardo alle tecnologie possedute dai governi, invece, gli Stati si impegnano a fare uso di licenze non esclusive e delle flessibilità previste

<sup>73</sup> Le proposte sono state raccolte e sistematizzate in successive diverse bozze di trattato: *Intergovernmental Negotiating Body, Working draft, presented on the basis of progress achieved, for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its second meeting* (13 July 2022) A/INB/2/3; *Intergovernmental Negotiating Body, Conceptual zero draft for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its third meeting*, (25 November 2022) A/INB/3/3; *Intergovernmental Negotiating Body, Zero draft of the WHO CA+ for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its fourth meeting*, (1 February 2023) A/INB/4/3; *Intergovernmental Negotiating Body, Bureau's text of the WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response* (WHO CA+), A/INB/5/6 (2 June 2023).

<sup>74</sup> *Intergovernmental Negotiating Body, First report of the first meeting of the Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response*, (22 March 2022) A/INB/1/4 Rev.1.

<sup>75</sup> Il Gruppo di lavoro è stato istituito attraverso la risoluzione: *World Health Assembly Resolution WHA74.7, Strengthening WHO preparedness for and response to health emergencies* (31 May 2021) WHA 74.7.

<sup>76</sup> *Working Group on Strengthening WHO Preparedness and Response to Health Emergencies, Zero draft report of the Working Group on Strengthening WHO Preparedness and Response to Health Emergencies to the Seventy-fifth World Health Assembly* (3 May 2022) A/WGPR/9/3, par. 46.

<sup>77</sup> *Ivi*, Annex 2, Recommendation IPPPR\_32.

<sup>78</sup> *Negotiating text of the WHO Pandemic Agreement*, A/INB/7/3, *op. cit.*, art. 11.

<sup>79</sup> *Ivi*, par. 2, let. a.

dall'Accordo TRIPs<sup>80</sup>. In caso di pandemie, spetterà alle Parti impegnarsi a concordare deroghe temporali ai diritti di proprietà intellettuale e ad incoraggiare, da un lato, i titolari di brevetti a rinunciare o rimodulare il pagamento dei corrispettivi economici, dall'altro, i produttori all'interno della propria giurisdizione a condividere le informazioni non divulgate<sup>81</sup>.

Il primo paragrafo, peraltro, non fa che rimandare ad un successivo momento, non ben specificato, lo sviluppo di meccanismi multilaterali innovativi che comprendano la condivisione delle conoscenze, della proprietà intellettuale e dei dati, nonché promuovano il trasferimento di tecnologia e *know-how* per la produzione di prodotti pandemici, in particolare nei Paesi in via di sviluppo<sup>82</sup>.

Tali disposizioni, che altro non fanno che ribadire quanto già previsto all'interno dell'Accordo TRIPs tra flessibilità e deroghe per casi di necessità, risultano estremamente meno ambiziose rispetto alle altre bozze, nella quali traspariva la possibilità di una più incisiva revisione delle norme già esistenti, come nella precedente versione dell'articolo 11<sup>83</sup>.

In caso di pandemia, tale disposizione prevedeva due possibili opzioni. La prima attribuiva alle parti il dovere di applicare<sup>84</sup> le flessibilità previste agli articoli 27-31*bis* del TRIPs<sup>85</sup>, mentre la seconda, più incisiva, stabiliva l'obbligo per gli Stati di disporre la sospensione dell'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale, attraverso deroghe limitate nel tempo, al fine di facilitare incrementi di produzione e fornitura dei prodotti destinati in particolare a una pandemia<sup>86</sup>. Inoltre, l'ultimo paragrafo paventava l'ipotesi di un obbligo di utilizzo delle flessibilità previste dall'Accordo TRIPs, comprese quelle affermate dalla Dichiarazione di Doha, senza interferenze<sup>87</sup>.

Non risulta più presente, peraltro, il supporto istituzionale previsto nelle precedenti bozze, fornito sia attraverso la cooperazione multilaterale tra le tre principali organizzazioni internazionali coinvolte (OMS, OMC e OMPI)<sup>88</sup>, sia attraverso il monitoraggio svolto dal «Pandemic-Related Products Expert Committee»<sup>89</sup>.

Le modifiche apportate si devono alle diverse posizioni sostenute nei dibattiti interni all'OMS che, così come in seno all'OMC, contrappongono gli Stati partecipanti in due grandi schieramenti, rendendo questo tema uno degli aghi della bilancia per la riuscita del trattato.

Da un lato, gli Stati in via di sviluppo si sono mostrati maggiormente inclini alla semplificazione delle flessibilità già previste dal sistema TRIPs, in modo da facilitare l'accesso ai vaccini, alle cure e alle

<sup>80</sup> *Ivi*, par. 2, lett. b-c.

<sup>81</sup> *Ivi*, par. 3.

<sup>82</sup> *Ivi*, par.1.

<sup>83</sup> *Bureau's text of the WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic*, A/INB/5/6, *op. cit.*, Art. 11.

<sup>84</sup> La disposizione precedente utilizzava la formula «shall apply», mentre la versione attuale prevede che gli Stati «shall make use».

<sup>85</sup> *Ibidem*, Art. 11, opzione A, par.5, let. b.

<sup>86</sup> *Ibidem*, Art. 11, opzione B, par. 5, let. e, opzione A.

<sup>87</sup> *Ivi*, par. 6, opzione B.

<sup>88</sup> *Conceptual zero draft*, A/INB/3/3, Art. 7, par. 2 (i).

<sup>89</sup> *Bureau's text of the WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic*, A/INB/5/6, *op. cit.*, Art. 24.

strumentazioni, attraverso meccanismi per il trasferimento tecnologico<sup>90</sup>. Dall'altro lato, gli Stati industrializzati, contrari all'inclusione di disposizioni in materia all'interno del futuro trattato sulle pandemie<sup>91</sup>, hanno evidenziato la necessità di allineare tali disposizioni con il TRIPS<sup>92</sup>, incrementare la chiarezza delle disposizioni del futuro trattato<sup>93</sup>, nonché coordinare gli sforzi a livello istituzionale con le pertinenti organizzazioni internazionali<sup>94</sup>. Sebbene questi ultimi ritengano che la competenza in materia rientri esclusivamente nel mandato dell'OMC, è difficile escludere dal mandato dell'OMS questioni che riguardino l'accesso ai farmaci, le cure mediche e la tutela del diritto alla salute<sup>95</sup>. Come disposto dal Regolamento sanitario internazionale, nel caso di emergenze sanitarie di interesse internazionale, spetta all'OMS prevenire e contrastare tali eventi attraverso il bilanciamento tra esigenze di contenimento della diffusione di epidemie e libertà degli scambi commerciali<sup>96</sup>.

Alla luce di tale contrasto tra gli Stati parte al negoziato, è attualmente difficile ipotizzare il destino dell'accordo o, quanto meno, delle norme in esso contenute in materia di diritti di proprietà intellettuale.

Il divario tra le posizioni ancora oggi sostenute dagli Stati, tuttavia, non sembra lasciare spazio ad una riforma più profonda, quanto piuttosto a soluzioni di compromesso, oppure posticipate alla fase di attuazione dell'accordo, da realizzare mediante strumenti successivi.

#### 4.2. *Segue: l'equo accesso ai vaccini e gli emendamenti al Regolamento Sanitario*

La riforma dell'architettura sanitaria internazionale prevede la revisione del Regolamento sanitario attraverso la redazione di emendamenti mirati<sup>97</sup>. Il lavoro di revisione ha preso avvio a partire dalla 75<sup>a</sup> sessione dell'Assemblea del maggio 2022, nel corso della quale sono state adottate diverse decisioni in materia. In conformità alla procedura prevista all'articolo 55 del Regolamento, l'Assemblea ha preso

<sup>90</sup> *Third meeting of the Intergovernmental Negotiating Body*, Day 2, Part. 2, [https://apps.who.int/gb/inb/e/e\\_inb-3.html](https://apps.who.int/gb/inb/e/e_inb-3.html). Si vedano, tra gli altri, gli interventi di: Messico, Brasile, Argentina, Indonesia, Sud Africa, Filippine, Etiopia, Uganda.

<sup>91</sup> Tra questi principalmente: Australia, Stati Uniti, Regno Unito, Giappone, Canada, Monaco, Singapore, Unione europea.

<sup>92</sup> *Third meeting of the Intergovernmental Negotiating Body, United Kingdom Statement*, Day 2, Part. 2, [https://apps.who.int/gb/inb/e/e\\_inb-3.html](https://apps.who.int/gb/inb/e/e_inb-3.html).

<sup>93</sup> *Third meeting of the Intergovernmental Negotiating Body, Australia Statement*, Day 2, Part. 2, [https://apps.who.int/gb/inb/e/e\\_inb-3.html](https://apps.who.int/gb/inb/e/e_inb-3.html).

<sup>94</sup> *Conceptual Zero Draft for the Consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its Third Meeting, Specific comments prepared by the European Union and its Member States* (6 December 2022), art. 7. «At the same time, we think that technology transfer should be conducted on a voluntary basis. We also believe that the WTO and WIPO are the most appropriate fora for international rule-making on intellectual property rights. In the framework of the INB, we remain open to discuss how the cooperation between WHO, WTO and WIPO could be strengthened when it comes to health related matters».

<sup>95</sup> B. MERCURIO, P. NATH UPRETI, *From Necessity to Flexibility*, *op. cit.*, 641.

<sup>96</sup> Sul tema del rapporto tra le disposizioni internazionali in materia di commercio e quelle in materia sanitaria si rimanda a D. GRECO, *L'Organizzazione mondiale della sanità davanti alla pandemia di Covid-19. La Governance delle emergenze sanitarie internazionali*, Milano, 2022, 94 ss.

<sup>97</sup> *World Health Assembly Special Session, SSA2/3, op. cit.*, par. 13.

in considerazione le due proposte di emendamenti inoltrate precedentemente al Direttore generale<sup>98</sup>, decidendo di accogliere per il momento solo parte delle modifiche richieste.

Nel corso della medesima sessione, inoltre, l'Assemblea ha dato mandato al nuovo Gruppo di lavoro sugli emendamenti al Regolamento sanitario internazionale di valutare e proporre emendamenti mirati al Regolamento<sup>99</sup>. Le attività del Gruppo di lavoro sono svolte in coordinamento con l'Organo negoziale, per garantire la complementarità tra il Regolamento e il trattato nel campo della preparazione e della risposta pandemica. A sua volta, il pacchetto finale di misure sarà presentato, presumibilmente, nel 2024, per essere sottoposto allo scrutinio degli Stati membri nel corso della 77° Assemblea mondiale della sanità<sup>100</sup>, rimarcando la sinergia tra questo strumento e il futuro accordo sulle pandemie. Sempre in occasione della 75° sessione, l'Assemblea ha richiesto al Direttore generale di istituire un Comitato di revisione del Regolamento (Comitato), al fine di formulare raccomandazioni tecniche sugli emendamenti proposti dagli Stati parte<sup>101</sup>. Il Comitato, riunito da ottobre 2022 a gennaio 2023, ha valutato l'appropriatezza, la chiarezza, la coerenza e la fattibilità di oltre 300 proposte avanzate dagli Stati parte al Regolamento<sup>102</sup>. Quest'ultime sono state recentemente sistematizzate dal Gruppo di lavoro<sup>103</sup>, il quale ha accolto le raccomandazioni inoltrate dal Comitato di revisione<sup>104</sup>.

Anche la raccolta degli emendamenti concerne la questione dei diritti di proprietà intellettuale, inclusa nella proposta inerente al nuovo articolo 13A sull'accesso ai prodotti sanitari, alle tecnologie e alle competenze per la tutela della salute pubblica. In particolare, la disposizione prevede, al paragrafo 3, che gli Stati parte stabiliscano nelle proprie leggi nazionali sulla proprietà intellettuale e negli strumenti correlati esenzioni e limitazioni ai diritti esclusivi dei titolari di proprietà intellettuale atti a facilitare la produzione, l'esportazione e l'importazione dei prodotti sanitari necessari, compresi i loro materiali e

<sup>98</sup> World Health Assembly, *Strengthening WHO preparedness for and response to health emergencies, Proposal for amendments to the International Health Regulations (2005), Submission of the United States of America Proposed Amendments to the International Health Regulations (2005) Articles 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 18, 48, 49, 53, 59*, (12 April 2022) WHA Document A75/18; World Health Assembly, *Strengthening WHO preparedness for and response to health emergencies Proposal for amendments to the International Health Regulations (2005) Draft resolution proposed by Australia, Bosnia and Herzegovina, Colombia, European Union and its Member States, Japan, Monaco, Republic of Korea, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America* (27 May 2022) A75/A/CONF./7 Rev.1.

<sup>99</sup> World Health Assembly, *Decision WHA 75(9), Strengthening WHO preparedness for and response to health emergencies* (27 May 2022) WHA 75(9).

<sup>100</sup> Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005), *Provisional WGIHR timeline 2022–2024* (6 February 2023) A/WGIHR/2/4.

<sup>101</sup> *Ibidem*, par. 2 (b). Il Comitato è istituito ai sensi degli articoli 50 paragrafo 1(a)(2) e 47 del Regolamento.

<sup>102</sup> Review Committee regarding amendments to the International Health Regulations (2005), *Terms of Reference* (6 October 2022) [https://cdn.who.int/media/docs/default-source/international-health-regulations/terms-of-reference\\_ihr-amendments-rc\\_for-web\\_rev-221024.pdf?sfvrsn=4b549603\\_12](https://cdn.who.int/media/docs/default-source/international-health-regulations/terms-of-reference_ihr-amendments-rc_for-web_rev-221024.pdf?sfvrsn=4b549603_12).

<sup>103</sup> Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005), *Article-by-Article compilation of proposed amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA75(9) (2022)* (6 February 2023) A/WGIHR/2/7. Le singole proposte degli Stati membri sono incluse in: Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005), *Proposed amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA75(9) (2022)* (6 February 2023) A/WGIHR/2/6.

<sup>104</sup> Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005), *Report of the Review Committee regarding amendments to the International Health Regulations (2005)* (6 February 2023) A/WGIHR/2/5.

componenti<sup>105</sup>. Inoltre, al paragrafo 7 è avanzata la proposta che gli Stati parte adottino misure che assicurino la non conflittualità tra le attività degli attori non statali, specialmente quelle manifatturiere connesse a diritti di proprietà intellettuale, il diritto al più elevato livello di salute raggiungibile e il Regolamento, e che siano conformi a quanto stabilito dall'OMS e dagli Stati Parte rispetto alla condizione dei prodotti e delle informazioni, specificate di seguito<sup>106</sup>.

Si tratta di una proposta proveniente dal medesimo gruppo di Stati che ha supportato le richieste del Sud Africa in seno all'OMC e che sostiene attivamente l'inclusione di simili disposizioni nel futuro accordo sulle pandemie, seppur conscio della forte opposizione dei Paesi industrializzati, sostenitori, invece, di un certo protezionismo rispetto ai diritti di proprietà intellettuale.

L'introduzione di tale articolo è stata avanzata dallo Stato di Eswatini a nome del Gruppo degli Stati africani<sup>107</sup>, nel tentativo di includere, in almeno uno dei due strumenti, delle norme che dispongano obblighi specifici sull'equo accesso ai vaccini e deroghe esplicite alle disposizioni in materia di proprietà intellettuale. Inserire tali norme all'interno del Regolamento sanitario, attribuendo un nuovo carattere politico ad un atto prevalentemente tecnico, permetterebbe comunque di sancire obblighi vincolanti per gli Stati parte al Regolamento, i quali acquisirebbero particolare rilievo in caso della mancata entrata in vigore del trattato<sup>108</sup>.

Come sostenuto dal Comitato di revisione del Regolamento nel primo rapporto presentato al Gruppo di lavoro, pur riconoscendo l'importanza delle ipotesi avanzate, rimangono numerosi dubbi sulla coerenza tra le norme proposte e le disposizioni contenute nell'Accordo TRIPs, così come sull'appropriatezza del loro inserimento all'interno del Regolamento sanitario<sup>109</sup>.

## 5. La tutela internazionale del diritto alla salute: il grande escluso?

Il diritto internazionale contempla la possibilità che strumenti giuridici appartenenti a diversi regimi possano contrapporsi o, quanto meno, che uno di questi possa ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti da un altro<sup>110</sup>. È, dunque, fondamentale predisporre forme di coordinamento già

<sup>105</sup> *Article-by-Article compilation of proposed amendments, op. cit.*, art. 13A, par.3.

<sup>106</sup> *Ibidem*, par. 7, lett. (a)-(f).

<sup>107</sup> Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005), *Proposed Amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA75(9) (2022)* (Original language version of amendments submitted by each Member States). Il Gruppo dei Paesi africani include l'Algeria, Angola, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Cameroon, Repubblica Centrafricana, Chad, Comoros, Congo, Costa d'Avorio, Repubblica democratica del Congo, Guinea equatoriale, Eritrea, Etiopia, Gabon, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Kenya, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritania, Mauritius, Mozambico, Namibia, Niger, Nigeria, Rwanda, Sao Tome e Principe, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Sud Africa, Sud Sudan, Togo, Uganda, Tanzania, Zambia, Zimbabwe.

<sup>108</sup> G. L. BURCI, *An existential moment for the International Health Regulations*, in *Governing Pandemics Snapshot*, Global Health Centre, 1, 1, January 2023.

<sup>109</sup> *Report of the Review Committee regarding amendments, op. cit.*, 53-54.

<sup>110</sup> Commissione del Diritto Internazionale (ILC), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, finalized by Martti Koskeniemi, 13 April 2006, A/CN.4/L.682, par. 24: «A treaty may sometimes frustrate the goals of another treaty without there being any strict incompatibility between their provisions».

nella fase di produzione di ulteriori norme<sup>111</sup>, nella prospettiva del raggiungimento di un obiettivo comune<sup>112</sup>.

In questa direzione, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>113</sup> sancisce il principio dell'interpretazione sistematica secondo cui, nel processo di interpretazione di un accordo internazionale, si deve tener conto del contesto, nonché di ogni norma rilevante di diritto internazionale che sia applicabile nelle relazioni tra le parti<sup>114</sup>.

Il tema dell'accesso ai beni sanitari per il contrasto alla pandemia non può, dunque, non leggersi in combinato disposto con le disposizioni del diritto internazionale dei diritti umani, il quale ha già da tempo riconosciuto alcuni obblighi statali da ricondurre al trasferimento tecnologico e alla condivisione dei mezzi necessari a fronteggiare i rischi per la salute umana<sup>115</sup>.

Il diritto alla salute, già parte della Dichiarazione Universale sui Diritti dell'Uomo, si è saldamente affermato nel diritto internazionale a seguito della sua inclusione nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali (il Patto o ICESCRs), all'articolo 12<sup>116</sup>.

In generale, la disposizione riconosce il diritto di ogni individuo a godere del più elevato livello raggiungibile di salute fisica e mentale e, a tal fine, afferma l'obbligo in capo agli Stati parte di adottare le misure necessarie, tra le altre, alla prevenzione, il trattamento e il controllo delle malattie epidemiche, endemiche e di altro tipo, nonché la creazione di condizioni che assicurino a tutti i servizi e le cure mediche<sup>117</sup>.

Il contenuto normativo di tale obbligo è stato illustrato e definito dall'autorevole interpretazione del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (il Comitato ESC), nel *General Comment* n°14, adottato nel 2000. Secondo il Comitato ESC, in primo luogo, il diritto alla salute deve essere inteso quale diritto al godimento dei mezzi, beni, servizi e delle condizioni necessarie per la realizzazione del più alto *standard* di salute raggiungibile<sup>118</sup>. In tal senso, spetta alle Parti il dovere di rispettare, proteggere e assicurare il diritto alla salute<sup>119</sup>, attraverso le pertinenti misure statali che diano attuazione agli inerenti obblighi fondamentali (*core obligations*)<sup>120</sup>.

<sup>111</sup> D. P. FIDLER, *International Law and Global Public Health*, in *The University of Kansas Law Review*, 48, 1999, 1-58.

<sup>112</sup> N. MATZ-LUCK, *Harmonization, Systemic Integration, and "Mutual Supportiveness" as Conflict-Solution Techniques: Different Modes of Interpretation as a Challenge to Negative Effects of Fragmentation?*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 17, 2006, 39 ss.

<sup>113</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, UN Treaty Series, 1155, May 1969.

<sup>114</sup> *Ibidem*, Art. 31, par. 3, let. c.

<sup>115</sup> B. MASON MEIER, J. BUENO DE MESQUITA, C. WILLIAMS, *Global Obligations to Ensure the Right to Health: Strengthening Global Health Governance to Realise Human Rights in Global Health*, in *Yearbook of International Disaster Law*, 3, 2020, 3-34.

<sup>116</sup> *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, 993, 3, art. 12.

<sup>117</sup> *Ivi*, par.2, lett. c-d.

<sup>118</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)* (11 August 2000) E/C.12/2000/4, par. 9. «The right to health must be understood as a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health».

<sup>119</sup> *Ibidem*, parr. 34-38.

<sup>120</sup> *Ibidem*, parr. 43-44.



La piena realizzazione di tale diritto è definita, al contempo, come una responsabilità collettiva degli Stati, cui spetta adempiere ai propri obblighi attraverso gli strumenti della cooperazione internazionale, tecnica ed economica, previsti dallo stesso Patto<sup>121</sup>.

Riconoscendo le gravi disuguaglianze esistenti nell'ambito della salute, in particolare tra i Paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo, il Comitato afferma che le Parti hanno l'obbligo di rispettare il godimento del diritto alla salute in altri Paesi, di impedire che tale diritto sia violato da Stati terzi e, a seconda della disponibilità di risorse, di facilitare l'accesso alle strutture, ai beni e ai servizi sanitari essenziali in altri Paesi e fornire l'aiuto necessario quando richiesto<sup>122</sup>. Inoltre, gli Stati parti dovrebbero garantire che il diritto alla salute riceva la dovuta attenzione negli accordi internazionali e, a tal fine, adottare misure per garantire l'effettivo impatto positivo su tale diritto.

Nel corso della pandemia COVID-19, lo stesso Comitato ha sottolineato che l'elemento della cooperazione riguarda, in primo luogo, la condivisione delle ricerche scientifiche, delle attrezzature e delle forniture mediche e delle migliori pratiche nella lotta contro il virus, specie nei confronti dei Paesi meno sviluppati<sup>123</sup>. Ciò, come specifica il Comitato, comporta inoltre l'impegno a promuovere l'utilizzo delle flessibilità o degli altri strumenti applicabili rispetto alla proprietà intellettuale, per consentire l'accesso universale ai progressi scientifici come prodotti diagnostici, farmaci e vaccini<sup>124</sup>.

Inoltre, attraverso una dichiarazione riguardante specificatamente l'accesso equo e universale ai vaccini, il Comitato ha ribadito che la tutela della proprietà intellettuale non rappresenta un diritto, bensì un prodotto sociale e che «States parties consequently have a duty to prevent intellectual property and patent legal regimes from undermining the enjoyment of economic, social and cultural rights by, for example, making critical public goods, such as vaccines or medicines, inaccessible to developing countries or impoverished communities because of unreasonable cost structures<sup>125</sup>».

La lettura degli obblighi stabiliti all'interno dell'accordo TRIPs richiede, dunque, un'interpretazione flessibile, capace di integrare concretamente le norme in materia di diritti umani.

In tal senso, in dottrina è stata più volte ribadita l'esigenza di un dialogo tra strumenti normativi e di una reciproca *cross-fertilization* che miri ad una tutela uniforme del diritto alla salute<sup>126</sup>, il cui rispetto è generalmente ritenuto un obbligo *erga omnes*<sup>127</sup>. In questa prospettiva si inseriscono proposte che mirano a soluzioni capaci di favorire innovativi meccanismi di mercato che concretizzino il collegamento tra questi due settori<sup>128</sup>, ovvero la regolamentazione da parte degli Stati della condotta delle imprese rientranti sotto la propria giurisdizione, al fine di assicurarne la conformità a suddetti obblighi<sup>129</sup>.

<sup>121</sup> *Ibidem*, par. 3 e Art. 2.

<sup>122</sup> *Ibidem*, par. 39.

<sup>123</sup> CESCR, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights* (17 April 2020) E/C.12/2020/1, art 19.

<sup>124</sup> *Ibidem*, par. 21.

<sup>125</sup> CESCR, *Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (COVID-19)* (15 December 2020) E/C.12/2020/2, par. 6.

<sup>126</sup> S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, 2018, 96 ss.

<sup>127</sup> D. GRECO, *L'Organizzazione mondiale della sanità*, *op. cit.*, 120-123.

<sup>128</sup> P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, 2011, 308 ss.

<sup>129</sup> D. GRECO, *supra*, 131.

La necessità di cooperare in materia di condivisione di vaccini, farmaci e dispositivi medico-sanitari ha continuato, e continua tutt'oggi, a rivestire un ruolo centrale anche nei lavori di organismi per la tutela dei diritti umani. Ad esempio, il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite (il Consiglio) si è espresso sollecitando gli Stati e gli attori coinvolti a favorire la promozione del trasferimento di tecnologia e *know-how*, la ricerca, l'innovazione e, ove possibile, l'impegno a concedere licenze volontarie in tutti gli accordi in cui siano previsti investimenti di fondi pubblici nella ricerca e nello sviluppo, continuando a vagliare ulteriori strumenti attraverso cui promuovere un accesso equo e una distribuzione giusta dei prodotti sanitari<sup>130</sup>.

Inoltre, il Consiglio ha esortato gli Stati, le agenzie, i fondi e i programmi delle Nazioni Unite e le organizzazioni intergovernative competenti, nonché le organizzazioni non governative e le parti interessate, comprese le aziende farmaceutiche, a promuovere la ricerca e lo sviluppo innovativi per rispondere alle esigenze sanitarie dei Paesi in via di sviluppo, compreso l'accesso a farmaci e vaccini sicuri, efficaci, di qualità e a prezzi accessibili<sup>131</sup>.

Allo stesso modo, l'esigenza di un approccio di questo tipo al tema dell'accesso ai vaccini sembra aver trovato un'ulteriore confermata nelle discussioni in materia di prevenzione, preparazione e risposta pandemica, che si sono svolte durante lo storico *High-level meeting on health* dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, lo scorso settembre<sup>132</sup>.

La dichiarazione politica adottata dagli Stati a conclusione di tale incontro riconosce la necessità di sostenere i Paesi in via di sviluppo nella creazione di competenze per lo sviluppo di capacità locali, nazionali e regionali di ricerca, innovazione, fabbricazione, produzione e regolamentazione<sup>133</sup>. A tal fine, la dichiarazione intende promuovere un maggiore accesso a farmaci sicuri, efficaci e non onerosi, così come ai vaccini, agli strumenti di diagnostica e alle tecnologie sanitarie, ribadendo che il TRIPs riconosce l'interpretazione dei diritti di proprietà a favore della salute pubblica e, in particolare, promuove l'accesso ai farmaci<sup>134</sup>.

Se, da un lato, tali conclusioni potrebbero far sperare in un nuovo raccordo tra le volontà degli Stati che potrebbero condurre all'attesa riforma del 2024, dall'altro è necessario guardare a queste affermazioni con una certa cautela, trattandosi di una mera dichiarazione politica che, ancora una volta, non tiene conto degli obblighi che potrebbero essere desunti dalle norme a tutela dei diritti umani.

<sup>130</sup> Human Rights Council, *Access to medicines, vaccines and other health products in the context of the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health* (14 July 2022) A/HRC/RES/50/13, par. 6.

<sup>131</sup> *Ibidem*, par. 12.

<sup>132</sup> UN General Assembly High-Level Meetings on health 2023, <https://www.who.int/news-room/events/default/2023/09/20/default-calendar/un-general-assembly-high-level-meetings-on-health-2023>. L'incontro ha un valore politico estremamente rilevante, poiché riporta il tema della salute tra le priorità della governance della sicurezza internazionale. In particolare, i rappresentanti degli Stati membri delle Nazioni Unite si sono riuniti per affrontare tre temi principali: la prevenzione, preparazione e risposta pandemica; la copertura sanitaria universale e; il contrasto alla tubercolosi.

<sup>133</sup> *Political Declaration of the United Nations General Assembly High-level Meeting on Pandemic Prevention, Preparedness and Response*, par. 11.

<sup>134</sup> *Ibidem*, parr. 36-37.

## 6. Conclusioni

La disparità dei mezzi e delle capacità tra Stati in via di sviluppo e Stati industrializzati nel fronteggiare un'emergenza sanitaria, emersa nel corso della pandemia COVID-19, ha rianimato l'esigenza di realizzare una complessa riforma del diritto internazionale in materia sanitaria.

In tale contesto, la questione del bilanciamento tra la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e l'accesso ai prodotti medico-sanitari e ai vaccini ha assunto centralità.

Nonostante l'urgente bisogno di dare sostanza ai principi di equità e solidarietà, alla base degli attuali lavori di riforma, il dibattito in tema di accesso ai vaccini e ai prodotti sanitari e farmaceutici continua a porsi nei termini della classica contrapposizione tra il nord e il sud del mondo.

Negli ultimi due anni, questo attestarsi su posizioni antagoniste ha affaticato i lavori internazionali che, molto lentamente, hanno portato a discreti compromessi tra gli Stati in seno all'OMC. Limitandosi a ribadire le circoscritte flessibilità, in considerazione delle disuguaglianze esistenti, le decisioni nell'ambito del commercio hanno in parte disatteso le aspettative di coloro che auspicavano una revisione di più ampio respiro delle norme previste dal TRIPs.

Un'ulteriore possibilità sembra essere data dal processo di riforma che attualmente investe i lavori dell'OMS, nei quali però è riproposto il divario già emerso nell'OMC. Ciò comporta il rischio che le contrapposizioni sul tema determinino o la mancata adesione di buona parte degli Stati membri al nuovo trattato o, meno realisticamente, portino alcuni di essi a recedere dal Regolamento.

Tuttavia, in nessuno dei due contesti è emersa la volontà di far leva sugli obblighi internazionali già presenti nel regime internazionale della tutela dei diritti umani, che prevedono forme di cooperazione e assistenza, ivi incluso il trasferimento di tecnologie e competenze verso i Paesi in via di sviluppo. Seppur gli sforzi di dialogo tra le organizzazioni internazionali coinvolte siano ammirabili, il diritto internazionale mira al supporto mutuale tra regimi e alla loro rispettiva integrazione, a favore di un sistema giuridico armonizzato nel suo complesso<sup>135</sup>.

L'interpretazione sistematica svolge un ruolo fondamentale nel mitigare gli effetti e le conseguenze della frammentazione del diritto internazionale, oltrepassando i confini dei singoli regimi e considerando il diritto internazionale nella sua coerente interezza<sup>136</sup>.

Eppure, ciò non sembra essere sufficiente e, alla luce degli errori commessi nella gestione della scorsa pandemia, emerge la necessità di affiancare agli strumenti preesistenti nuovi meccanismi di cooperazione e collaborazione, capaci di strutturare e dare sostanza agli obblighi in materia già in vigore, al fine di garantire la tutela dei diritti previsti dal diritto internazionale.

Sebbene sia precoce anticipare i risultati dei negoziati internazionali ancora in corso, i risultati finora raggiunti lasciano presagire una virata verso soluzioni di compromesso o posticipate, che rischiano di ritardare ulteriormente la corsa globale verso la realizzazione di una solida architettura sanitaria globale per il contrasto alle pandemie.

<sup>135</sup> Si veda: Commissione del Diritto Internazionale (ILC), *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006, A/CN.4/L.682.

<sup>136</sup> O. DORR, K. SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Berlino, 2018, 603.

## Al di là dell'aborto. Diritto e diritti nella *post-Dobbs Era*

Tamara Roma\*

BEYOND ABORTION. LAW AND RIGHTS IN THE POST-DOBBS ERA

ABSTRACT: The overruling of *Roe v. Wade* marked a moment of historic significance, and the mosaic of the post-Dobbs Era represents a litmus test of the consequences. The paper intends to look at these by focusing on how what Dobbs affects goes 'beyond' the right to abortion. It is therefore intended to analyze on the medical level the consequences in relation to medical training and profession and on the social level the profound injustice in relation to 'equitable access' not only in terms of Abortion Care but of health standards in general. Finally, the example represented by the Food and Drug Administration (FDA) case, the 'mifepristone and telemedicine case', underscored the problems created by the new restrictive laws for providers and patients in terms of drug supply and scientific judgment, while also impacting other rights such as free information and free speech, including in the area of new information technologies.

KEYWORDS: Abortion; right to privacy; right to travel; equality; reproductive health

ABSTRACT: L'*overruling* di *Roe v. Wade* ha segnato un momento dalla portata storica e il mosaico della *Post-Dobbs Era* rappresenta una cartina tornasole delle conseguenze. Il contributo intende guardare a queste focalizzando l'attenzione su come ciò che Dobbs ha minato vada "al di là" del diritto all'aborto. Si intende pertanto analizzare sul piano medico le conseguenze in relazione a formazione e professione e sul piano sociale la profonda ingiustizia in relazione all'"equo accesso" non solo in termini di *Abortion Care* ma di standard della salute in generale. Infine, l'esempio rappresentato dal caso *Food and Drug Administration* (FDA), il "caso mifepristone e telemedicina", ha sottolineato le problematiche create dalle nuove leggi restrittive per *providers* e pazienti in termini di fornitura di medicinali e giudizio scientifico, impattando anche altri diritti come libera informazione e *free speech*, anche nell'ambito delle nuove tecnologie dell'informazione.

PAROLE CHIAVE: Aborto; diritto alla *privacy*; diritto di movimento; eguaglianza; salute riproduttiva

---

\* Dottoranda in Human Rights: evolution, protection and limits, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo. Mail: [tamara.roma@unipa.it](mailto:tamara.roma@unipa.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *End of Roe*: la fine di un diritto e la messa in discussione di altri – 2.1 *Post Dobbs* e il ritorno alla storia: l'aborto in mano agli Stati – 3. La salute *post-Dobbs*: ingiustizia sistemica ed epistemica – 4. *Dobbs* e le conseguenze su educazione, formazione e professione dei medici – 5. *After Dobbs*: tra scienza e free speech – 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione

**P**er un cinquantennio, la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1973 *Roe v. Wade*<sup>1</sup> ha costituito un baluardo di certezza riconoscendo il diritto all'aborto sicuro e legale, ancorandolo al diritto alla *privacy* intesa «in the body and the family»<sup>2</sup> e ricavabile dal XIV emendamento della Costituzione.

La connessione della *privacy* con la vita intima dell'individuo ha ricevuto riconoscimento nella giurisprudenza statunitense a partire da precedenti sentenze rispetto *Roe*: la sentenza *Skinner v. Oklahoma*<sup>3</sup> con la quale il diritto alla procreazione è stato qualificato quale diritto fondamentale; *Griswold v. Connecticut*<sup>4</sup> importante decisione in tema di contraccezione con cui la *privacy* è stata definitivamente separata dal diritto di proprietà; per poi trovare un definitivo riconoscimento con *Roe v. Wade* (1973) e *Planned Parenthood v. Casey* (1992)<sup>5</sup> in quanto affermazione della libertà di autodeterminazione femminile individuale e familiare nelle decisioni personali in materia di gravidanza.

Nel dicembre 2021 il caso della legge del Mississippi si è ritrovato dinnanzi a una Corte Suprema a maggioranza conservatrice che è giunta a ribaltare i precedenti storici in materia d'aborto rappresentati in particolare dalle sentenze *Roe* e *Casey*. L'oggetto del ricorso è stato il *Gestational Age Act* dello Stato del Mississippi secondo il quale, a eccezione di situazioni di emergenza medica o in caso di serie malformazioni fetali, non può praticarsi o indursi l'aborto di un «unborn human being» se determinato che l'età gestazionale sia superiore a 15 settimane<sup>6</sup>. La clinica abortiva dello Stato, la *Jackson Women's Health Organization*, ha sostenuto l'incostituzionalità della legge in quanto violava i precedenti in materia.

Con la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*<sup>7</sup> la Corte Suprema ha rimesso in discussione il diritto all'aborto, impattando il diritto alla salute, i fondamenti della professione medica nonché l'ambito della *privacy* di pazienti e *providers* nelle sue molteplici declinazioni compresa, come vedremo, quella digitale. L'*overruling* di *Roe* ha infatti comportato una serie di conseguenze in termini di equo accesso alla salute, di formazione e professione medica e intaccato inoltre una serie di altri diritti come la libera circolazione di informazioni, il diritto allo spostamento per pazienti e *providers* (*right to travel*) e il *free speech*, i quali nell'epoca della *platformization* coinvolgono anche dati e servizi connessi al *cyberspace*, come l'ottenimento dell'aborto farmacologico tramite telemedicina.

<sup>1</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>2</sup> J.C. Suck, *A World without Roe: the constitutional future of Unwanted Pregnancy*, in *64 Wm. & Mary L. Rev.*, 443 (2022).

<sup>3</sup> 316 US 35 (1942).

<sup>4</sup> 381 US 479 (1965).

<sup>5</sup> 505 US 833 (1992).

<sup>6</sup> *Gestational Age Act*, ch. 393, § 1, 2018 Miss. Laws (codified at MISS. CODE ANN. § 41–41–191).

<sup>7</sup> 597 U.S. \_\_ (2022).

Al di là delle narrazioni felici che potevano circondare *Roe v. Wade*, la sentenza e ciò che essa ha significato è sempre stata coperta sia dall'ombra sulle sue possibilità di tenuta, sia dalla critica quantomai attuale propria di parte del femminismo, soprattutto *women of color* e *black feminism*, sulle sue criticità in termini di equo accesso e godimento del diritto alla salute.

Per cominciare, l'analisi muoverà dalla ricostruzione delle tappe fondamentali che hanno portato a Dobbs e delle derive della situazione legislativa post sentenza, sottolineando le connessioni tra ingerenza politica nel contesto del giudizio medico-scientifico e carattere ideologico sotteso che legano il periodo Roe e quello della *post-Dobbs Era*.

In un secondo momento, il contributo si concentrerà sulle conseguenze sul piano della salute e della professione medica, le quali nel nuovo e sfaccettato contesto legislativo riflettono la speculare ingiustizia che Dobbs rappresenta in termini di "equo accesso" all'*Abortion Care* e di diritti e tutele degli *Abortion Providers*. In una situazione in cui la cartina geografica dell'aborto presenta infatti uno spaccato a metà tra restringimenti e tutele, a essere colpito risulta anche il panorama medico che in precedenza si occupava di aborti. Le normative promulgate a seguito della decisione della Corte prevedono non pochi pericoli per la libertà e *privacy* dei professionisti sanitari soggetti, come era stato in un passato ormai presente, a discriminazioni sociali e professionali, ma soprattutto a responsabilità civili e penali.

Infine, l'analisi si chiuderà con il caso che ha investito la FDA – *Food and Drug Administration* in quanto esempio paradigmatico che sintetizza le tematiche affrontate in precedenza e che mostra l'interconnessione dell'aborto ad altri diritti: appunto perché le conseguenze di Dobbs vanno "al di là dell'aborto" in sé.

L'obiettivo è pertanto quello di restituire una cartografia della *post-Dobbs Era* esaminando criticamente le problematiche che si pongono ai diritti degli attori coinvolti, sia in termini di salute per le persone gestanti, sia in termini di professione medica, evidenziando inoltre il pericolo in cui versano i diritti di c.d. seconda e terza generazione.

## 2. *End of Roe*: la fine di un diritto e la messa in discussione di altri

Prima di addentrarsi nel labirinto delle conseguenze della *post-Dobbs Era* risulta fondamentale guardare storicamente alle evoluzioni e implicazioni susseguitesesi dopo la sentenza Roe fino a giungere al 24 giugno 2022, quando la Corte Suprema ha deciso di dichiarare il precedente «egregiously wrong from the start»<sup>8</sup>.

Nella sentenza relativa al caso Roe, la Corte aveva sostenuto che il diritto all'aborto, nonostante non esplicitamente tutelato dalla Costituzione, si ricavasse dal diritto alla *privacy*, estrapolabile a sua volta dagli emendamenti sui diritti (in particolare il I, IV, V, IX e XIV)<sup>9</sup>.

Nonostante le narrazioni positive che hanno circondato Roe e le successive pronunce nell'aver garantito il diritto federale all'aborto, sulla sentenza è fin da subito calata un'aspra critica che negli anni ha portato al radicarsi e polarizzarsi dei dibattiti, nonché a effettive possibilità di ribaltamento

<sup>8</sup> 597 U.S. \_\_ (2022).

<sup>9</sup> 410 U.S. 113 (1973).

considerando le interferenze susseguites<sup>10</sup>. Infatti, pur non producendo alcun *overruling*, già la sentenza *Webster v. Reproductive Health Services*<sup>11</sup> del 1989 rappresentò un primo e fondamentale punto di rottura con *Roe*. Il caso aveva in oggetto una legge dello Stato del Missouri che limitava la pratica dell'aborto nelle strutture sanitarie obbligando i medici a valutare la *viability* dalla ventesima settimana di gestazione. La Corte *Webster*, sottolineando l'importanza dell'interesse statale nel tutelare gradualmente la vita potenziale, giudicò troppo rigido lo schema dei trimestri oggetto di *Roe*. Inoltre, sottolineò che pur trovandosi nelle prerogative della Corte Suprema bilanciare, l'aborto rimanesse una questione da definire nel circuito democratico.

A dimostrazione di quanto la questione aborto risultasse divisiva, tre anni dopo il caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>12</sup> pur confermando il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza e rispettando il precedente, abbandonò definitivamente la suddivisione in trimestri ancorando definitivamente l'aborto alla *viability*. La sentenza affermò inoltre la libertà dello Stato di disciplinare la pratica abortiva a meno che tale disciplina non imponesse un limite eccessivo (*undue burden*) alla capacità di scelta e libertà protetta della donna. Come rilevato da Siegel e Greenhouse, il parametro creato con *Casey* si è costituito come un tentativo di bilanciare le preoccupazioni della polarizzazione originatasi tra coloro che intendevano rovesciare *Roe* e coloro che volevano preservare il riconoscimento costituzionale del diritto all'aborto<sup>13</sup>.

A seguito di *Casey*, nel clima di un rinnovato spazio e margine di intervento legislativo, si sono intensificati i casi di *TRAP Laws* (*Targeted Regulation of Abortion Providers*), di *Trigger Laws* e di richiami alle c.d. *Zombie Laws*. Le prime erano normative volte a colpire le cliniche abortive prevedendo oneri stringenti<sup>14</sup>; le seconde normative formalmente approvate ma che non potevano trovare applicazione fintanto che sussisteva il precedente *Roe*; le terze, leggi precedenti la decisione *Roe* che proibivano l'aborto mai formalmente dichiarate incostituzionali e pronte, pertanto, per essere "riesumate" nel caso di un mutamento giurisprudenziale. Secondo il *Guttmacher Institute* all'inizio del 2022 erano 23 gli stati già provvisti di *TRAP Laws* e 13 quelli di *Trigger Laws*<sup>15</sup> e che in caso di *overruling* avrebbero trovato legittimità costituzionale.

Nonostante i relativi cambiamenti apportati dalle sentenze post-*Roe* sopracitate, nel 2000 una Corte ancora equilibrata invalidò le "aspettative *pro-life*" del *Partial-birth Abortion* dello Stato del Nebraska nella sentenza *Stenberg v. Carhart*<sup>16</sup> in quanto non prevista una clausola che consentisse l'aborto in

<sup>10</sup> Per una ricostruzione dettagliata del progressivo svuotamento di *Roe v. Wade* si rimanda a E. GRANDE, *Dobbs: una sentenza in fondo attesa. Come ci si è arrivati e quali le sue implicazioni future*, in *BioLaw – Rivista di BioDiritto*, 18 marzo 2023, (citato 6 ottobre 2023); 1, 5-15.

<sup>11</sup> 492 US 490 (1989).

<sup>12</sup> 505 US 833 (1992).

<sup>13</sup> R. B. SIEGEL, L. GREENHOUSE, *Casey and the Clinic Closing: when 'Protecting Health' obstructs choice*, in *Yale Law Journal*, 125, 2016, 1150.

<sup>14</sup> Si veda in merito R. B. SIEGEL, L. GREENHOUSE, *op. cit.*

<sup>15</sup> E. NASH, I. GUARNIERI, *13 States Have Abortion Trigger Bans—Here's What Happens When Roe is Overturned*, Guttmacher Inst. (6 Giugno 2022) disponibile al link <https://www.guttmacher.org/article/2022/06/13-states-have-abortion-trigger-bans-heres-what-happens-when-roe-overturned> (ultima consultazione 20/06/2023).

<sup>16</sup> 530 U.S. 914 (2000). Il caso riguardava una legge dello Stato del Nebraska che rendeva illegale l'esecuzione di "partial abortion" in merito a determinate tecniche senza ammettere l'eccezione della salute della persona

relazione alla tutela della salute della donna, ovvero una clausola che riconoscesse l'emergenza medica.

L'intensificazione degli sforzi per il ribaltamento di Roe portò nel 2005 alla stesura di una *Task Force to Study Abortion*<sup>17</sup> in South Dakota e alla formulazione di eventuali proposte legislative sulla base dei risultati ottenuti. Il caso *Task Force* risulta particolare in quanto rappresentativo di un linguaggio peculiare: un intreccio tra diritto naturale, salute pubblica e consenso informato, una particolare visione della donna e il suo ruolo nella società e, infine, un ribaltamento narrativo sulle presunte conseguenze dannose dell'aborto. Scorrendo le argomentazioni, la *Task Force* ha consolidato inoltre le accuse mosse a Roe: secondo lo "studio" la Corte non aveva ai tempi le conoscenze scientifiche sugli effetti collaterali e il danno sociale rappresentato dall'interruzione volontaria di gravidanza<sup>18</sup>. A seguito del rapporto, il legislatore approvò una legge incostituzionale che criminalizzava l'aborto anche nei casi di stupro e incesto in una "nuova" lettura basata sulla visione della donna-vittima e prevedendo provvedimenti penali per i soli medici. Il *Women's Health and Human Life Protection Act*<sup>19</sup> fallì solo grazie al voto popolare nel referendum lanciato nel novembre 2006. In accordo con Mancini, ciò è peculiare di un rinnovato attacco del fronte *pro-life* che ha trovato definitivamente successo nell'adozione dei *Partial-Birth Abortion Ban Acts* i quali, con il pretesto di regolamentare solo determinate e specifiche procedure mediche o limitare parzialmente l'accesso all'aborto, hanno avuto fin da subito l'effetto cercato e sperato: «minare alle fondamenta la dottrina di Roe»<sup>20</sup>.

Nel 2007 infatti, cambiata la composizione della Corte Suprema e grazie al voto del giudice Alito, nella seconda sentenza *v. Carhart*, il caso *Gonzales, Attorney General v. Carhart et al.*<sup>21</sup>, la Corte Suprema arrivò contrariamente a quanto fatto in precedenza a vietare la procedura *D&E (Dilatation and Evacuation)*, riecheggiando nelle proprie argomentazioni il linguaggio della *Task Force* sia nel nominare l'embrione/feto come "unborn child", sia nel paternalismo insito nell'avallare argomentazioni non scientifiche sulle presunte conseguenze dell'aborto per la salute delle donne.

La centralità della *viability*, il rinnovato ruolo statale e l'apertura del divieto in riferimento a specifiche tecniche abortive, ha spianato la strada ai c.d. *heartbeat bills* dei quali esempio fondamentale è stato il *Senate Bill 8* dello Stato del Texas nel 2021. La norma prevede il divieto della pratica abortiva a partire dalla comparsa del battito cardiaco fetale che, dagli attuali sviluppi della tecnologia prenatale, è rinvenibile dalla sesta settimana di gestazione. Come evidenziato da Fabiano, la legge non è il primo intervento legislativo in tal senso: analoghi interventi erano in atto in altri Stati a maggioranza repubblicana come North Dakota, Georgia, Arkansas, Tennessee, Alabama, Oklahoma, Iowa. Il caso della legge texana risulta tuttavia «un *unicum* in quanto connotata da caratteristiche tecnico-applicative

---

gestante. I medici che avevano eseguito la procedura erano stati soggetti a revoca della licenza medica. La Corte Suprema annulla la legge ritenendo che violasse i precedenti *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*.

<sup>17</sup> *Report Task Force To Study Abortion*, dicembre 2005, disponibile al link <https://www.dakotavoices.com/Docs/South%20Dakota%20Abortion%20Task%20Force%20Report.pdf> (ultima consultazione 07/05/2023).

<sup>18</sup> R. B. SIEGEL, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Women-Protective Abortion Restrictions*, in *University of Illinois Law Review*, 3 (2007).

<sup>19</sup> *House Bill 1215* disponibile al link <https://mylrc.sdlegislature.gov/api/Documents/109400.pdf>. Per una ricostruzione storico-legislativa <https://www.nydivorcefirm.com/legislative-history-of-south-dakotas-women/>.

<sup>20</sup> S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra libertà eguale e controllo sociale*, Milano, 2012.

<sup>21</sup> 550 US (2007).



assolutamente atipiche e peculiari probabilmente pensate per aggirare il giudizio della Suprema Corte nel merito»<sup>22</sup>: il divieto è stato affidato infatti ai privati cittadini, i quali avrebbero potuto agire in giudizio. La Corte Suprema nel suddetto caso ha stabilito di non pronunciarsi per mancata certezza di esecuzione delle previsioni della normativa tali da costituire il rischio di un danno che chiami in causa l'intervento della Corte.

In conclusione e in accordo con Veronesi, Dobbs si presenta pertanto come il risultato di un lavoro di decenni, a partire dalla presidenza Nixon, continuando con Reagan e Bush, per finire con Trump, volto a rendere possibile la profonda incisione su composizione e "ideologia" della Corte Suprema<sup>23</sup>.

### 2.1. *Post Dobbs* e il ritorno alla storia: l'aborto in mano agli Stati

La dialettica che lega l'ambito giuridico a quello medico trova nelle sentenze citate in precedenza la propria sintesi: ogni sentenza ha imposto alla classe medica tanto un'apertura quanto una restrizione pratica nella professione, incidendo e interferendo anche con la scientificità delle argomentazioni riportate, avallate, veicolate e diffuse. Ciò risulta possibile, in accordo con Butler, poiché il giudice è da sempre «collocato nel mezzo di una catena significante»: «il parlare performativo della legge [...] opera solo rielaborando un insieme di convenzioni già operative. L'autorità che legittima queste convenzioni è la catena di echi della loro stessa reinvozione»<sup>24</sup>. Guardando genealogicamente alle sentenze prima di Dobbs, risulta comprensibile come tali convenzioni, appunto già operative, siano infine state evocate e legittimate dall'istituzione giuridica più alta: la Corte Suprema.

L'interpretazione della Corte nella decisione Dobbs viene corroborata da un'attenta ricostruzione storica. Per provare che il diritto di autodeterminazione in materia di aborto non è nominato nella Costituzione americana, né radicato nella storia della nazione o nella sua tradizione quando si approvò il XIV Emendamento, l'opinione di maggioranza cita una serie di precedenti normativi e giurisprudenziali anteriori all'anno in cui venne introdotto il XIV Emendamento (1868). La Corte si sofferma sul XIX sec., periodo nel quale si assistette a un fenomeno difficilmente comparabile storicamente per velocità ed estensione geografica: la criminalizzazione di contraccezione e aborto in linea con motivazioni legate ai cambiamenti politici e religiosi, all'affermazione di una "regular gynecology" e una classe medica con un peso specifico nell'orientamento sociale, al peso attribuito al ruolo riproduttivo delle donne e all'importanza dei potenziali non-nati per il futuro dello Stato<sup>25</sup>. Come sottolineato infatti nell'opinione dissidente ciò che occorrerebbe chiedersi è se nel XIX sec. un approccio interpretativo sulla lettura testuale dei diritti dei *Founding Fathers* sia effettivamente valida tenendo presente il mancato riconoscimento della partecipazione paritaria e libertà delle donne e di altre soggettività nella vita politica e sociale<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw*, 1 ottobre 2022, (citato 24 aprile 2023), 3, 5-66.

<sup>23</sup> P. VERONESI, *op. cit.*

<sup>24</sup> J. BUTLER, *Corpi che contano. I limiti discorsivi del "sesso"*, Roma, 2023, 158.

<sup>25</sup> D. COOPER OWENS, *Medical Bondage. Race, gender, and the Origins of American Gynecology*, Georgia, 2017; L.J. REAGAN, *When Abortion was a Crime. Women, Medicine, and the Law in the United States, 1867-1973*, Berkeley, Introduzione, 1997.

<sup>26</sup> JUSTICE BREYER, *dissenting opinion*.

Per giungere al responso la Corte dichiara di fare uso *dell'history and tradition standard*, come affermato da Siegel più correttamente definibile, dato il carattere marcatamente ideologico, come un «family-values traditionalism»<sup>27</sup> che ha riportato la storia al XIX secolo. Dobbs, infatti, rappresenta qualcosa in più del semplice ritorno dell'aborto nel circuito legislativo statale: rappresenta l'approdo di quelle argomentazioni, avallate all'indomani di Roe e rafforzatesi dagli anni Novanta, che hanno legato le politiche sull'aborto alla mobilitazione della destra cristiana e al riallineamento dei partiti nel panorama statunitense e non solo, all'ascesa della Nuova Destra<sup>28</sup>.

Come riportato dal *Center Reproductive Rights*, all'indomani della sentenza i *trigger bans* già emanati sono entrati in vigore comportando un drastico cambiamento per la vita di milioni di persone e scatenando il caos tanto all'interno dei tribunali<sup>29</sup>, quanto all'interno delle cliniche. Seppur in costante e rapida evoluzione, si registra la presenza di leggi restrittive rispettivamente in Alabama, Arkansas, Idaho, Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, Oklahoma, South Dakota, Tennessee, Texas, West Virginia e Wisconsin, le quali in comune condividono l'eccezione per "emergenza medica"<sup>30</sup>. Tuttavia, è proprio quest'ultimo punto a creare non pochi problemi: una definizione generale

<sup>27</sup> R.B. SIEGEL, *Memory Games: Dobb's Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism and some Pathways of resistance*, in *Texas Law Review*, 101:1, 2023.

<sup>28</sup> A.R. LEWIS, *The Right Turn in Conservative Christian Politics. How Abortion Transformed the Culture Wars*, Cambridge, 2017; M. PREARO, *L'ipotesi neocattolica. Politologia dei movimenti anti-gender*, Milano, 2020.

<sup>29</sup> <https://reproductiverights.org/abortion-trigger-bans-take-effect-in-three-states-tomorrow/> (ultima consultazione 19/06/2023).

<sup>30</sup> Alabama: Code § 26-23H-4 (che rende «illegale per qualsiasi persona praticare o tentare di praticare intenzionalmente un aborto» a meno che un medico con licenza dell'Alabama non lo ritenga necessario «per prevenire un grave rischio per la salute della madre del nascituro»); Arkansas: Codice Ann. § 5-61-304 (2020) (che proibisce a chiunque di praticare o tentare di praticare un aborto se non per salvare la vita di una donna incinta in caso di emergenza medica); Idaho: Code § 18-622(1)(a) (che rende reato chiunque pratici o tenti di praticare un aborto se non per salvare la vita di una donna incinta in caso di emergenza medica); Idaho: § 18-622(1) (che rende reato chiunque pratici o tenti di praticare un aborto se non per salvare la vita di una donna incinta in caso di emergenza medica); Kentucky: Rev. Stat. § 311.772 (proibisce l'aborto se non quando necessario «per prevenire la morte o il rischio sostanziale di morte a causa di una condizione fisica, o per prevenire la compromissione grave e permanente di un organo vitale di una donna incinta»); Louisiana: Rev. Stat. La Rev. Stat. § 40:1061 (proibisce l'aborto se non quando necessario «per prevenire la morte o il rischio sostanziale di morte a causa di una condizione fisica, o per prevenire la compromissione grave e permanente di un organo vitale di una donna incinta»); Mississippi: Codice Ann. § 41-41-45 (2020) (che proibisce di praticare o indurre l'aborto tranne quando «necessario per la preservazione della vita della madre o quando la gravidanza è stata causata da uno stupro»); Missouri: Rev. Stat. § 188.017(2) (che proibisce di praticare o indurre l'aborto «tranne che in casi di emergenza medica»); North Dakota: S.B. 2150, 68a Leg. Sess., Reg. Sess. (N.D. 2023) (che rende un reato per chiunque praticare un aborto, tranne quando è necessario dal punto di vista medico per prevenire la morte o un grave rischio per la salute della donna incinta, o quando la gravidanza è frutto di stupro o incesto e «la probabile età gestazionale del nascituro è di sei settimane o meno»); Oklahoma: Stat. 2021, § 861 (proibisce l'aborto a meno che non sia necessario per preservare la vita della donna incinta); South Dakota: Codified Laws § 22-17-5.1 (proibisce l'aborto a meno che non sia necessario per preservare la vita della donna incinta); Tennessee: Code Ann. § 39-15-213 (che considera un reato penale praticare o tentare di praticare un aborto a meno che non sia necessario «per prevenire la morte della donna incinta o per prevenire un serio rischio di compromissione sostanziale e irreversibile di una funzione corporea importante della donna incinta»); Texas: Codice della salute e della sicurezza §§ 171.204-171.205 (che proibisce l'aborto in presenza di un battito cardiaco fetale rilevabile, tranne nei casi di emergenza medica); West Virginia: Va. Code §16-2R-3 (proibisce l'aborto tranne in caso di non vitalità, gravidanza

e astratta, una zona grigia nella quale l'equo accesso alla salute è minato alle sue fondamenta e i limiti della responsabilità civile e penale degli *Abortion Providers* non sono concretamente stabiliti e pertanto comprensibili.

Altri Stati, contrariamente, hanno agito in senso opposto prevedendo una serie di tutele per *providers* e pazienti. Stati come California, Maryland, Michigan, Colorado, Illinois, Oregon, Minnesota e Connecticut hanno infatti emanato le c.d. *shield Laws*, leggi "scudo", il cui obiettivo è tutelare dalle leggi antiabortiste *providers*, pazienti e coloro che aiutano nella ricerca e nell'ottenimento di un aborto. In generale, tali leggi prevedono: il divieto di estradizione quando la persona imputata è accusata di aver ricevuto o fornito assistenza e cure per la salute riproduttiva; la tutela interstatale dei testimoni in sede di indagine o procedimento legale dello Stato in cui l'aborto è illegale; divieto di usare le risorse finanziarie statali per le indagini sulla salute riproduttiva di un altro Stato; tutela della licenza professionale dell'operatore sanitario revocata nello Stato antiabortista; tutela delle compagnie assicurative dalle azioni per negligenza e malasanità nei confronti degli operatori sanitari che hanno fornito cure abortive; divieto di divulgazione delle informazioni e dei dati privati delle pazienti; limitazione del riconoscimento delle sentenze *out-of state* riconoscendo il valore della sentenza solo nello Stato antiabortista e non negli stati in cui questo è legale; possibilità di intentare cause *clawback* (di recupero) basandosi sull'interferenza nell'assistenza sanitaria riproduttiva di cui è responsabile lo Stato antiabortista tentando di far valere le proprie disposizioni nello Stato in cui l'aborto è legale; infine, quest'ultima più complicata sia in termini legali sia in termini pratici, l'assistenza e tutela legale delle pazienti oltre i confini dello Stato tramite telemedicina<sup>31</sup>.

Come vedremo, *Dobbs* ha comportato *in primis* drastiche conseguenze sul piano dell'*Abortion Care* e dell'equo accesso alla salute riproduttiva ma anche profonde implicazioni su formazione, diritti e doveri degli operatori sanitari, sul libero spostamento di *provider*, pazienti e farmaci e, infine, sul libero flusso di informazioni, anche digitali, negli e tra Stati membri.

### 3. La salute *post-Dobbs*: ingiustizia sistemica ed epistemica

Come precedentemente accennato, le critiche a *Roe* non sono state proprie soltanto del fronte antiabortista e di parte del mondo giuridico nei criteri di interpretazione e nel ragionamento propri della sentenza. Parte del *Legal Feminism*, in particolare il *Critical Race Feminism*, si è speso fin dagli albori della costituzionalizzazione dell'aborto nel sottolineare come la sentenza del 1973 avesse garantito un diritto negativo. L'aborto è infatti stato fondato sulla posizione antigovernativa in materia di gravidanza ed educazione dei figli, sulla base della separazione delle sfere pubblico-privato, non tenendo conto delle possibilità materiali e concrete a disposizione per accedervi. Tale posizione è risultata chiara nel 1976 con l'approvazione dell'*Hyde Amendment Act*, attraverso il quale è stato proibito l'uso di fondi federali per finanziare l'assistenza abortiva<sup>32</sup>. I fondi del *Medicaid*, il programma di assistenza sanitaria gratuita per persone indigenti, in quanto co-finanziamenti federali non potevano essere

ectopica, emergenza medica o, in casi limitati, di violenza sessuale); Wisconsin: Stat. § 940.04 (che vieta l'aborto se non quando necessario per salvare la vita della madre).

<sup>31</sup> D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *Abortion Shield Laws*, in *NEJM Evidence*, 2, 4, 28 marzo 2023.

<sup>32</sup> E. GRANDE, *op. cit.*

utilizzati nella copertura delle spese abortive per persone in condizioni di povertà, persone che coincidevano in gran parte con donne razzializzate. Dopo una *class action* alla Corte distrettuale nel 1980 che l'aveva invalidato, la costituzionalità del provvedimento legislativo è stata confermata dalla Corte Suprema nella sentenza *Harris v. McRae*<sup>33</sup>.

Pertanto, è proprio a partire dalla condizione di povertà delle comunità latine e afrodiscendenti che le *black feminists* hanno efficacemente posto il focus su come il diritto all'aborto negli Stati Uniti, così come formulato dall'approccio liberale, abbia contribuito a offuscare e rendere miope una più olistica visione della salute, dove giustizia riproduttiva e giustizia sociale risultano fondamentali e interconnesse. Non è infatti solo il diritto all'aborto sicuro a essere importante per tutelare la salute e i diritti riproduttivi, ma altresì l'ambiente nelle quali le persone sono situate e le risorse alle quali possono accedere, il dislivello economico e la matrice razzista e patriarcale delle società occidentali<sup>34</sup>. La situazione di discriminazione inoltre è successivamente peggiorata quando nel 2010 l'*Affordable Care Act* emanato sotto la presidenza Obama ha confermato la validità dell'*Hyde Amendment Act* in materia di aborto.

Il nesso intersezionale alla base della critica del *Race Feminism* è ciò che nuovamente meglio restituisce la situazione di accesso alla salute riproduttiva negli Stati Uniti post-Dobbs. A seguito della sentenza, nonostante ciò che in sé la necessità di spostamento da Stato a Stato implichi in termini materiali per una persona, gli Stati antiabortisti si sono concentrati su quella che si è delineata come una battaglia interstatale sul *Cross-Border Abortion*, rafforzando la discriminazione che colpisce chi non ha tale possibilità e tentando di porre un divieto a chi invece può avvalersi di un viaggio per vedersi garantire l'accesso alle cure. Dal punto di vista giuridico, il V e XIV emendamento hanno a lungo tutelato il *right to travel* come parte della tutela della *liberty* e, inoltre, il XIV emendamento e la *Citizenship Clause* hanno agganciato il diritto di spostarsi ancorandolo nella nozione di *national citizenship*. Guardando alla giurisprudenza, solo in un precedente la Corte Suprema si è espressa sul *right to travel* e in disaccordo sulla possibilità di uno Stato di penalizzare l'*out-of-state*. Il caso in oggetto è la sentenza *Bigelow v. Virginia*<sup>35</sup> riguardante l'accusa da parte dello Stato della Virginia all'editore Bigelow, il quale aveva pubblicato un annuncio concernente servizi abortivi offerti nello Stato di New York dove l'aborto era

<sup>33</sup> 488 US 297 (1980). *Harris v. McRae* è stata una causa intentata per contestare le restrizioni federali sui fondi Medicaid per gli aborti necessari dal punto di vista medico. Il 15 gennaio 1980, il giudice della Corte distrettuale federale John F. Dooling Jr. invalidò l'*Hyde Amendment Act* in quanto violava il I e il V Emendamento della Costituzione. La sua decisione si appoggiava sulla raccolta documentativa dell'impatto sulla salute nel negare l'aborto alle donne povere, sulle principali tradizioni religiose che sostengono la scelta coscienziosa dell'aborto e il carattere pervasivamente religioso e ideologico della posizione antiabortista. La sentenza ha imposto al governo federale e a tutti gli Stati di fornire il rimborso *Medicaid* per tutti gli aborti medicalmente necessari alle donne incinte indigenti. La decisione è stata presa a seguito di una *class action* intentata nel 1976 da avvocati del CCR (*Center for Constitutional Rights*), dell'ACLU (*American Civil Liberties Union*) e della *Planned Parenthood* di New York. I querelanti erano donne che avevano bisogno di aborti coperti da *Medicaid*, medici che volevano fornire aborti alle loro pazienti e la Divisione Donne del *Board of Global Ministries* della Chiesa Metodista Unita. Tuttavia, il 30 giugno 1980, una Corte Suprema fortemente divisa ha ribaltato la decisione del giudice Dooling, ignorando le ricostruzioni accurate a sostegno della propria decisione e il principio secondo cui lo Stato deve rispettare i diritti costituzionali dei poveri nel distribuire o limitare i benefici assistenziali. La Corte ha infatti approvato l'eliminazione dell'aborto dai programmi di assistenza sanitaria finanziati con fondi pubblici.

<sup>34</sup> J.C. Suck, *op. cit.*

<sup>35</sup> 421 US 809 (1975).

legale. L'opinione di maggioranza concorda con un solo voto contrario che il I emendamento impedisce agli Stati di vietare la pubblicità di prodotti o comportamenti legali nel luogo pubblicizzato e che uno Stato non può supervisionare sugli affari interni di un altro Stato solo perché in un eventuale viaggio in quello Stato un cittadino può esserne influenzato. Tuttavia, una volta che uno Stato riconosce la personalità fetale, come nella Georgia post-Dobbs dove gli *unborn children* sono stati dichiarati «a class of living distinct persons»<sup>36</sup>, ciò può riflettersi in numerose azioni penali anche in relazione all'*out-of-state* sia per pazienti, sia per operatori sanitari, sia come vedremo per i farmaci stessi<sup>37</sup>.

Nella *post-Dobbs Era*, pertanto, si riscontrano quelle linee di un'oppressione e discriminazione multilivello già evidenziate dalle *black feminists*. Di particolare rilevanza a proposito, è la retorica adottata nella nota 41 della bozza<sup>38</sup> pubblicata precedentemente la sentenza Dobbs, dove citando gli *amicus brief* depositati da organizzazioni ispaniche, afroamericane e religiose, vengono elencati i motivi che le legislazioni statali avrebbero avuto per emanare restrizioni. Nella nota si include il presunto ruolo dell'aborto sulla soppressione della popolazione afroamericana, ovvero l'aborto come parte del "genocidio nero",<sup>39</sup> termine che riecheggia le retoriche sul "genocidio bianco" rappresentato dall'aborto sia guardando alle battaglie per la criminalizzazione nel XIX sec., sia all'epoca dell'ascesa dell'alleanza *pro-life* con la Nuova Destra quando il termine fece nuovamente capolino dal passato<sup>40</sup>. Il mito dell'aborto come strumento per il "genocidio razziale" è invece una narrazione emersa e sostenuta soprattutto a partire dagli anni Novanta da attivisti e neoconservatori antiabortisti, grazie alla collaborazione della Chiesa nera conservatrice, attivisti afroamericani e ispanici antiabortisti e alcune organizzazioni antiabortiste bianche. Partendo dal paragone con i programmi statali di sterilizzazione forzata e guardando alle statistiche sull'accesso all'aborto delle donne nere, ispaniche e indigene, gli antiabortisti hanno costruito un argomento provocatorio ma estremamente pericoloso che intreccia i diritti riproduttivi all'eugenetica<sup>41</sup>, avvalendosi e strumentalizzando inoltre la critica del *black feminism*. Al di là della mistificazione retorica e quello che potrebbe definirsi un *gaslighting* razziale<sup>42</sup> e di genere, dalla nota traspare come l'aborto sia qualcosa che colpisca soggettività considerate prive di *agency*: le donne in generale ma le donne nere nello specifico e tra i non-nati anche i *black unborn children*. Il

<sup>36</sup> House Bill 481 <https://www.legis.ga.gov/api/legislation/document/20192020/187013> (ultima consultazione 24/06/2023).

<sup>37</sup> J.C. SUCK, *op. cit.*

<sup>38</sup> <https://www.politico.com/f/?id=00000180-874f-dd36-a38c-c74f98520000> (ultima consultazione 18/05/2023).

<sup>39</sup> R. DONELSON, "A Highly Disproportionate Percentage of Aborted Fetuses are Black": The Subtle Misogynoir in *Dobbs v. Jackson Women's Health*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 15 settembre 2022. <https://jgspl.org/a-highly-disproportionate-percentage-of-aborted-fetuses-are-black-the-subtle-misogynoir-in-dobbs-v-jackson-womens-health/> (ultima consultazione 24/06/2023).

<sup>40</sup> S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell'America di Trump*, in *BioLaw* [Internet], 17 giugno 2021 [citato 6 ottobre 2023], 2, 257-281.

<sup>41</sup> Per un approfondimento sul *black anti-abortion movement* vedere <https://www.vox.com/identities/2018/1/19/16906928/black-anti-abortion-movement-yoruba-richen-medical-racism>; in linea generale si rimanda a M. COOPER, *Family Values: Between Neoliberalism and the New Social Conservatism*, New York, 2017.

<sup>42</sup> Sul *racial gaslighting* si veda <https://www.bbc.co.uk/bbcthree/article/904d9237-1b8a-49bd-a801-448942b8cb52>; <https://www.forbes.com/sites/janicegassam/2020/09/22/misogynoir-the-unique-discrimination-that-black-women-face/?sh=7a6b4af456ef> (ultima consultazione 24/04/2023).

divieto di aborto viene pertanto presentato non solo come necessario e fondamentale per la salute ma anche come un passo verso la giustizia divina, sociale nonché razziale<sup>43</sup>.

Come precedentemente analizzato, nell'opinione di maggioranza si fa appello a un *history and tradition standard* che viene dichiarato aderente con la storia della nazione. Tuttavia, come sottolineato da Siegel sul piano giuridico e Cooper su quello sociologico, l'*antiabortion cause* della Nuova Destra americana è in realtà una *pro-family cause* connotata da quelle caratteristiche proprie dei valori alla quale fa riferimento, dove le minacce del *gender speech* e le argomentazioni a tutela degli *unborn children* (tra i quali come evidenziato da Cooper vi è un rinnovato argomento eugenetico)<sup>44</sup> mascherano l'appello razzista insito nella coercizione riproduttiva delle donne bianche<sup>45</sup> mentre rinnovano una retorica di inferiorità e invisibilizzazione per donne e soggettività storicamente marginalizzate<sup>46</sup>.

La storia della nazione, a dispetto delle ricostruzioni e retoriche strumentali e ideologicamente orientate, è anche quella non raccontata, quella trascurata e mascherata che silenzia l'intreccio tra battaglie contro la schiavitù e per la libertà riproduttiva. La libertà invocata da Dobbs riportando le lancette dell'orologio al XIX sec. è pertanto la storia dello schiavismo e del suprematismo bianco, della coercizione riproduttiva a seguito della Guerra Civile, del divieto di contraccezione e della criminalizzazione dell'aborto. È la storia senza storie di tutte quelle soggettività oppresse e oggettivate: è la storia di una Costituzione che riconosce l'universalità di «un soggetto liberale atomizzato nella sua astrattezza e nella sua invece evidente mascolinizzazione»<sup>47</sup> e di una persona di cui si continuano a ignorare identità, corporeità e diritti fondamentali. Come ricordato da Crenshaw, la gravidanza forzata è stata infatti il fondamento e la fonte di profitto della schiavitù e «la conseguenza dell'incapacità della società di considerare la gravidanza coatta come un retaggio della schiavitù si è abbattuta ancora una volta sulle donne nere e su tutte le persone incinte [...] dimostrando ancora una volta che le intersezioni tra patriarcato, razzismo ed eteronormatività continueranno a minare le libertà»<sup>48</sup>. Dobbs evidenzia come il corpo rimanga «il più palese (e il più "fisico") dei momenti di collisione tra autorità e libertà»<sup>49</sup> e i femminismi hanno contribuito a evidenziare come il controllo riproduttivo riveli l'interrelazione tra libertà e uguaglianza, come il controllo di sessualità e riproduzione sia strumento di subordinazione e coercizione.

<sup>43</sup> [https://www.huffpost.com/entry/samuel-alito-abortion-black-lives\\_n\\_627430bfe4b009a811c127fd](https://www.huffpost.com/entry/samuel-alito-abortion-black-lives_n_627430bfe4b009a811c127fd) (ultima consultazione 25/04/2023).

<sup>44</sup> M. COOPER, *op. cit.*

<sup>45</sup> R.B. SIEGEL, *op. cit.*, 2023.

<sup>46</sup> L'autrice fa qui uso di "soggettività" in quanto si assume la lente che non siano solo le donne, bianche e non, a necessitare dell'accesso all'aborto, ma anche le persone trans e *no binary* le quali possono mantenere le proprie capacità riproduttive non rientrando tuttavia nel binarismo di genere.

<sup>47</sup> V. MARZOCCO, *Prima di Dobbs. La scure dell'Original intent su cinquant'anni di nodi irrisolti in materia di aborto*, in *Biolaw – Rivista di Biodiritto*, 18 marzo 2023 (citato 25 aprile 2023); 1, 217-233 disponibile al link <https://te-seo.unitn.it/biolaw/article/view/2566>.

<sup>48</sup> AAPF, *Our Statement on Bodily Autonomy*, disponibile al link <https://www.aapf.org/post/our-statement-on-bodily-autonomy>, trad. Autrice.

<sup>49</sup> P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di) *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, I, Milano, 2011, 138.

Nel campo del discorso giuridico sembra permanere una lente viziata in merito all'aborto sia quando si rivendicano, sia quando si limitano i diritti riproduttivi<sup>50</sup>. Il tema dell'accesso nella prospettiva della salute in quanto intrinsecamente legato alle differenze tra corpi richiede che il diritto si orienti «seguendo la bussola dell'eguaglianza, come rifiuto dell'esclusione dei corpi» con la consapevolezza che a questa esclusione corrisponde «una diminuzione della stessa cittadinanza»<sup>51</sup> e conseguentemente una mancata tutela della salute nel suo aspetto globale. L'aborto, infatti, è stato abilmente situato nel contesto della cittadinanza e della discriminazione femminile con la Conferenza di Pechino nel 1995 con cui si è sottolineato il nesso imprescindibile che intercorre tra aborto e salute femminile. Come si legge nel paragrafo 92 una buona salute è essenziale per condurre una vita soddisfacente e il diritto delle donne al controllo della salute e fecondità è fondamentale al loro potere d'azione. Nel paragrafo 96 si sottolinea inoltre che l'aborto illegale costituisce un grave problema di salute pubblica<sup>52</sup>. Pochi mesi prima della sentenza, l'OMS (Organizzazione Mondiale per la Sanità) ha pubblicato le nuove linee guida, l'*Abortion Care Guideline*, dando centralità ai diritti umani e alle prove ed evidenze scientifiche, fornendo raccomandazioni su legislazione, politiche, gestione clinica e fornitura del servizio da parte dei sistemi sanitari. Le nuove linee guida, aggiornamento delle precedenti del 2012, hanno posto il focus sulla salute pubblica e l'aborto sicuro e legale, sottolineando il nesso tra leggi restrittive, mancato riconoscimento del diritto alla salute e mancata equità nell'accesso alle cure<sup>53</sup>. A livello internazionale, pertanto, l'aborto legale è legato indissolubilmente alla salute, sottolineando come esso sia un servizio sanitario fondamentale.

Uno studio condotto sul contesto statunitense, tenendo conto delle differenze di genere, razza e classe, ha dimostrato che essenziali per la diminuzione della mortalità materna sono stati, ancora prima della sentenza del 1973, le legalizzazioni statali degli anni Sessanta. L'analisi dei dati sulla connessione aborto legale e mortalità materna ha sottolineato come, ancora prima della legalizzazione statale e poi costituzionalizzazione federale, la mortalità materna legata agli aborti fosse già in diminuzione tra le donne bianche, indice di una maggiore possibilità di accesso a viaggi, reti di cooperazione e maggiore facilità di movimento all'interno del sistema medico. Contrariamente, il tasso di mortalità delle donne razzializzate era dodici volte superiore a quello delle donne bianche. Nonostante le problematiche legate alla questione della privatizzazione del sistema sanitario, dei costi assicurativi e delle decisioni giuridiche in merito i fondi pubblici che hanno di fatto mantenuto un dislivello, solo l'accesso all'aborto legale a livello federale ha contribuito alla progressiva diminuzione della mortalità materna delle donne razzializzate rivelandosi cruciale<sup>54</sup>.

In conclusione, Dobbs sembra pertanto aver riportato la salute alla stregua di un privilegio anziché un diritto costituzionalmente riconosciuto e tutelato a livello nazionale e internazionale. Le conseguenze

<sup>50</sup> P. BERGALLO, A. RAMÒN MICHEL, *La Reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídico sobre aborto*, Buenos Aires, 2018.

<sup>51</sup> S. RODOTÀ, *Il corpo giuridificato*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di) *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di BioDiritto*, I, Milano, 2011, 74.

<sup>52</sup> Conferenza mondiale sulle donne, Piattaforma Pechino, (1995), disponibile al link <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>.

<sup>53</sup> WHO, *Abortion Care Guideline*, 2022, <https://srhr.org/abortioncare/> (ultima consultazione 24/06/2023).

<sup>54</sup> S. M. FARIN, L. HOHEN-VELASCO, M. PESKO, *The Impact of Legal Abortion on Maternal Mortality*, September 1, 2021, disponibile su SSRN, <https://ssrn.com/abstract=3913899>.

nella *post-Dobbs Era* raccontano una storia e svelano una tradizione, quella di soggetti e di diritti non riconosciuti, di vite imbrigliate e libertà compresse in mosaici di potere che nell'insieme mostrano una serie di conseguenze potenzialmente devastanti sulla salute e vita delle persone coinvolte. Dobbs spinge pertanto a ricercare strategie di risposta nelle stesse riflessioni nelle quali le sue conseguenze si insinuano: richiede maggiori teorie critiche negli ambiti del diritto e della bioetica e al contempo una maggiore tutela nella formazione dei medici al fine di riconoscere una dimensione più olistica ed equa del concetto di salute. Una gravidanza coercitiva rappresenta nei fatti un'invadenza governativa tanto nello sviluppo del soggetto quanto nel dovere della professione medica che rimane *in primis* quello di assicurare e tutelare la salute.

È proprio dal pericolo in cui versa l'equo accesso alla salute e alle cure, quindi, che risulta necessario analizzare come le leggi restrittive abbiano colpito nella loro formazione e professione gli operatori sanitari, i quali della salute sono di fatto i garanti.

#### 4. Dobbs: le conseguenze su educazione, formazione e professione dei medici

Tra le tante polarizzazioni in merito alla questione aborto, fin dalle prime battaglie negli anni Settanta, il ruolo dei medici è risultato centrale. Come evidenziato da Ziegler, l'uso di Roe da parte dei movimenti sociali ha coinvolto non solo i femminismi, ma anche le organizzazioni e associazioni di medici che hanno avallato le argomentazioni della sentenza per sostenere una pratica medica più inclusiva e deregolamentata nonché maggiore tutela sia in termini di salute per le pazienti sia in termini di professione e *privacy* personale<sup>55</sup>. Il panorama *post-Dobbs* ha posto fin da subito gli operatori sanitari dinanzi a un bivio, dividendoli tra la confusione degli obblighi legislativi, i rischi di responsabilità civile e penale e le responsabilità, convinzioni e i doveri propri della professione.

Storicamente e fin dagli albori delle leggi sull'aborto, tanto la criminalizzazione quanto l'eccessiva regolamentazione, hanno posto la classe medica in ruoli polarizzati affidando compiti che non competono loro e permettendo in alcune normative, come quella italiana, di potersi astenere da quelli di loro diretta competenza: la tutela della salute.

Il personale medico in tema di aborto si è trovato a rappresentare da un lato il garante della salute, dall'altro il "sorvegliante" di diritto e morale: polarizzazione che torna quantomai centrale. Nel mosaico della *post-Dobbs Era*, infatti, a essere minati sono gli stessi diritti degli operatori sanitari, primo fra tutti e al contempo dovere, quello di garantire la salute secondo quel principio di beneficenza e non maleficenza ancora centrale nel giuramento alla professione. Tuttavia, l'attacco alla classe medica al pari di quella contro l'autonomia e libera scelta delle pazienti ha una storia che precede la sentenza. Come constatato in precedenza, Dobbs non è un fulmine a ciel sereno così come anche l'attacco all'autonomia ed esercizio della professione medica ha una storia parallela di progressiva erosione. Sotto il mirino antiabortista, *Abortion providers* e cliniche erano stati fin da subito oggetto di attacchi e molestie, di bombardamenti mediatici, violazione della *privacy* e picchettaggi. Un caso particolare in tal senso risulta quello dell'organizzazione antiabortista *Operation Rescue*, la quale gestisce tuttora un sito web all'interno del quale vengono mappate le cliniche che forniscono cure abortive in tutto il Paese e pubblicati dossier sul personale che vi lavora, facilitando così il reperimento di informazioni per

<sup>55</sup> M. ZIEGLER, *Beyond Abortion. Roe v. Wade and the battle for Privacy*, Cambridge, 2018.



coloro che intendono boicottare, minacciare, molestare, attaccare e attentare<sup>56</sup>. Gli anni Novanta, infatti, come rilevato da Mancini, sono stati il periodo di radicalizzazione del movimento antiabortista e l'inizio del ricorso alla violenza e giustizia "privata" esplicatasi attraverso una serie di omicidi e tentati omicidi ai danni degli *Abortion providers* e in diversi stati<sup>57</sup>.

Nel 2015 il "caso *Planned Parenthood*" ha rappresentato un esempio paradigmatico del grado di rischio corso dalle cliniche abortiste e dai *providers*. Il gruppo antiabortista *Center for Medical Progress* ha promosso una massiccia campagna di disinformazione contro la *Planned Parenthood* che si trasformò concretamente in un'ondata di attacchi sia alle cliniche sia ai *providers*. L'argomento della campagna riguardava la vendita illegale di tessuto fetale da parte delle cliniche della *Planned Parenthood*, quando nei fatti esse ne consentono solo la donazione ai fini della ricerca medica e senza prevedere alcun contributo. La campagna è stata costruita *ad hoc* attraverso una società di trasporti, la *BioMax*, fondata dagli stessi membri del *Center for Medical Progress*, la quale con il compito di trasportare il tessuto fetale nei laboratori di ricerca ha registrato e poi manipolato i video degli incontri con i funzionari della *Planned Parenthood* ai fini della costruzione della campagna denigratoria. Il personale comparso nei video ha ricevuto minacce e molestie fisiche e digitali e in tutto il Paese si sono susseguite aggressioni<sup>58</sup>. Come rilevato dalle statistiche del NAF (*National Abortion Federation*), che dal 1977 si occupa di rendere pubblici i dati sugli episodi di violenza nei confronti degli *Abortion providers*, a seguito della pubblicazione e circolazione dei video il 2015 ha visto un drammatico aumento di molestie, minacce di morte, tentati omicidi e omicidi<sup>59</sup>. Inoltre, negli Stati Uniti post-Dobbs il caso è stato ripresentato attraverso la petizione, poi negata, del *Center for Medical Progress* e della *Biomax* contro la *Planned Parenthood Federation of America* sulla questione se lo scrutinio del I Emendamento possa applicarsi quando la richiesta di risarcimento danni di un querelante si basi su un discorso pubblico del convenuto, anche se il querelante fa causa in base a una legge di applicazione generale o tenta di riqualificare i danni della pubblicazione come "qualcosa di diverso"<sup>60</sup>.

A livello giuridico, il rischio corso dalle cliniche è sembrato mitigarsi quando, nel 2016, la Corte Suprema è stata chiamata a decidere sul caso della legge TRAP texana del 2013, l'*House Bill 2*, la quale imponeva oneri più stringenti ai *providers* e alle cliniche. La legge infatti prevedeva che gli *Abortion providers* operanti nelle cliniche fossero afferenti a una struttura ospedaliera distante non più di trenta miglia dalla clinica stessa e che le cliniche rispettassero gli stessi requisiti sanitari degli ambulatori chirurgici. Prima dell'entrata in vigore, furono proprio i *providers* texani a dichiararne l'incostituzionalità dinnanzi alla Corte Federale Distrettuale ottenendone la sospensione. Pochi giorni dopo, tuttavia, la Corte del V circuito ne ha permesso l'entrata in vigore, provocando una serie di chiusure delle cliniche in tutto lo Stato. Un altro gruppo di *providers* è ricorso pertanto alla Corte Federale Distrettuale e il caso è

<sup>56</sup> <https://abortiondocs.org> (ultima consultazione 22/06/2023).

<sup>57</sup> S. MANCINI, *op. cit.*, 2021.

<sup>58</sup> <https://www.nytimes.com/2015/07/22/opinion/the-campaign-of-deception-against-planned-parenthood.html> (ultima consultazione 22/06/2023).

<sup>59</sup> National Abortion Federation, *2015 Violence and Disruption Statistics*, disponibile al link <https://pro-choice.org/wp-content/uploads/2015-NAF-Violence-Disruption-Stats.pdf>.

<sup>60</sup> *Petition No. 22-1168*, disponibile al link <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/22-1168.html>.

infine giunto alla Corte Suprema la quale, nella decisione *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*<sup>61</sup>, basandosi sull'analisi delle evidenze scientifiche (*evidence based*), dei dati concreti e dell'impatto effettivamente avuto dalla legge ne ha dichiarato infine l'incostituzionalità<sup>62</sup>.

Un fattore di cambiamento concreto e alla base dell'attuale "successo *pro-life*" è avvenuto, come dimostrato dalla *Task Force* del South Dakota, proprio con l'abbandono dell'atteggiamento fondamentalista e facendo del linguaggio scientifico e di quell'*evidence based* il proprio linguaggio. Un contratto più formale in tal senso è rappresentato dalla diffusione delle cliniche antiabortiste aperte in molti stati, le c.d. *CPC (Crisis Pregnancy Centers)*. Tali centri risultano spesso a carattere religioso e formati da personale non medico, i quali forniscono tuttavia "informazioni" veicolate come scientifiche con lo scopo di convincere le donne intenzionate ad abortire a rinunciarvi per la tutela della propria salute. Vengono infatti elencati i presunti rischi connessi alla sindrome post-aborto, a farmaci e interventi abortivi, nonché presentati gli anticoncezionali come dispositivi abortivi<sup>63</sup>. Nell'*Issue Brief* dell'ottobre 2022, a seguito della sentenza *Dobbs*, l'*ACOG (American College of Obstetrician and Gynecologists)* si esprime pubblicamente sulle *CPC* definendole cliniche che si occupano di salute riproduttiva quando in realtà hanno come obiettivo quello di dissuadere le persone dall'accedere ad aborto e tecniche contraccettive. Inoltre, in quanto le cliniche non sono soggette a regolamentazione nazionale e federale, ovvero non sono soggette all'*HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act)*<sup>64</sup>, viene sottolineato come il personale operante non sia tenuto a rispettare la regolamentazione, fornire informazioni scientificamente corrette, potendo oltretutto diffondere i dati personali delle persone che vi si rivolgono<sup>65</sup>. Stando al Rapporto del *CCDH (Center for Countering Digital Hate)*, dal settembre 2021 Google ha guadagnato 2,6 milioni di dollari dalla pubblicità delle *CPC*. Stando ai risultati del rapporto, il 71% delle cliniche si avvale di mezzi ingannevoli presentandosi come cliniche abortive e per la salute sessuale e riproduttiva e il 40% di queste fornisce informazioni antiscientifiche come, per esempio, il legame tra aborto e cancro e la reversibilità della pillola abortiva. Secondo le analisi, tra i risultati di ricerca sulle cliniche abortive in *Google search* il 28% degli annunci negli Stati dove vigono *Trigger Law* riguardano cliniche false, mentre il 37% per quanto riguarda *Google Maps*<sup>66</sup>. Con lo sviluppo delle tecnologie digitali la situazione è pertanto drasticamente peggiorata richiedendo di prestare maggiore attenzione allo sviluppo di *cyberlaws* che si prestino a una vera tutela della *privacy* e sicurezza per i *providers* e alla veridicità delle informazioni diffuse. I casi sopracitati mostrano quel nesso che intercorre tra diritto all'aborto e diritto all'informazione, nonché i rischi corsi dalle cliniche abortiste e dagli *Abortion providers* soggetti a veri e propri boicottaggi tanto fisici quanto digitali.

<sup>61</sup> 579 US (2016).

<sup>62</sup> A. BARAGGIA, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1/2017.

<sup>63</sup> E. GRANDE, *op. cit.*

<sup>64</sup> J. BURNETTE, M.R. DIX, N.B. FISHMAN, E.F. HODGE, S.S. WELCH, *Providing Healthcare in a Post-Dobbs America Presents Evolving Challenges*, 18 Agosto 2022 disponibile al link [https://www.akerman.com/en/perspectives/providing-healthcare-in-a-post-dobbs-america-presents-evolving-challenges.html#\\_ftn1](https://www.akerman.com/en/perspectives/providing-healthcare-in-a-post-dobbs-america-presents-evolving-challenges.html#_ftn1).

<sup>65</sup> ACOG, *Issue Brief: Crisis Pregnancy Centers*, ottobre 2022.

<sup>66</sup> CCDH, *Profiting from deceit. How Google Profits from Anti-Choice Ads distorting searches for Reproductive Healthcare*, giugno 2023.

Dal punto di vista giuridico, come precedentemente delineato, le leggi *TRAP*, pensate per colpire le cliniche abortive prevedendo restringimenti via via più onerosi, erano presenti in almeno 23 stati all'inizio del 2022<sup>67</sup>. A seguito della sentenza, gli operatori sanitari si sono ritrovati e si ritrovano tuttora dinanzi a una serie di problematiche: rischi di azioni penali, civili, amministrative e contenziosi; tensioni tra *EMTALA* (*Federal Emergency Treatment and Labor Act*), ruolo e giudizio della *FDA* (*Food and Drug Administration*) e leggi statali che limitano i servizi di salute riproduttiva; tensione tra leggi statali restringenti, *privacy* del paziente e *HIPAA*, nonché a radicali cambiamenti sulla propria formazione accademica e sulla propria sicurezza individuale. In particolare, l'*EMTALA* è una legge federale che richiede agli ospedali partecipi del *Medicare* un pronto soccorso in cui controllare e stabilire le emergenze e nel caso di constatata emergenza che forniscano il giusto trattamento. Come sottolineano Cohen, Donley e Rebouché «potrebbe impedire i divieti statali sull'aborto che non prevedono eccezioni»<sup>68</sup>, tuttavia, la possibilità rimane debole in quanto dipendente dall'ennesima interpretazione: cosa sia l'emergenza medica. Una gravidanza indesiderata è un rischio per la salute psicofisica della persona gestante, ma nella maggior parte delle leggi restringenti post-Dobbs a cambiare prima della regolamentazione sull'aborto è, come si è visto precedentemente, l'interpretazione stessa della salute. Caso che risulta particolare è nuovamente quello del già citato *Senate Bill 8* che ammette l'eccezione quando si riscontra l'esistenza di un'emergenza che impedisca al medico di rispettare la legge: un'emergenza che invalidi il limite del rilevamento del battito cardiaco fetale<sup>69</sup>. In generale, occorre sottolineare che un'emergenza può essere in questo caso ignorata per motivazioni ideologiche del medico e che soprattutto non tutte le emergenze mediche sono riconoscibili immediatamente come rischiose per la vita. La confusione creata, pertanto, apre le porte all'aumento di casi di malasanità. Per ciò che concerne invece la *FDA*, la regolamentazione della pillola abortiva prevede a partire dalla pandemia l'ottenimento tramite telemedicina, ma con Dobbs gli Stati antiabortisti hanno più volte tentato di applicare divieti di telemedicina, sanzioni penali nel caso di *cross-border abortion* o, come è nei fatti accaduto, contestare direttamente il ruolo stesso della *FDA*. La problematica fin da subito riscontrata per l'aborto farmacologico è stata quella relativa allo status dei due medicinali: se bandire il misoprostolo è molto complesso in quanto approvato per una serie di trattamenti medici, l'attacco al mifepristone è al contrario potenzialmente un goal in quanto, a differenza di molti paesi europei, la *FDA* ha approvato il medicinale esclusivamente per l'aborto. Pertanto, negli Stati Uniti un *Abortion Ban* è nei fatti un *Mifepristone Ban*. Infine, l'*HIPAA* proibisce agli operatori sanitari di divulgare informazioni private del paziente, tuttavia non viene violato se le informazioni vengono richieste da un tribunale o se, come nel caso del Missouri<sup>70</sup>, viene approvata una legge che attribuisce personalità al feto,

<sup>67</sup> *Targeted Regulation of Abortion Providers*, Guttmacher Inst. (1 marzo 2023) <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/targeted-regulation-abortion-providers> (ultima consultazione 22/06/2023).

<sup>68</sup> D.S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground*, in *Columbia Law University*, 23, 1, 2023. Trad. dell'autrice.

<sup>69</sup> J. C. SUCK, *op. cit.*

<sup>70</sup> Il *Senate Bill 603* del Marzo 2021 riconosce l'*unborn child* come "resident of Missouri at the time of conception". Inoltre, nel marzo 2022 viene introdotta la possibilità di riconoscere la "responsabilità civile" per chiunque performi un aborto su un residente del Missouri o aiuti una persona del Missouri a lasciare lo Stato per ottenere un aborto. Per il testo completo <https://www.senate.mo.gov/21info/pdf-bill/intro/SB603.pdf>.

permettendo quindi a un operatore sanitario di fare rapporto diretto su una paziente sospettata di aborto<sup>71</sup>.

Le leggi restrittive post-Dobbs, come esaminato, creano non poche tensioni tra professione sanitaria, provvedimenti legislativi federali e agenzie di regolamentazione del farmaco, ma incidono profondamente anche sulla struttura della formazione accademica. Un caso peculiare che ne restituisce la portata è rappresentato dalle linee guida del *General Counsel* dell'università dell'Idaho diffuse post sentenza. Secondo le linee guida del settembre 2022, successivamente rettificata, tutti i dipendenti dell'università (compresi quelli del centro sanitario universitario) erano obbligati a non consigliare, promuovere, pubblicizzare servizi per l'aborto o per evitare il concepimento, fatta eccezione del preservativo promosso in quanto dispositivo di tutela dalle malattie sessualmente trasmissibili<sup>72</sup>.

Dunque, Dobbs cambia radicalmente la formazione, fisionomia e le competenze degli operatori sanitari riportando gli *Abortion providers* dinnanzi a un rischio materiale e concreto per la propria professione e alla tensione tra valutazione scientifica, "giusta decisione" in relazione alla salute e divieti imposti dalla legge. Inoltre, l'ampio margine di interpretazione su categorie astratte come "emergenza medica", apre le porte alla libera azione di quei medici che sulle proprie posizioni ideologiche, attribuendo valore superiore alla vita del feto, non tengono in conto e tutelano la salute della persona gestante.

### 5. After Dobbs: tra scienza e *free speech*

Come si è potuto constatare, i cambiamenti della *post-Dobbs Era* hanno investito la dimensione della salute e quella della *privacy*, della formazione della classe medica e dello stesso giudizio scientifico, ma anche della libera circolazione di informazioni. Situandosi in un mondo globalizzato, dove lo spazio pubblico è anche il *cyberspace*, Dobbs ha drasticamente evidenziato come i tradizionali meccanismi di sorveglianza siano attualmente anche quelli tecnologici e come questi si riversino su pazienti e *providers*<sup>73</sup>. L'uso dei dati digitali in casi sospetti di crimini è già ampiamente utilizzato, ma cosa significa questo quando il crimine è l'interruzione volontaria di gravidanza e i sospettati sono la persona che coscientemente desidera interromperla e il medico che di questa richiesta prende atto e che la esegue? Quando la Corte Roe ha radicato il diritto all'aborto nel diritto alla *privacy* non poteva prevedere i risvolti della rivoluzione digitale per come la conosciamo oggi: un panorama dove *privacy* appunto è anche *privacy* digitale<sup>74</sup> e dove la tutela della salute e la sicurezza passano anche per i sistemi tecnologici. All'interno del "nuovo spazio pubblico" reso possibile dalle ipersviluppate tecnologie dell'informazione, l'aborto risulta infatti una questione che chiama in causa una più diffusa disinformazione, casi

<sup>71</sup> J. BURNETTE, ET AL., *op. cit.*

<sup>72</sup> Per il testo completo <https://bloximages.chicago2.vip.townnews.com/idahopress.com/content/tncms/assets/v3/editorial/a/de/ade78cea-3df3-11ed-857a-87e7acb94b29/633236f0b6a06.pdf>.

<sup>73</sup> S. DE VIDO, «Under His Eye»: riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne a seguito della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti, in *BioLaw – Rivista di BioDiritto*, 1 ottobre 2022, (citato 24 aprile 2023); 3, 343-359.

<sup>74</sup> R. SABER, *The Impact of the Post-Dobbs Criminalization of Abortion on the Cybersecurity Ecosystem in the United States*, in *Journal of Legislation & Public Policy*, New York University, 27 marzo 2023, disponibile al link <https://nyujlp.org/quorum/saber-cybersecurity-post-dobbs/>.

di *cyberviolence*, ma anche tentativi di “resistenza” rappresentati dalle piattaforme di *digital Abortion self-help*. I divari e *bias* tecnologici, tuttavia, al pari di quelli connessi alla regolamentazione, generano altrettante barriere d’accesso e problemi giuridico-legali. In un articolo del 2020 sulla sorveglianza del “digital abortion diary”, Conti-Cook prevedeva e argomentava le possibili conseguenze della criminalizzazione in relazione alle nuove tecnologie digitali, evidenziando come in un mondo post-Roe le tracce digitali si sarebbero trasformate in prove per le indagini facilitando i procedimenti penali e migliorando la capacità di sorveglianza del governo<sup>75</sup>. Il caso del Nebraska post Dobbs ne conferma le previsioni, risultando un esempio concreto di come le forze dell’ordine possano utilizzare le comunicazioni online. Prima della sentenza Dobbs, una donna è stata indagata per aver aiutato la figlia adolescente a ottenere un aborto farmacologico. La polizia, poco prima della sentenza, ha inviato un mandato a Meta per ottenere le conversazioni scambiate tramite Facebook: la donna era stata indagata per occultamento di decesso e smaltimento di resti umani, non per aborto, pertanto Meta ha fornito quanto richiesto. Per la polizia, le conversazioni provavano che la gravidanza era oltre il limite previsto dalla legge del Nebraska (20 settimane), una legge tuttavia mai applicata durante *Roe v. Wade*. La causa è stata intentata a seguito della pronuncia della Corte Suprema del 2022: si sarebbe trattato per giunta di un’applicazione retroattiva<sup>76</sup>.

Nella *post-Dobbs Era* i dati digitali archiviati possono pertanto contribuire a criminalizzare sia coloro che tentano di ottenere un’interruzione di gravidanza, sia coloro che collaborano nella ricerca di un aborto, sia infine coloro che eseguono la procedura. Lo *Stored Communication Act*, il quale regola i fornitori di servizi di comunicazione e tutela i dati dei consumatori, prevede infatti la condivisione in caso di mandati e citazioni in giudizio. La sicurezza digitale di *Abortion seekers* e *Abortion Providers* risulta quindi specularmente a rischio: cronologie di ricerca, posizioni, *file* audio possono essere condivisi in caso di indagini. L’accesso all’aborto tramite tecnologia digitale può essere inoltre limitato imponendo di oscurare determinati contenuti, rafforzando e ampliando le possibilità di sorveglianza. Il sorvegliare e punire post-Dobbs è drammaticamente emerso con l’aumentare degli Stati contrari all’aborto che hanno fin da subito tentato di regolamentare anche il ruolo dei *Internet Service Providers*. Una proposta di legge del South Carolina, presentata appena quattro giorni dopo la sentenza, prevedeva per esempio la criminalizzazione non solo delle procedure abortive, ma anche della diffusione di informazioni per ottenere un aborto attraverso qualsiasi forma di comunicazione<sup>77</sup>.

Il pericolo delle sopracitate *Zombie Laws* unitariamente al pericolo per il mondo di Internet ha infine preso corpo quando, nel marzo 2023, il gruppo cristiano conservatore *Alliance Defending Freedom* ha mosso causa alla FDA sull’approvazione del mifepristone giudicandone l’approvazione e la distribuzione tramite telemedicina come un travalicamento dell’autorità dell’agenzia di regolamentazione del

<sup>75</sup> C. CONTI-COOK, *Surveilling the Digital Abortion Diary*, in *University of Baltimore Law Review*, 50, 1, Article 2, disponibile al link <https://scholarworks.law.ubalt.edu/ubl/vol50/iss1/2>.

<sup>76</sup> <https://www.nytimes.com/2022/08/18/us/abortion-prosecution-nebraska.html> (ultima consultazione 26/04/2023); <https://www.vice.com/en/article/n7zevd/this-is-the-data-facebook-gave-police-to-prosecute-a-teenager-for-abortion> (ultima consultazione 06/10/2023); R. HORTON, *iSPY someone getting an abortion: the use of personal data in the post-Dobbs Era*, in *Boston College Intellectual Property and Technology Forum*, 24 luglio 2023, 1-28.

<sup>77</sup> NRLC (National Right to Life Committee), *Post-Roe Model Abortion Law* disponibile al link <https://www.nrlc.org/wp-content/uploads/NRLC-Post-Roe-Model-Abortion-Law-FINAL-1.pdf>.

farmaco. La causa, presentata ad Amarillo in Texas, è stata giudicata dal giudice federale Matthew Kacsmaryk, noto antiabortista, il quale ha sostenuto il divieto di distribuzione invocando il *Comstock Act* originariamente approvato nel 1873 poi confluito, sotto l'amministrazione Clinton, nel *Telecommunications Act* del 1996. Le leggi Comstock vietavano commercio e circolazione di letteratura oscena, articoli di uso immorale e criminalizzavano qualsiasi uso del servizio postale degli Stati Uniti per inviare contraccettivi, farmaci abortivi, giocattoli sessuali, lettere personali con qualsiasi contenuto o informazione sessuale e qualsiasi informazione riguardante le suddette questioni. Sebbene in molta parte dichiarate incostituzionali, come le clausole contraccettive rimosse nel 1971, nella parte sull'aborto la legge è rimasta semplicemente inapplicata durante i cinque decenni di *Roe v. Wade* senza essere tuttavia mai formalmente abrogata<sup>78</sup>. L'uso della norma da parte di Kacsmaryk nella sua decisione è stato invocato in collegamento e per l'applicazione al diritto delle telecomunicazioni: sostanzialmente contro la telemedicina che consente la spedizione di mifepristone per posta<sup>79</sup>.

Il Dipartimento di Giustizia a seguito della decisione si è rivolto alla Corte d'Appello del Quinto Distretto, di assetto altrettanto conservatore dopo le nomine dell'amministrazione Trump. La Corte, pur confermandone la possibilità di vendita, ha in parte accolto le richieste del giudice texano riportandone l'acquisto a seguito di un consulto medico in presenza, vietandone la spedizione a casa e rendendone possibile la prescrizione solo entro le prime sette settimane. Il caso Mifepristone è giunto infine davanti alla Corte Suprema che ha bloccato la sentenza del Texas accogliendo il ricorso presentato dalla *Danco Laboratories* (azienda che produce mifepristone) e l'amministrazione Biden. Il caso Texas, minando l'autorità della FDA, avrebbe potuto comportare pesanti conseguenze anche per gli Stati in cui l'aborto è legale<sup>80</sup>. Inoltre, sempre nello Stato del Texas il rappresentante di Stato Steve Toth ha presentato un disegno di legge, l'*House Bill 2690*, noto come *Women and Child Safety Act*, che impone sanzioni civili e penali per azioni relative alla fornitura di farmaci che inducono l'aborto e la facilitazione degli aborti. Il disegno di legge prende di mira anche i fornitori di servizi Internet (ISP), *provider* di primo livello che forniscono servizi *web*, *software*, posta elettronica e *browser* richiedendo loro di bloccare l'accesso a tali materiali<sup>81</sup>.

L'intera vicenda Texas rivela come le legislature statali possono muoversi per applicare elementi della disposizione Comstock agli ISP configurando un'ennesima conseguenza della *post-Dobbs Era*: il dubbio destino del *free speech*, della libera informazione e della sicurezza online. Contrariamente, un esempio positivo, tanto da configurare nel mosaico della *post-Dobbs Era* una *best practice* in tal senso, è rappresentato dal *Bill 1242*<sup>82</sup> promulgato dallo Stato della California a tutela dei diritti riproduttivi e contenente non a caso un focus specifico in relazione al panorama digitale. La legislazione, infatti, più stringente rispetto a una qualsiasi legge sulla *privacy*, tutela da azioni penali coloro che accedono ai

<sup>78</sup> <https://nyujlpp.org/quorum/otachliska-free-speech-post-dobbs/> (ultima consultazione 26/04/2023).

<sup>79</sup> <https://www.wired.com/story/abortion-pill-comstock-free-speech-internet/> (ultima consultazione 27/04/2023).

<sup>80</sup> [https://www.nytimes.com/live/2023/04/21/us/abortion-pill-supreme-court?campaign\\_id=190&emc=edit\\_ufn\\_20230421&instance\\_id=90801&nl=from-the-times&req\\_id=211113108&segment\\_id=131061&te=1&user\\_id=51b4fa9586c2fe3c1e14d169ae239b43](https://www.nytimes.com/live/2023/04/21/us/abortion-pill-supreme-court?campaign_id=190&emc=edit_ufn_20230421&instance_id=90801&nl=from-the-times&req_id=211113108&segment_id=131061&te=1&user_id=51b4fa9586c2fe3c1e14d169ae239b43) (ultima consultazione 27/04/2023).

<sup>81</sup> *House Bill 2690*, disponibile in <https://capitol.texas.gov/tlodocs/88R/billtext/pdf/HB026901.pdf#navpanes=0>.

<sup>82</sup> *Bill 1242*, disponibile al link [https://leginfo.ca.gov/faces/bill-NavClient.xhtml?bill\\_id=202120220AB1242](https://leginfo.ca.gov/faces/bill-NavClient.xhtml?bill_id=202120220AB1242).

servizi per l'aborto all'interno dello Stato, impedendo la condivisione di dati digitali al di fuori dello Stato o l'assistenza alle forze dell'ordine in indagini sugli aborti. Inoltre, le forze dell'ordine impegnate in tali indagini non possono notificare mandati alle società tecnologiche con sede in California (Google per esempio)<sup>83</sup>.

In accordo con Stepanovich, al fine di implementare le pratiche di sicurezza informatica, andrebbe adottato «un approccio umano ai profili di rischio per la sicurezza informatica che ponga l'accento sui principi di inclusività»<sup>84</sup> poiché «la sicurezza digitale, sebbene spesso isolata nell'analisi accademica, è in realtà indissolubilmente legata alla sicurezza fisica, emotiva, sessuale ed economica»<sup>85</sup>, in questo caso alla salute. Come affermano Meister e Levy «la *privacy* digitale è la sicurezza fisica in questi scenari, e isolarla nell'analisi, senza tener pienamente conto del suo contesto e dei suoi effetti più ampi, impoverisce necessariamente la ricerca e il diritto»<sup>86</sup>. L'approccio inclusivo, anziché concentrarsi sui rischi potenziali in cui incorre l'organizzazione, considera i rischi corsi dall'utente con un particolare riguardo per coloro che sono colpiti dalle leggi repressive. Nella *post-Dobbs Era* è pertanto necessario ripensare metodi di tutela degli individui, collettività, comunità colpite che coinvolgano anche la tutela e sicurezza digitale.

Oltre le conseguenze che colpiscono pazienti e providers le leggi post-Dobbs impattano radicalmente anche sulla condizione e organizzazione di luoghi di informazione come, per esempio, le biblioteche. In linea con le disposizioni precedentemente viste per lo Stato dell'Idaho riguardo i dipendenti universitari, l'Oklahoma si è concentrata sul sistema bibliotecario pubblico. In Oklahoma l'interruzione volontaria di gravidanza risultava già indisponibile pochi mesi prima di Dobbs con la ratifica di un disegno di legge che vietava l'aborto dopo la sesta settimana ammettendo, sulla scia della disposizione texana, la possibilità di intentare cause civili private. Immediatamente dopo la sentenza Dobbs, rendendo effettiva la *Trigger Law*, l'Oklahoma è giunta a un divieto totale di aborto ripristinando una legge del 1910 che criminalizza l'aborto, eccezione fatta per salvare la vita della madre, aumentando le pene previste fino a dieci anni di carcere<sup>87</sup>. A luglio 2022 una *e-mail* del *MLS – Metropolitan Library System* dell'Oklahoma ha informato i dipendenti bibliotecari pubblici di evitare la parola aborto e non assistere i richiedenti nella ricerca di informazioni attraverso i dispositivi bibliotecari, in quanto avrebbero potuto essere considerati legalmente responsabili ai sensi delle nuove direttive e sanzioni previste dalla legge antiaborto: multe, carcere e cessazione del rapporto lavorativo. In seguito alla confusione creata, le linee guida sono state poi aggiornate regolamentando che i dipendenti possono dare informazioni su aborto e legislazione, astenendosi tuttavia dal manifestare un'opinione in merito<sup>88</sup>. Il caso

<sup>83</sup> R. HORTON, *op. cit.*

<sup>84</sup> A. STEPANOVICH, *A Case for an Inclusive Approach to Data Security in a Post-Roe World*, in M. LETA JONES, A. LEVENDOWSKI, *Feminist Cyberlaw*, disponibile al link <https://medium.com/@astepanovich/a-case-for-an-inclusive-approach-to-data-security-in-a-post-roe-world-778dff1736c2>. Trad. dell'autrice.

<sup>85</sup> M. MEISTER, K. LEVY, *Digital Security and reproductive rights: lessons for feminist cyberlaw*, in M. LETA JONES, A. LEVENDOWSKI (a cura di), *Feminist Cyberlaw*, disponibile al link <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4262774>. Trad. dell'autrice.

<sup>86</sup> M. MEISTER, K. LEVY, *op. cit.* Trad. dell'autrice.

<sup>87</sup> Per il caso *Trigger Bans* dello Stato dell'Oklahoma consultare: *House Bill 4327*; *Senate Bill 1503*; *Senate Bill 612*.

<sup>88</sup> <https://www.vice.com/en/article/4axwqw/oklahoma-threatens-librarians-dont-use-the-word-abortion>; <https://ktul.com/news/local/abortion-policy-at-oklahoma-library-system-larry-white-contraception-conception-fetus-pregnant-roe-v-wade-vs-laws-law-metropolitan>;

Oklahoma ha rappresentato perfettamente anche la trasformazione delle biblioteche pubbliche in un campo di battaglia culturale che mina, tuttavia, le fondamenta del I emendamento: discorsi che includono informazioni fattuali e veritiere, infatti, che siano in forma di libri di testo e articoli, opuscoli informativi cartacei e online, siti web, ricerche scientifiche e accademiche, costituiscono un'espressione tutelata. Pertanto, le leggi che regolano i discorsi relativi all'aborto probabilmente non sopravviverebbero a uno scrutinio costituzionale data la tutela prevista dal primo emendamento.

Come si è delineato dagli esempi sopracitati e in accordo con Busatta, la tematica dell'aborto interseca in modo molto ampio tutta una serie di diritti costituzionalmente riconosciuti e questioni rilevanti che vanno appunto al di là dell'aborto in sé: dal concetto di salute alla relazione medico-paziente, dalla libertà di coscienza alla diffusione e disponibilità di informazioni, dalla libertà religiosa alla libera manifestazione del pensiero<sup>89</sup>. La situazione delinea pertanto non solo il pericolo in cui incorrono l'accesso all'aborto, il diritto alla salute e alla *privacy* delle pazienti e il riconoscimento dei diritti riproduttivi in quanto diritti umani, ma anche i rischi in cui incorrono i sistemi di regolamentazione del farmaco e lo stesso giudizio scientifico sulla sicurezza di un farmaco, la tutela della *privacy* e sicurezza di *providers* e cliniche e, infine, il *free speech* e il libero accesso alle informazioni digitali e non.

## 6. Conclusioni

Nella *post-Dobbs Era* le persone che ricercano un aborto, fisicamente o digitalmente, si trovano in un'estrema posizione di vulnerabilità. La limitazione dell'*agency* e dell'equo accesso alla salute mostra il grado di rischio corso dalle persone gestanti, rafforzando inoltre già consolidate discriminazioni. La reiterata preoccupazione demografica dello Stato, infatti, dà luogo a una "nuova" giustificazione del monitoraggio della riproduzione e all'utilizzo di nuove retoriche e nuovi dispositivi per raggiungere tale fine. Posizione, uso delle cronologie di ricerca e comunicazioni scambiate telefonicamente o tramite siti web possono configurarsi come prove incriminanti, quando già precedentemente avevano mostrato il grado di rischio causato a cliniche e *Abortion providers*. L'innovazione biomedica e farmaceutica da un lato e quella delle tecnologie dell'informazione dall'altro, se hanno contribuito a denazionalizzare e deterritorializzare la sfera riproduttiva, hanno al contempo permesso una riformulazione dei discorsi conservatori, i quali hanno iscritto nei propri circuiti le stesse rivendicazioni di diritti proprie delle battaglie degli anni Settanta: vietare l'aborto è una questione di tutela della salute, tutela delle donne, giustizia sociale e razziale.

L'aborto farmacologico in particolare, il quale ha rappresentato una delle scoperte più importanti dai tempi della pillola contraccettiva negli anni Sessanta, si è configurato come il terreno di una battaglia che non coinvolge solo gli Stati Uniti. La rivoluzione delineata da mifepristone e misoprostolo, infatti, ha fin da subito incontrato innumerevoli resistenze a livello globale che ne hanno minato accessibilità, disponibilità e diffusione, anche attraverso un pesante dibattito sui confini tra contraccezione e aborto e date le possibilità aperte dalla telemedicina. Le problematiche e questioni che investono gli Stati

---

<https://eu.oklahoman.com/story/news/politics/2022/07/22/okc-library-workers-now-have-guidelines-on-giving-abortion-information/65379342007/> (ultima consultazione 23/06/2023).

<sup>89</sup> L. BUSATTA, *Libero mercato delle idee e diritto alla verità: sui limiti alla libera manifestazione del pensiero in materia di aborto*, in *BioLaw – Rivista di BioDiritto*, 18 marzo 2023 (citato 6 ottobre 2023); 1, 271-289.



Uniti post-Dobbs illustrano pertanto con evidente chiarezza quell'inseparabilità che intercorre tra sicurezza fisica e digitale conseguente lo sviluppo tecnologico attuale, spingendo a ripensare salute e *privacy* in un'ottica intersezionale.

Come si è visto, Dobbs pone non poche problematiche sia per quanto concerne la salute in quanto diritto, sia per una serie di altri diritti quali il diritto di movimento, di libera circolazione di persone, farmaci e informazioni e il *free speech*. La rinnovata criminalizzazione nello spazio digitale e le apparentemente deboli tutele che possono essere messe in atto spingono a ripensare la necessità di ricalibrare anche le riflessioni accademiche in un dialogo interdisciplinare che tenga conto delle conseguenze multilivello di interpretazioni costituzionali che possono minare il mondo del diritto nazionale e federale, scontrandosi oltretutto con quello internazionale, ma che impattano *in primis* e su più fronti il contesto sociale.

L'offensiva ai diritti riproduttivi non colpisce solo la salute delle persone che cercano un aborto ma, come si è potuto constatare, i fornitori individuali, le cliniche, coloro che aiutano nella ricerca, le agenzie di regolamentazione del farmaco e quelle farmaceutiche, il giudizio scientifico e la libertà di informazione. Le minacce agli *Abortion providers*, le campagne di disinformazione, l'abbassamento dello standard della salute, l'aumento delle discriminazioni e il ruolo delle tecnologie digitali mostrano pertanto l'interdipendenza di tutte le parti coinvolte. In conclusione, affinché sia davvero possibile un pieno accesso e godimento di una equa *Reproductive Healthcare* è necessario ripensare salute e *privacy* attraverso un approccio più olistico che interconnetta *privacy* e sicurezza digitale con salute e sicurezza personale.

## Sfide etiche e prospettive regolamentari degli organoidi a partire dai risultati di un *Deliberative Workshop*

Emma Capulli, Mario Picozzi\*

ETHICAL CHALLENGES AND REGULATORY PERSPECTIVES OF ORGANOIDS FROM THE RESULTS OF A *DELIBERATIVE WORKSHOP*

**ABSTRACT:** The article explores some of the issues that arise regarding the use of organoids in clinical and research settings. After introducing the theme of using democratic participation tools in biotechnological contexts, the text addresses some of the main bioethical and biojuridical issues related to organoids through the discussion of the results of a *Deliberative Workshop* conducted within the *Hybrida* project – *Embedding a comprehensive ethical dimension in organoid-based research and resulting technologies*.

**KEYWORDS:** Organoids; cerebral organoids; participatory democracy; deliberative workshop; bioethics

**ABSTRACT:** L'articolo esplora alcune delle questioni che emergono rispetto all'utilizzo degli organoidi in ambito clinico e di ricerca. Dopo aver introdotto il tema dell'utilizzo di strumenti di partecipazione democratica in ambito biotecnologico, il testo affronta alcune delle principali questioni bioetiche e biogiuridiche che riguardano gli organoidi attraverso la discussione dei risultati di un *Deliberative Workshop* svolto nell'ambito del progetto *Hybrida* – *Embedding a comprehensive ethical dimension in organoid-based research and resulting technologies*.

**PAROLE CHIAVE:** Organoidi; organoidi cerebrali; partecipazione democratica; *deliberative workshop*; bioetica

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Cosa sono gli organoidi e qual è lo stato di avanzamento della ricerca – 3. Il progetto *Hybrida* e il *Deliberative Workshop* sugli organoidi – 3.1. Premesse: deliberativismo e sviluppo biotecnologico – 3.2. Metodologia e obiettivi del *Deliberative Workshop* – 4. Risultati del *Deliberative Workshop* e discussione – 4.1. Concettualizzazione degli organoidi – 4.1.1. *Status* morale degli organoidi e la specificità degli organoidi cerebrali – 4.1.2. Organoidi cerebrali, animali non umani e ricerca scientifica – 4.2. Il consenso informato –

---

\* Emma Capulli: assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Mediche e Chirurgiche dell'Università di Bologna. Mail: [emma.capulli2@unibo.it](mailto:emma.capulli2@unibo.it); Mario Picozzi: professore associato presso il Dipartimento di Biotecnologie e Scienze della Vita dell'Università dell'Insubria. Mail: [mario.picozzi@uninsubria.it](mailto:mario.picozzi@uninsubria.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

4.3. Commercializzazione e giustizia redistributiva – 4.4. Governance, supervisione etica e possibili usi impropri – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

**N**egli ultimi anni, la ricerca biomedica sugli organoidi ha visto sviluppi tanto importanti da rendere urgente una riflessione etica su questa nuova biotecnologia e sulle possibilità che aprirà in ambito medico e di ricerca. In questi ambiti diventa sempre più importante creare un dialogo tra scienza e società per cercare di favorire sia una ricerca condotta in linea con le istanze della cittadinanza, sia la sua accettazione a lungo termine. Di seguito verrà prima introdotto il tema degli organoidi e l'attuale stato di avanzamento della ricerca e successivamente verrà presentato il *Deliberative Workshop* condotto nel contesto del progetto *Horizon Hybrida*<sup>1</sup>, il quale verrà inquadrato all'interno delle pratiche di democrazia partecipativa. Infine, verranno riportati e discussi i risultati del *workshop* al fine di esporre alcune delle principali controversie etiche e giuridiche che gli organoidi sollevano, illustrare la prospettiva del pubblico sulle stesse e proporre alcune prospettive regolamentari.

## 2. Cosa sono gli organoidi e qual è lo stato di avanzamento della ricerca

Gli organoidi possono essere definiti come: «una struttura tridimensionale derivata da cellule staminali (pluripotenti), progenitrici e/o differenziate che si auto-organizzano attraverso interazioni cellula-cellula e cellula-matrice per riprodurre *in vitro* aspetti dell'architettura e della funzione del tessuto originario»<sup>2</sup>. Gli organoidi sono quindi strutture cellulari tridimensionali che replicano organi e tessuti umani. Queste strutture cellulari sono coltivate *in vitro* a partire da tre principali tipologie di cellule staminali: le cellule staminali pluripotenti indotte (iPSCs), le cellule staminali adulte (AdSCs; note anche come cellule staminali tissutali) e le cellule staminali embrionali (ESC). In presenza di specifici fattori di crescita le cellule si organizzano e si distribuiscono – ripercorrendo il processo di organogenesi – fino ad assumere una conformazione tridimensionale. Il risultato si presenta in modelli cellulari tridimensionali che, sebbene strutturalmente meno complessi degli organi umani *in vivo*, ne riproducono struttura e funzioni<sup>3</sup>.

Marsee e colleghi sottolineano che la definizione di organoidi dovrebbe essere riservata alle strutture derivate da cellule primarie che conservano le variazioni tra gli individui. Al contrario, non dovrebbero rientrare in questa categoria i sistemi derivati da linee cellulari che hanno subito numerosi passaggi *in vitro* e hanno acquisito caratteristiche standardizzate<sup>4</sup>. Gli studiosi suddividono gli organoidi in tre

<sup>1</sup> Project EU 101006012 “*Embedding a comprehensive ethical dimension to organoïd-based research and resulting technologies (YBRIDA)*” Call Identifier: H2020-SwafS-2020-1 (Science with and for Society), Topic: SwafS-28-2020. Coordinator Jan Helge Solbakk, University of Oslo (Norway).

<sup>2</sup> A. MARSEE ET AL., *Building on definition and nomenclature of hepatic, pancreatic, and biliary organoids*, in *Cell Stem Cell*, 28, 2021, 817. Liberamente tradotto da: «a three-dimensional structure derived from (pluripotent) stem cells, progenitor, and/ or differentiated cells that self-organize through cell-cell and cell-matrix interactions to recapitulate aspects of the native tissue architecture and function *in vitro*».

<sup>3</sup> E. CAPULLI, *Gli organoidi e la biomedicina del futuro: dilemmi etici e domande aperte*, in *Websalute Magazine*.

<sup>4</sup> A. MARSEE ET AL., *op. cit.*, 816-832.

gruppi in base a caratteristiche specifiche. Il primo gruppo è quello degli organoidi epiteliali, che derivano da un singolo strato germinativo e hanno la capacità di auto-rinnovarsi in appropriate condizioni di coltura. Il secondo è quello degli organoidi multi-tessuto, i quali si formano attraverso la co-coltura di cellule derivate da almeno due strati germinali che interagiscono per raggiungere un livello stabile di maturità e funzionalità. Infine, il terzo gruppo è quello degli organoidi multi-organo, formati da cellule provenienti da organi diversi che riproducono il modello di auto-organizzazione dello sviluppo inter-organo<sup>5</sup>.

Allo stadio di avanzamento attuale sussistono ancora forti limiti allo sviluppo degli organoidi, che raggiungono una grandezza massima di pochi millimetri. La principale difficoltà è rappresentata dal reperimento di ossigeno e nutrienti. Per questo la ricerca biomedica si sta concentrando sullo sviluppo di meccanismi che permettano di migliorarne la vascolarizzazione e l'innervazione, al fine di rendere sempre più realistiche le loro condizioni di sviluppo<sup>6</sup>. Attualmente sono già stati sviluppati vari tipi di organoidi che presentano una stretta somiglianza con gli organi reali in termini di struttura e funzioni. Queste ricerche stanno rivoluzionando lo studio della biologia, consentendo l'osservazione dei processi di embriogenesi di organi come il cervello, il fegato o il pancreas. Questa possibilità di coltura dei tessuti fornisce ai ricercatori una visione dettagliata di come gli organi si formano e crescono, offrendo informazioni non solo sullo sviluppo umano, ma anche sull'evoluzione delle malattie, tra cui malattie infettive, disturbi genetici ereditabili e il cancro<sup>7</sup>.

In futuro gli organoidi potrebbero migliorare notevolmente la comprensione della predisposizione alle malattie e consentire lo sviluppo di terapie più efficaci per specifici gruppi di pazienti<sup>8</sup>. Inoltre, la possibilità di utilizzare gli organoidi per scopi sperimentali potrebbe rappresentare un'alternativa più etica ai test su animali non umani<sup>9</sup>. Si prospettano nuovi sviluppi anche sul versante della medicina personalizzata: gli organoidi derivati da un paziente potranno essere usati sia per prevedere la risposta di quel particolare individuo ai farmaci sia come risorsa per la medicina rigenerativa<sup>10</sup>. Inoltre, si è ipotizzato che gli stessi potranno essere usati per la creazione di organi da usare a fini di trapianto<sup>11</sup>.

### 3. Il progetto *Hybrida* e il *Deliberative Workshop* sugli organoidi

#### 3.1. Premesse: deliberativismo e sviluppo biotecnologico

La materia in esame è ancora oggetto di riflessione e non sono ancora state elaborate regolamentazioni specifiche. Alcuni riferimenti normativi esistenti come le linee guida della *International Society*

<sup>5</sup> A. MARSEE ET AL., *op. cit.*, 818.

<sup>6</sup> V. MOLLAKI, *Ethical Challenges in Organoid Use*, in *BioTech*, 10, 12, 2021.

<sup>7</sup> J. BARBUZANO, *Organoids: A new window into disease, development and discovery*, in *Harvard Stem Cell Institute*, 2017.

<sup>8</sup> T. RAVN ET AL., *Public perceptions and expectations: Disentangling the hope and hype of organoid research*, in *Stem Cell Reports*, 18, 2023, 841.

<sup>9</sup> D. DE JONGH, *Organoids: a systematic review of ethical issues*, in *Stem Cell Research & Therapy*, 13, 337, 2022, 2; V. MOLLAKI, *op. cit.*, 2.

<sup>10</sup> S. BARTFELD, *Realizing the potential of organoids—an interview with Hans Clevers*, in *J Mol Med*, 99, 2021, 443-447.

<sup>11</sup> V. MOLLAKI, *op. cit.*, 2.

for Stem Cell Research (ISSCR) o le normative sulla conservazione del DNA e del materiale biologico umano nelle biobanche possono fornire un supporto etico valido<sup>12</sup>. Nonostante ciò, la delicatezza delle questioni trattate, le specificità di alcuni tipi di organoidi (ad esempio quelli cerebrali) e i particolari usi che di questi possono essere fatti rendono necessari documenti normativi *ad hoc*. L'ambito qui trattato, la cui ricerca è ancora in corso e il quadro normativo in evoluzione, si presenta come il terreno adeguato in cui adottare un approccio di *ethics by design*. Quest'ultimo prevede l'anticipazione dei problemi che potranno porsi con lo sviluppo di nuove tecnologie e l'applicazione di principi etici non solo al termine di una ricerca, ma in tutto il processo di sviluppo, in modo che le problematiche etiche possano essere rilevate e affrontate il prima possibile. In questa direzione, gli strumenti di democrazia partecipativa possono svolgere un importante ruolo. Essi, infatti, favoriscono un dialogo costruttivo tra la società civile e la comunità scientifica, garantendo che l'accettazione sociale accompagni la riflessione etica e le riforme giuridiche<sup>13</sup>.

Prima di proseguire un chiarimento si rende necessario in merito a cosa si intende con democrazia partecipativa e a quale rapporto intrattiene con la democrazia deliberativa. Esistono diverse e tra loro confliggenti teorie rispetto al rapporto che lega democrazia deliberativa e partecipativa. Ai fini di questa riflessione si condivide la proposta di Bifulco, secondo il quale la democrazia deliberativa rappresenta il presupposto teorico della democrazia partecipativa<sup>14</sup>. Secondo l'autore, sebbene esistano molteplici versioni di democrazia deliberativa, queste sono accumulate da due requisiti: «il carattere deliberativo dei processi decisionali e l'inclusività degli stessi»<sup>15</sup>. Il primo requisito richiede che i processi decisionali siano il frutto di deliberazioni, quindi di uno scambio di argomentazioni offerte da e ai/alle partecipanti nel rispetto dei valori della razionalità e dell'imparzialità. Il secondo requisito richiede che ai processi decisionali partecipino tutti coloro che saranno interessati dalla decisione finale o i loro rappresentanti<sup>16</sup>. A essere inclusi nella deliberazione non sono quindi solo i portatori di "interessi costituiti", economici o materiali, ma tutti gli individui potenzialmente coinvolti da un problema (cd.

<sup>12</sup> V. MOLLAKI, *op. cit.*; E. FERIOLI, M. PICOZZI, *La conservazione del materiale biologico finalizzato alla ricerca scientifica: questioni giuridiche e riflessioni etiche sulle biobanche*, in *Medicina E Morale*, 2011, 60, 4, <https://doi.org/10.4081/mem.2011.159>.

<sup>13</sup> Il rinnovato interesse per questi strumenti può essere ricondotto alla crisi della democrazia rappresentativa, poiché sono sempre più esplicite le «disfunzioni originarie» di un concetto che si riduce sul piano pratico al solo momento di designazione della rappresentanza. Inoltre, la globalizzazione richiede processi deliberativi sempre più transnazionali, depotenziando quelli territoriali. Cfr: U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 3, 2006, 2.

<sup>14</sup> R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa. Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive"*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in *Rivista Astrid*, 2009, 2.

<sup>15</sup> R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa. Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive"*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in *Rivista Astrid*, 2009, 3.

<sup>16</sup> I requisiti vengono estrapolati dalla definizione di J. ELSTER: «The notion includes collective decision-making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives: this is the democratic part. Also, all agree that it includes decision-making by means of arguments offered by and to participants who are committed to the values of rationality and impartiality: this is the deliberative part»: R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa. Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive"*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in *Rivista Astrid*, 2009, 3, nota 7. Cfr anche G. RAGONE, *op. cit.*, 373.

“stakeholders”) al di là dei ruoli istituzionali o delle situazioni giuridiche soggettive<sup>17</sup>. Altra importante caratteristica riguarda il momento in cui avviene il coinvolgimento, che «può riguardare non solo la fase decisionale vera e propria ma anche quella precedente e quella successiva»<sup>18</sup>.

È sullo sfondo teorico del deliberativismo che le forme concrete di democrazia partecipativa si sono sviluppate, caratterizzandosi per applicabilità e concretezza, nonché per la loro eterogeneità. Gli strumenti di democrazia partecipativa sono molteplici e differiscono per procedure, presupposti e obiettivi; tra questi troviamo ad esempio le *consensus conferences*, i *focus groups* o i *deliberative polls*<sup>19</sup>. Sempre seguendo la ricostruzione operata da Bifulco, le diverse forme di democrazia partecipativa si caratterizzano per due elementi distintivi. Il primo è permettere che tutti coloro che sono interessati da una decisione pubblica possano esprimere una opinione nel merito; il secondo è garantire che la partecipazione non trasferisca interamente il potere decisionale in capo ai/alle partecipanti<sup>20</sup>. Data la vastità del tema, in questa sede si farà riferimento all'utilizzo della partecipazione democratica nella produzione di documenti normativi, come linee guida, leggi e regolamenti, nel campo delle biotecnologie.

Negli ultimi anni il ricorso a strumenti di democrazia partecipativa è stato oggetto di attenzione nell'ambito del *genome editing*<sup>21</sup>, mentre nel campo degli organoidi questo tipo di coinvolgimento è meno discusso. Tuttavia, la sua importanza può essere sostenuta per una serie di motivazioni. La prima ragione è che, allo stato attuale, il paradigma utilizzato per l'utilizzo dei campioni è quello di «consentire o anonimizzare»<sup>22</sup>, approccio che è stato criticato per la sua inadeguatezza a proteggere gli interessi dei donatori che, in entrambi i casi, restano soggetti passivi della ricerca<sup>23</sup>. La seconda motivazione è che gli sviluppi futuri della ricerca sono sconosciuti, hanno un elevato profilo etico e le ricadute saranno a lungo termine e su scala globale. Si tratta quindi di uno di quegli ambiti per cui era stata ipotizzata la necessità di un «consenso sociale informato» che riflettesse l'adesione consapevole dei cittadini alle priorità, ai metodi e alle applicazioni delle ricerche biomediche<sup>24</sup>. Ulteriore rilevanza è data da una terza considerazione: il valore economico della ricerca sugli organoidi chiama in causa una serie di attori interessati allo sfruttamento monetario, che dovrebbe essere bilanciato con l'interesse dei fornitori di cellule e tessuti a intervenire rispetto alle decisioni che riguardano la redistribuzione dei benefici della ricerca. Una quarta motivazione, come sostenuto da Lensink e colleghi, è relativa al

<sup>17</sup> U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 13.

<sup>18</sup> R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa. Relazione al Convegno “La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive”*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in *Rivista Astrid*, 2009, 4.

<sup>19</sup> Per una descrizione degli strumenti menzionati si rimanda al sito: <http://actioncatalogue.eu/search>.

<sup>20</sup> R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa. Relazione al Convegno “La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive”*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in *Rivista Astrid*, 2009, 4. Su questo punto vedi anche: U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 5.

<sup>21</sup> WHO, *WHO Expert Advisory Committee on Developing Global Standards for Governance and Oversight of Human Genome Editing*, 2019; National Academies of Science, *Gene Drives on the Horizon. Advancing Science, Navigating Uncertainty, and Aligning Research with Public Values*, 2016; Global Citizens' Assembly on Genome Editing, *Connecting citizens, science and global governance*. Website: <https://www.globalca.org/>.

<sup>22</sup> M. LENSINK ET AL., *Responsible use of organoids in precision medicine: the need for active participant involvement*, in *The Company of Biologists*, 147, 2020, 1.

<sup>23</sup> M. LENSINK ET AL., *op. cit.*, 1.

<sup>24</sup> C. FLAMIGNI, *Sul consenso sociale informato*, in *Biolaw Journal*, 2, 2017, 201.

fatto che la «combinazione della ricerca basata sulle biobanche di organoidi e la medicina di precisione sfumano i tradizionali confini tra il dominio della ricerca biomedica e quello della cura clinica»<sup>25</sup>. In considerazione di ciò, gli autori sembrano suggerire che il dovere del medico di agire nel *best interest* del paziente debba essere esteso anche al ricercatore. Ne segue che, dal momento che il *best interest* dipende anche dalle prospettive individuali, i ricercatori dovrebbero agire in coerenza con queste ultime quando conosciute.

### 3.2. Metodologia e obiettivi del *Deliberative Workshop Hybrida*

Per prendere le mosse dalle elaborazioni teoriche e cercare una restituzione concreta dei risultati che emergono dall'implementazione di strumenti di democrazia partecipativa riportiamo come esempio il *Deliberative Workshop* svolto nell'ambito del progetto *Hybrida*<sup>26</sup>.

*Hybrida – Embedding a comprehensive ethical dimension in organoid-based research and resulting technologies* è un progetto *Horizon2020* di tre anni con il principale obiettivo di elaborare un *framework* etico complessivo per la ricerca basata sugli organoidi e le tecnologie risultanti<sup>27</sup>. Obiettivo finale del progetto è quello di elaborare dei documenti che possano contribuire a indirizzare eticamente e a normare la materia in ambito europeo. In particolare, i risultati daranno luogo a delle *Linee Guida operative per il settore di ricerca*, a un *Codice di Condotta Responsabile per i ricercatori* e a delle proposte di miglioramento del *framework* etico e normativo esistente<sup>28</sup>.

All'interno del progetto è stato elaborato un *Deliberative Workshop* al fine di esplorare la percezione del pubblico e degli stakeholders rispetto agli organoidi e alla ricerca su di essi. In base a quanto riportato dall'*Engage2020 Action Catalogue*<sup>29</sup>, usato come riferimento nell'ideazione del progetto, i *Deliberative Workshops* si riferiscono a eventi di dialogo volti a far nascere discussioni informate e approfondite su questioni complesse e controverse, con il fine di raccogliere informazioni sociali, informare le politiche, anticipare le normative e sensibilizzare l'opinione pubblica<sup>30</sup>. I *Deliberative Workshops* vengono usati per sviluppare programmi e obiettivi di ricerca che riflettano le opinioni del pubblico. Essi consentono agli organizzatori di comprendere meglio le ragioni che sostengono un'opinione e rilevare come cambiano le convinzioni delle persone dopo aver ricevuto nuove informazioni o aver riflettuto su una questione<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> M. LENSINK ET AL., *op. cit.*, 2.

<sup>26</sup> I principali risultati del *workshop* sono già stati oggetto di pubblicazione. Tuttavia, in questa sede sono stati aggiunti dei riferimenti al *workshop* italiano ancora inediti. Per la pubblicazione precedente si veda: T. RAVN ET AL., *Public perceptions and expectations: Disentangling the hope and hype of organoid research*, In *Stem Cell Reports*, 18, 2023, 841.

<sup>27</sup> HYBRIDA (2023). *Embedding a comprehensive ethical dimension to organoid-based research and related technologies*. Project website: <https://hybrida-project.eu>.

<sup>28</sup> <https://hybrida-project.eu>.

<sup>29</sup> *Action Catalogue*. Engage2020: <http://actioncatalogue.eu/method/7388>.

<sup>30</sup> *Action Catalogue*. *Deliberative (Mini-publics) Workshops*. Engage2020. <http://actioncatalogue.eu/method/7388>. La stessa metodologia di indagine viene anche definita: *Public Dialogue Workshops, Deliberative Policy Workshops* oppure *Upstream Engagement*.

<sup>31</sup> *Action Catalogue*. *Deliberative (Mini-publics) Workshops*. Engage2020. <http://actioncatalogue.eu/method/7388>.

Obiettivo principale del *Deliberative Workshop* relativo al progetto *Hybrida* era quello di esplorare la percezione del pubblico laico e degli *stakeholders* rispetto alla ricerca basata sugli organoidi e le tecnologie risultanti. In particolare, sono tre gli ambiti che sono stati indagati: il primo riguarda l'atteggiamento (paure, preoccupazioni, incertezze e aspettative) dei/delle partecipanti nei confronti delle tecnologie e delle ricerche legate agli organoidi; il secondo è relativo al modo in cui gli organoidi vengono concettualizzati e allo *status* morale loro attribuito; il terzo ambito riguarda le opinioni rispetto alle principali questioni etiche sollevate in relazione al loro utilizzo e la proposta di raccomandazioni da considerare nell'elaborazione di future linee guida<sup>32</sup>.

Da un punto di vista metodologico il format del *Deliberative Workshop* prevede il reclutamento di un gruppo di persone (definito *mini-public*) che rifletta una popolazione più ampia e che includa opinioni e prospettive diverse, in modo che ognuno dei/delle partecipanti contribuisca al dibattito in base alla specificità della propria esperienza e delle proprie conoscenze.

Nell'ambito del progetto *Hybrida* sono stati condotti tre *Deliberative Workshops* in Italia, Grecia e Danimarca in modo che fossero rappresentati tre contesti diversi rispetto al retroterra socioculturale e religioso e al rapporto tra scienza e società. In totale hanno preso parte ai tre *workshops* 51 partecipanti, scelti come rappresentanti di cinque gruppi: pazienti, donatori, organizzazioni della società civile (ad esempio organizzazioni religiose o di divulgazione scientifica), cittadini, gruppi vulnerabili (ad esempio genitori di bambini con malattie genetiche, parenti di pazienti con malattie genetiche, pazienti che si identificano come vulnerabili)<sup>33</sup>.

Prima dell'incontro ai/delle partecipanti è stato fornito del materiale informativo e, come previsto dal format, durante il *workshop* sono intervenuti con delle presentazioni degli esperti sul tema<sup>34</sup>. Durante lo svolgimento del *workshop*, come previsto dall'*Engage2020 Action Catalogue*, sono state adottate diverse modalità per permettere ai/delle partecipanti di fornire la loro opinione: collegialmente, in gruppo, individualmente e attraverso diversi *input* e modalità deliberative. I facilitatori avevano il compito di assicurarsi che tutti/e i/le partecipanti avessero modo di intervenire e che tutti i punti di vista venissero valutati, non solo quelli dei più competenti<sup>35</sup>. Al termine una sessione plenaria ha permesso ai/delle partecipanti di verificare e convalidare i punti interpretati come risultati principali. I risultati del *workshop* si basano sulle affermazioni dei/delle partecipanti e sui risultati di un questionario pre e post-deliberazione distribuito in ogni *workshop*.

#### 4. Risultati del *Deliberative Workshop* e discussione

Tenendo conto di quanto è stato finora discusso, sia riguardo agli organoidi sia riguardo all'importanza degli strumenti di partecipazione democratica in questo contesto, procederemo ora a illustrare i risultati più significativi del *Deliberative Workshop*, con particolare riferimento a quello svoltosi in Italia.

<sup>32</sup> T. RAVN ET AL., *op. cit.*, Supplemental Material.

<sup>33</sup> T. RAVN ET AL., *op. cit.*

<sup>34</sup> *Action Catalogue. Deliberative (Mini-publics) Workshops.* Engage2020. <http://actioncatalogue.eu/method/7388>.

<sup>35</sup> T. RAVN ET AL., *op. cit.*



#### 4.1. Concettualizzazione degli organoidi

##### 4.1.1. Status morale degli organoidi e la specificità degli organoidi cerebrali

Una delle sfide etiche principali nella ricerca e nell'uso degli organoidi riguarda la loro collocazione all'interno della dicotomia *cosa e persona*. L'appartenenza all'una o all'altra categoria comporta l'acquisizione di un diverso *status* giuridico, dal quale discendono implicazioni significative, ad esempio, in termini di proprietà e commercializzazione. Questa problematica, come vedremo, è particolarmente rilevante rispetto agli organoidi cerebrali, i quali potrebbero rappresentare una risorsa preziosa poiché gli studi sugli animali non umani hanno limiti significativi nel riprodurre la complessità e la fisiologia del cervello umano.

Venendo ai risultati del *workshop*, è possibile osservare come i/le partecipanti abbiano mostrato difficoltà nel concettualizzare gli organoidi attraverso l'utilizzo delle dicotomie *persona/cosa* e *natura/artificio*.

Nei questionari distribuiti all'inizio e alla fine dei tre *workshops* erano stati forniti una serie di termini per descrivere gli organoidi. È possibile notare come a seguito degli effetti deliberativi (cioè, i cambiamenti negli atteggiamenti conseguenti alla deliberazione) sia aumentato il numero dei/delle partecipanti che hanno descritto gli organoidi come uno «strumento di ricerca» (passati da 22 a 33 alla fine dei *workshops*); mentre solo 2 partecipanti su 51 li hanno definiti «cosa»<sup>36</sup>.

Nei *workshops* condotti in Grecia e in Danimarca è stata oggetto di discussione la definizione di essere umano. I/le partecipanti si sono chiesti se tale *status* possa essere attribuito agli organoidi cerebrali in base a criteri come la capacità di sentire e di pensare o basandosi sul fatto che essi possiedono «proprietà legate all'essere umano» o «qualcosa di derivato/prelevato dal corpo umano».

Durante il *workshop* svolto in Italia, solo un/a partecipante all'inizio del *workshop* ha scelto la definizione di «essere umano» per descrivere gli organoidi, mentre nessuno ha dato questa definizione alla fine del *workshop*. È emerso infatti un consenso generale sulla non equiparazione tra gli organoidi e l'essere umano e le loro differenze sono state espresse in termini *evoluzione, complessità o completezza*.

Le persone coinvolte nella discussione spesso si sono riferite agli organoidi utilizzando una terminologia volta a sottolinearne la *manca* o la *parzialità* rispetto agli esseri umani. Ad esempio, un/a partecipante ha affermato che «difficilmente l'organoide potrà raggiungere la complessità dell'essere umano»; mentre un altro/a nell'esprimersi in favore dell'uso degli organoidi per salvare vite umane ha usato la seguente espressione: «la vita in toto cioè l'essere umano tutto intero è più importante di quattro cellule aggregate perché non potrà mai essere il cervello intero, quindi vanno trattate come una parte della mucosa gastrica faccio per dire». Inoltre, parlando degli organoidi cerebrali un/a partecipante ha sostenuto che, anche se fosse possibile un giorno creare un cervello capace di rilasciare scariche elettriche, «non c'è tutto il resto del corpo, quindi sono semplicemente interazioni tra neuroni presenti nel cervello».

In queste affermazioni per indicare l'essere umano è stata utilizzata una terminologia che rimanda all'interezza: *in toto, tutto intero, tutto il resto*. Mentre per indicare gli organoidi sono state usate

<sup>36</sup> T. RAVN ET AL., *op. cit.*, 845.

parole che rimandano a qualcosa di parziale: *parte*, *cellule* (elemento parziale del corpo umano) *quattro* (numero ridotto), *semplicemente interazioni*.

Oltre ai concetti di *manca* o *parzialità* per distinguere gli organoidi dagli esseri umani è stato fatto ricorso anche alle loro *ridotte dimensioni*. Durante una delle sedute pomeridiane un/a partecipante ha infatti affermato che non dovremmo preoccuparci per un organoide che «avrà sì e no 5 centimetri o millimetri di spessore e che quindi è paragonabile al cervello di un lombrico, una mosca o un ragno». Nella stessa direzione va l'affermazione secondo la quale: «gli organoidi cerebrali oggi esistono pur piccolissimi che siano, però questa ricerca non è che porterà a fare un cervello completo, questa ricerca porterà a fare delle parti».

Queste riflessioni vanno a sostegno dell'impossibilità di attribuire le proprietà di un intero alle sue parti, così come accade rispetto agli organi stessi. Se prendiamo come esempio un cuore isolato, i battiti sono prodotti dall'attività elettrica e meccanica del muscolo cardiaco, ma l'organo ha la funzione di pompa che assicura la circolazione del sangue solo quando tale funzione è svolta all'interno dell'organismo in relazione con altri organi<sup>37</sup>.

Le argomentazioni dei/delle partecipanti relative alla parzialità e all'incompletezza degli organoidi rispetto agli esseri umani sono state sostenute anche nei confronti degli organoidi cerebrali. Tuttavia, agli organoidi cerebrali è stata riconosciuta un'attenzione diversa rispetto agli altri organoidi. Per esempio, è stato affermato che il cervello «non lo possiamo attaccare a una macchina» come possiamo fare con altri organi come il cuore o il fegato o che «senza altri organi è possibile vivere, senza attività cerebrale no». Un altro/a partecipante ha affermato che «tu parli delle cellule dello stomaco o del cuore, ma se non c'è il cervello non sono niente [...] sono come schiave del cervello». Inoltre, è stato fatto riferimento alla legge italiana attualmente in vigore, che stabilisce la morte con riferimento al cervello e non a qualunque altro organo.

In modo abbastanza unanime, quindi, gli organoidi cerebrali sono stati considerati di uno *status* superiore rispetto agli altri organoidi, ma non assimilabili a un essere umano.

Alcune criticità sono emerse rispetto alla possibilità di considerare gli organoidi cerebrali *esseri viventi*. Questa possibilità non è stata considerata tanto in relazione all'attuale stato di avanzamento degli organoidi quanto alla possibilità futura che gli organoidi cerebrali possano sviluppare capacità cognitive o diventare senzienti. Al momento essi mostrano «una rudimentale "reattività" agli stimoli e sono in grado di elaborare semplici informazioni (ad esempio, inviare segnali elettrici *in-and-out*)», ma sono ancora lontani dall'acquisire una forma di *coscienza*<sup>38</sup>. Tuttavia, sappiamo che la capacità degli organoidi cerebrali di sentire dolore e di rispondere agli stimoli dipende dal loro grado di sviluppo, possiamo quindi ipotizzare che questa sia destinata ad aumentare con l'avanzamento tecnologico<sup>39</sup>.

Rispetto a questa possibilità i/le partecipanti ritengono che, se in futuro gli organoidi sviluppassero una coscienza, dovrebbe essere loro riconosciuto uno statuto morale.

<sup>37</sup> B. BAERTSCHI ET AL., *Organoids Research: What are the ethical issues?*, Inserim, 2020. <https://www.hal.inserm.fr/inserm-03117706>.

<sup>38</sup> F.G. PIZZETTI, *Embryos, Organoids and Robots: "legal subjects"?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2021, 345-352.

<sup>39</sup> E. CAPULLI, *op. cit.*

Anche in letteratura<sup>40</sup> – nonostante non vi sia unanimità rispetto a come la coscienza debba essere intesa<sup>41</sup> – è generalmente diffusa la considerazione che «capacità come la coscienza, la sofferenza, l’auto-consapevolezza, o la senienza sono altamente collegate con – e probabilmente necessarie per – lo *status* morale»<sup>42</sup>. Nel caso in cui emergessero prove di coscienza o capacità cognitive rilevanti dal punto di vista morale negli organoidi cerebrali, sarebbe necessario considerare un diverso *status* morale e giuridico e prevedere misure di tutela e limitazioni nella ricerca e nell’uso<sup>43</sup>. Alcuni hanno ipotizzato che gli organoidi cerebrali – così come gli organoidi embrionali e gli organoidi multi-organo – potrebbero essere considerati come entità intermedie tra la *cosa* e la *persona*<sup>44</sup>; altri propongono invece di classificarli come *ibridi*, in modo da considerare sia il loro valore di entità legate alla personalità di un soggetto sia la loro utilità come artefatti tecnologici<sup>45</sup>.

Nonostante il riconoscimento di una maggiore rilevanza etica agli organoidi cerebrali rispetto agli altri organoidi trovi riscontro in letteratura e anche in altri studi empirici<sup>46</sup>, le linee guida prodotte dall’*International Society for Stem Cell Research* e un *Consensus Study Report* della *National Academy* hanno concluso che attualmente la ricerca sugli organoidi cerebrali dovrebbe continuare a essere sottoposta agli esistenti protocolli di supervisione etica e non richiede ancora una supervisione speciale<sup>47</sup>.

Ci sono studiosi che sostengono come lo sviluppo di una coscienza sia impossibile a causa «dell’assenza di interazioni con un ambiente sociale (umano) in laboratorio»<sup>48</sup>. Alcuni autori come Lavazza e Massimini hanno individuato nel *Perturbational Complexity Index* (PCI) un possibile strumento di rilevazione della coscienza<sup>49</sup>, ma il punto necessita di ulteriori ricerche, soprattutto alla luce della complessità delle questioni etiche che da questa possibilità emergerebbero. In questo senso, anche alla luce dei risultati del *workshop* emerge la necessità di monitoraggio rispetto alla ricerca sugli organoidi cerebrali. Questo monitoraggio può avvenire attraverso l’istituzione di comitati etici specializzati, l’adozione di linee guida o di regolamentazioni *ad hoc* o attraverso la collaborazione di gruppi interdisciplinari che

<sup>40</sup> BLUE R ET AL., *A primer on human brain organoids for the neurosurgeon*, in *Neurosurgery*, 87, 2020, 620-9; J. KOPLIN, J. MASSIE, *Lessons from Frankenstein 200 years on: brain organoids, chimaeras and other “monsters”*, in *J Med Ethics*, 47, 2021, 567-71, <https://doi.org/10.1136/medethics-2019-105839>; J.J. KOPLIN, J. SAVULESCU, *Moral limits of brain organoid research*, in *J Law Med Ethics*, 47, 2019, 760-7, <https://doi.org/10.1177/1073110519897789>; A. LAVAZZA, *What (or sometimes who) are organoids? and whose are they?*, in *J Med Ethics*, 45, 2019, 144-5.

<sup>41</sup> A. LAVAZZA, M. MASSIMINI, *Cerebral organoids: ethical issues and consciousness assessment*, in *M. J Med Ethics*, 44, 2021, 606-610; R.J. GENNARO, *The Routledge Handbook of Consciousness*, New York, 2018; V. MOLLAKI, *op. cit.*

<sup>42</sup> D. DE JONGH, *op. cit.*, 13.

<sup>43</sup> A. LAVAZZA, M. MASSIMINI, *op. cit.*; V. MOLLAKI, *op. cit.*

<sup>44</sup> V. MOLLAKI, *op. cit.*

<sup>45</sup> S.N. BOERS ET AL., *Organoids as hybrids: Ethical implications for the exchange of human tissues*, in *J. Med. Ethic*, 45, 2019, 131-139.

<sup>46</sup> J. BOLLINGER ET AL., *Patients’ perspectives on the derivation and use of organoids*, in *Stem Cell Rep*, 16, 2021, 1874-1883.

<sup>47</sup> KE. MACDUFFIE ET AL., *Donor perspectives on informed consent and use of biospecimens for brain organoid research*, in *Stem Cell Reports*, 2023, Jul 11, 18, 7, 1389-1393.

<sup>48</sup> D. DE JONGH, *op. cit.*, 13.

<sup>49</sup> A. LAVAZZA, M. MASSIMINI, *op. cit.*, 606-610.

seguano la ricerca dalle sue fasi preliminari per identificare anticipatamente le questioni etiche che potrebbero emergere<sup>50</sup>.

#### 4.1.2. Organoidi cerebrali, animali non umani e ricerca scientifica

Durante la deliberazione del *workshop* italiano è spesso emerso il parallelismo tra gli organoidi cerebrali e gli animali non umani. Il parallelismo è stato utilizzato principalmente per legittimare la ricerca scientifica sugli organoidi cerebrali. Come esposto nel precedente paragrafo futuri sviluppi della ricerca potrebbero aumentare la capacità degli organoidi cerebrali di sentire dolore e di rispondere agli stimoli rendendo più problematico il loro utilizzo a fini di ricerca.

Uno dei dilemmi presentati ai/alle partecipanti durante il *workshop* richiedeva di bilanciare gli interessi di un essere umano con quelli di un organoide cerebrale. In generale i/le partecipanti hanno concordato sulla scelta di far prevalere il bene e gli interessi dell'essere umano su quelli dell'organoide cerebrale. Questa scelta è stata legittimata dal perseguimento del progresso scientifico e attraverso un'analogia con la sperimentazione animale.

In particolare, per fare degli esempi, un/a partecipante ha affermato che «se si sviluppessero sistemi di coscienza, questi non sarebbero più evoluti di quelli degli animali attualmente utilizzati nella ricerca. Quindi, anche se gli organoidi dovessero sviluppare una coscienza come le scimmie o i topi non avremmo porci problemi, perché non ce li stiamo ponendo già ora, altrimenti la ricerca non esisterebbe più e non avremmo più alcun tipo di evoluzione». Un altro/a partecipante rispetto all'ipotesi che in futuro gli organoidi possano sviluppare una coscienza ha sostenuto che è difficile dire se questi ultimi avranno «più o meno dignità di un topo» che adesso usiamo nelle sperimentazioni. Nella stessa direzione è stato proposto, nel caso in cui gli organoidi venissero considerati «una forma vivente», di adottare un quadro normativo molto rigoroso e preciso come quello che usiamo oggi per la sperimentazione animale.

La somiglianza tra gli organoidi e gli animali non umani è stata indicata con i termini: *coscienza, dignità, forma vivente*.

A fronte dell'equiparazione tra organoidi e animali non umani, lo *status* morale degli esseri umani è stato considerato superiore a entrambi. Dieci affermazioni sono state individuate nel corso delle deliberazioni volte ad affermare la superiorità degli interessi degli esseri umani su quelli degli organoidi e degli animali non umani. In tutti i casi la ragione legittimante è stata identificata nelle finalità di «trovare delle cure», «salvare vite» o «far avanzare la ricerca medica». Nell'introduzione del testo è stato messo in evidenza come la ricerca sugli organoidi rappresenti una promettente alternativa rispetto alle sperimentazioni sugli animali non umani. Tuttavia, quello che si intende rilevare in questa sede è come il punto di vista dei/delle partecipanti rifletta una visione tassonomica e gerarchica del vivente in cui l'essere umano si trova al vertice. Mentre al di fuori dell'umano sfumano le categorie concettuali per classificare gli organoidi e gli animali non umani. Questa constatazione deve essere letta alla luce del fatto che molti/e dei/delle partecipanti sono stati/e reclutati/e tra pazienti, genitori di bambini con malattie genetiche e parenti di pazienti con malattie genetiche. Pertanto, è necessario considerare la parzialità e la specificità del punto di vista riportato.

<sup>50</sup> D. DE JONGH, *op. cit.*, 14.

#### 4.2. Il consenso informato

Un punto controverso rispetto alla gestione della ricerca sugli organoidi e le tecnologie a essi legate riguarda l'individuazione della tipologia di consenso informato più adeguata. Secondo quanto riportato da De Jongh et al. in letteratura sono state individuate più ragioni etiche e pratiche che rendono particolarmente difficile questa individuazione. Una di queste è che, essendo la ricerca sugli organoidi in continuo sviluppo, è difficile offrire a pazienti e donatori una descrizione chiara dei futuri utilizzi dei loro campioni. Inoltre, il processo di creazione degli organoidi per la ricerca coinvolge più soggetti con interessi diversi difficili da bilanciare. In particolare, i ricercatori hanno interesse nella produzione di conoscenza scientifica, i donatori al raggiungimento di benefici in termini di salute e potrebbero essere coinvolte aziende interessate a un ritorno commerciale<sup>51</sup>. Inoltre, si potrebbe aggiungere che il rapporto tra i diversi attori non è paritario: esiste, infatti, uno squilibrio strutturale tra l'impresa scientifica e i partecipanti alla ricerca relativo al controllo intellettuale, all'accesso alle informazioni e alle disparità socioeconomiche tra i soggetti coinvolti<sup>52</sup>.

Il tema del consenso informato è emerso come centrale nel *workshop* e l'importanza di questo strumento è stata evidenziata in relazione a diversi argomenti come la ricerca, la proprietà, la commercializzazione e la fiducia della società nella ricerca scientifica. I/le partecipanti hanno sottolineato la necessità di un consenso informato che sia comunicato in modo adeguato anche a individui non competenti in materia. L'informazione fornita deve essere specifica, precisa e completa.

La maggioranza dei/delle partecipanti dei tre *workshops* ha sottolineato la necessità di imporre alcune restrizioni alle procedure di consenso, mentre solo una minoranza ha optato per un consenso ampio (7 partecipanti su 51). È emersa l'importanza di specificare nel consenso gli scopi della ricerca o la destinazione d'uso delle cellule donate. Inoltre, è stato sottolineato che il consenso dovrebbe essere rimodulabile nel tempo, soprattutto in caso venissero scoperte nuove tecnologie o nel caso in cui le cellule venissero destinate a un uso diverso da quello originariamente previsto.

Nell'ambito del *workshop* italiano è stata proposta l'adozione di un consenso *supervisionato*, il quale dovrebbe coinvolgere enti o figure in grado di fornire consulenza ai pazienti durante il processo decisionale. L'importanza di un adeguato e chiaro consenso informato è stata sottolineata come un elemento legittimante per la donazione delle cellule. I/le partecipanti hanno spesso affermato che le cellule dovrebbero essere donate alla collettività, ma questa donazione deve essere basata sulla consapevolezza da parte del donatore dell'uso che delle sue cellule verrà fatto. Durante il *workshop* sono emerse criticità rispetto a come la gestione dei consensi informati avviene nella pratica. Un/a partecipante ha lamentato l'incapacità da parte della struttura presso la quale era stato/a arruolato/a per uno studio clinico di dare una comunicazione adeguata della procedura che stava affrontando. Inoltre, è stata sottolineata la difficoltà di individuare *a priori* un soggetto in grado di comprendere un consenso informato, poiché «il soggetto che vive su di sé una diagnosi importante può essere anche plurilaureato, ma la sua capacità di accogliere il messaggio è fortemente influenzata dal suo stato emotivo».

<sup>51</sup> D. DE JONGH, *op. cit.*, 2; V. MOLLAKI, *op. cit.*, 8.

<sup>52</sup> H. HERMANSSON, S.O. HANSSON, *A three-party model tool for ethical risk analysis*, in *Risk Management*, 9, 2007, 129-144; J. RÓŻYŃSKA, *On the alleged right to participate in high-risk research*, in *Bioethics*, 29, 07, 2015, 451-461.

Il coinvolgimento della cittadinanza in fasi antecedenti a quelle cliniche o ospedaliere potrebbe migliorare la consapevolezza dei pazienti, rafforzare la relazione medico-paziente e aiutare a mitigare l'asimmetria nel rapporto di ricerca.

### 4.3. Commercializzazione e giustizia redistributiva

Come in relazione alla cessione e all'utilizzo di altri biomateriali umani, anche in relazione agli organoidi sorgono questioni riguardanti la proprietà e la commercializzazione. Con commercializzazione del corpo – in particolare di cellule e tessuti in questo caso – si fa riferimento a «tutte le pratiche volte a corrispondere profitti o incentivi finanziari in cambio di parti, prodotti e funzioni del corpo umano da utilizzare nella ricerca e nell'applicazione, in campo medico e industriale, delle tecniche e tecnologie biologiche»<sup>53</sup>. I biomateriali umani (cellule, tessuti etc.) nei sistemi giuridici europei non sono considerati proprietà del cedente, pertanto la loro cessione non può avvenire attraverso un contratto – sia esso di vendita o di donazione – ma solo attraverso un «atto di autodeterminazione del corpo verso terzi»<sup>54</sup> sottoposto al principio di gratuità. A livello internazionale il principale fondamento normativo del principio di gratuità è rappresentato dall'articolo 21 della Convenzione di Oviedo, il quale stabilisce che «il corpo umano e le sue parti non devono essere, in quanto tali, fonte di profitto»<sup>55</sup>. L'applicazione del principio di gratuità prevede la revocabilità del consenso, il vincolo di una previa e completa informazione e la predisposizione di procedure di controllo preventivo<sup>56</sup>.

Il divieto di commercializzazione, tuttavia, riguarda il corpo umano e le sue parti *in quanto tali*; è pertanto relativo al rapporto tra cedente e primo beneficiario e non coinvolge i successivi rapporti giuridici di trasformazione, manipolazione e scambio<sup>57</sup>. Viene quindi remunerata l'attività del medico e dello sperimentatore. Pertanto, i donatori cedono cellule e tessuti in modo gratuito, ma «quando le tecnologie per trasformare le cellule del donatore in organoidi sono considerate promettenti dal punto di vista scientifico e clinico e sufficientemente nuove, potrebbero essere brevettabili»<sup>58</sup>, dando agli attori

<sup>53</sup> P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (commercializzazione del)*, in *Enciclopedia di bioetica e di scienza giuridica*, Napoli, 2010, 558.

<sup>54</sup> E. CAPULLI, *Gli atti di autodeterminazione del corpo in ambito biomedico. Sulla genesi e l'ambito di operatività del principio di gratuità*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1, 2022, 17-27.

<sup>55</sup> *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina*, art. 21, 1997. Il principio di gratuità è affermato nei seguenti documenti internazionali e europei: *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (art. 3 comma 2), *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo dell'UNESCO* (art. 3); direttiva 2001/20/CE; direttiva 2002/98/CE e direttiva 2004/23/CE.

<sup>56</sup> C. IACOVIELLO, *Gli atti di disposizione del corpo alla luce dell'autodeterminazione terapeutica*, in *Rivista Italiana di medicina legale*, 4, 2020.

<sup>57</sup> La relazione illustrativa che accompagna la Convenzione di Oviedo in riferimento a tale principio afferma: «Questa disposizione permette di distinguere gli organi e i tessuti propriamente detti, compreso il sangue (che non può essere oggetto di commercio né fonte di profitto per la persona dalla quale sono stati prelevati né per i terzi, persone fisiche o morali, per esempio istituzioni ospedaliere), dalle attività tecniche (prelievo, test, conservazione, coltura, trasporto...) eseguite a partire da questi elementi, che possono dar luogo a una ragionevole retribuzione. D'altra parte, questo articolo non impedisce alla persona sulla quale si preleva un organo o un tessuto di ricevere una compensazione che, non costituendo pagamento, la indennizzi equamente delle spese incontrate o dei guadagni perduti (in seguito, per esempio, a ospedalizzazione)».

<sup>58</sup> D. DE JONGH, *op. cit.*, 10.

pubblici o privati diritti di proprietà e di sfruttamento commerciale degli organoidi e delle tecnologie a essi collegate. Come sostenuto da Melinda Cooper, quello in cui le forze di mercato neoliberiste investono è la potenza informativa e rigenerativa della materia vivente in sé, umana e non umana<sup>59</sup>, rendendo fragile la dicotomia umano = non commerciabile / non umano = commerciabile<sup>60</sup>. Queste considerazioni conducono a chiedersi se sia opportuno riconoscere ai donatori una compensazione economica o se possano essere sviluppate modalità di restituzione non monetaria.

Rispetto al tema della proprietà, i/le partecipanti sono abbastanza concordi nel ritenere che, una volta donate, le cellule smettano di appartenere al donatore. Ad aver causato più difficoltà e dubbi è l'individuazione di chi debba essere riconosciuto come proprietario delle stesse. La maggior parte dei/delle partecipanti ha indicato le istituzioni pubbliche o lo Stato come titolari del diritto di proprietà sulle cellule, alcuni hanno indicato i promotori della ricerca – siano essi pubblici o privati – e solo un/a partecipante ha ritenuto che le cellule debbano appartenere al ricercatore o al gruppo di ricerca, questo sia perché i ricercatori «sono coloro che le usano» e sono competenti in quel campo sia perché sono coloro che più di altri pensano «al bene e allo sviluppo della ricerca, perché difficilmente hanno un vantaggio economico».

Più volte è stata ribadita la preferenza da parte dei/delle partecipanti per una gestione pubblica della ricerca sugli organoidi o in alternativa per una gestione da parte del settore privato, ma in collaborazione con il pubblico.

Due partecipanti hanno espresso un'attitudine positiva verso il guadagno economico da parte delle industrie private, affermando che se una compagnia decide di investire in una ricerca assumendosi dei rischi è giusto che ottenga un profitto. Tuttavia, rispetto al settore privato è stata sollevata l'esigenza di maggiore controllo e supervisione: «il controllo statale nella scienza è davvero importante, perché altrimenti ci sono compagnie che se non sono sotto controllo non hanno codici culturali o morali».

Venendo al tema della retribuzione, la tendenza emersa all'interno del *workshop* italiano – riscontrata anche in quello greco e danese – è quella di preferire la cessione gratuita, anche se questa posizione non è stata condivisa in modo unanime. A favore di una remunerazione sono state avanzate due argomentazioni. Un/a partecipante ha sostenuto che «se tutto è iniziato da mio figlio che vi ha dato l'opportunità di studiare, almeno riconoscetegli qualcosa, magari potrebbe avere una vita migliore di quella che avrebbe». Un/a secondo/a partecipante non ha fatto riferimento al principio di giustizia, ma ha adottato una prospettiva utilitarista, sostenendo la possibilità di riconoscere delle forme di remunerazione se utili a incentivare le cessioni di cellule. In ogni caso a parte queste due posizioni, la maggioranza dei/delle partecipanti ha sostenuto la cessione gratuita delle cellule come contributo collettivo alla società e alla ricerca a patto che questa sia accompagnata dalla trasparenza rispetto agli obiettivi e dall'equa e accessibile redistribuzione dei benefici terapeutici. Donazione e redistribuzione sono state presentate come complementari, come testimoniato dall'affermazione di uno/a dei/delle partecipanti: «vogliamo che qualcosa come un vaccino che aiuta la società sia gratis? Allora diamo alla società le risorse di cui ha bisogno la ricerca».

<sup>59</sup> M. COOPER, *La vita come plusvalore. Biotecnologie e capitale al tempo del neoliberismo*, Verona, 2013.

<sup>60</sup> N. ROSE, *The Politics of Life Itself Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century*, New Jersey, 2007, 31-34.

Un'adeguata redistribuzione dovrebbe garantire che i proventi derivati dalla cessione vengano reinvestiti nella ricerca ed è stato proposto di garantire a coloro che hanno partecipato alle sperimentazioni un accesso privilegiato alle nuove terapie.

È interessante notare come il sostegno da parte dei/delle partecipanti verso la donazione non sia riconducibile al concetto di dignità kantiana, spesso usato per sostenere il divieto di commercio di organi, ma piuttosto possa essere ricondotto ai principi di solidarietà e reciproco aiuto sostenuti da Titmuss, secondo il quale la donazione altruista è fondamentale per rinforzare la consapevolezza dell'interdipendenza tra consociati e per sostenere un sistema di distribuzione delle risorse sanitarie fondato su un meccanismo di cittadinanza e non di mercato<sup>61</sup>. Queste riflessioni possono offrire un importante spunto rispetto alla disciplina e alla regolamentazione della ricerca sugli organoidi.

#### 4.4. Governance, supervisione etica e possibili usi impropri

Durante il *workshop* italiano i/le partecipanti hanno posto agli esperti delle domande rispetto agli usi non benefici che possono essere fatti degli organoidi. È ad esempio emerso il timore che gli organoidi potrebbero essere usati per scopi bellici, per manipolare le scelte individuali o in modo diverso rispetto a quanto prospettato. Un/a partecipante ha espresso più volte durante la giornata la preoccupazione che nel perseguimento dell'obiettivo legittimo di salvare vite umane, curare malattie e migliorare la salute si trascurino altre questioni etiche importanti e si danneggino altri, ad esempio «l'ambiente o altri abitanti della terra».

Infine, è emerso il tema della fiducia nella scienza da parte della collettività. I/le partecipanti hanno mostrato diffidenza e scetticismo verso l'*enterprise* scientifico e lamentato difficoltà nell'individuazione di fonti di informazione comprensibili e attendibili. Nonostante il punto non sia stato approfondito ha comunque un ruolo centrale rispetto ai temi qui trattati.

## 5. Conclusioni

La presente trattazione ha riportato i risultati di un *Deliberative Workshop* svolto nell'ambito del progetto *Hybrida – Embedding a comprehensive ethical dimension in organoid-based research and resulting technologies*. Obiettivo principale del *Deliberative Workshop* era quello di esplorare la percezione del pubblico laico e degli stakeholder rispetto alla ricerca basata sugli organoidi e le tecnologie risultanti.

I risultati hanno permesso di rilevare l'opinione della cittadinanza rispetto ad alcune questioni etiche riguardanti gli organoidi fornendo un esempio del tipo di contributo che può essere fornito da queste deliberazioni. Inoltre, hanno anche messo in luce come l'accettazione da parte della cittadinanza di alcune ricerche potrebbe beneficiare notevolmente del coinvolgimento della popolazione non solo nella stesura di documenti normativi, ma anche nella definizione delle priorità della ricerca e dei meccanismi di redistribuzione dei benefici terapeutici e dei proventi economici. Considerata l'attuale fase di sviluppo sia delle tecnologie qui affrontate che del relativo *framework* etico e giuridico di riferimento, si ritiene che i dati qui riportati possano essere utili nell'elaborazione di linee guide e proposte

<sup>61</sup> R. GARCÍA MANRIQUE, *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*, Barcelona, 2021, 128.



regolamentari, consentendo di includere nel dibattito teorico i punti di vista e le attitudini della popolazione.

