

La tutela del diritto alla salute nei confronti degli stranieri irregolari*

di Francesco Giulio Cuttaia

28 novembre 2018

Il diritto alla salute nel sistema costituzionale italiano si presenta quale diritto sociale, fondamentale.

Ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, infatti, "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti".¹

La dimensione pubblica e generale della tutela della salute fa sì che tale disposizione riguardi tutti gli individui e non solo i cittadini.

Essa si riconnette al contenuto dell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e del cittadino che fa espresso riferimento alla tutela della salute proprio per ogni individuo.

Sullo sfondo del principio solennemente dichiarato dalla Costituzione, il legislatore italiano ha approntato una serie di strumenti normativi per disciplinare l'attuazione del diritto alla salute nei confronti dello straniero.

Il primo di tali strumenti che costituisce la base normativa tuttora vigente è il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, intitolato "Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina della immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

Gli articoli 34 e 35 del Testo Unico sull'immigrazione pongono una netta distinzione tra straniero regolare e straniero irregolare.

Gli stranieri che soggiornano regolarmente sul territorio nazionale e che sono lavoratori, insieme ai loro familiari, godono di parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri con i cittadini italiani e sono iscritti nelle liste del Servizio sanitario nazionale. Si precisa che l'iscrizione nelle liste del S.s.n. costituisce un obbligo per lo straniero e da tale obbligo derivano i diritti all'assistenza sanitaria uguali a quelli dei cittadini italiani e dell'Ue.

*Il contributo riprende in parte l'intervento svolto dall'A. al convegno internazionale "Rule of law at the beginning of the XXI century", sul tema "*The right to Health in the Italian Constitution related to the immigration context*", tenutosi presso l'Università St. Kliment Ohridski di Sofia, il 23 e 24 marzo 2018.

¹ Sulla qualificazione del diritto alla salute quale diritto fondamentale, cfr., tra i contributi autorevoli più recenti, D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013; R. BALDUZZI e D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 25 ss.; D. MESSINEO, *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012; P. GROSSI, *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 2 ss.

Se lo straniero è regolarmente soggiornante, ma non svolge attività lavorativa (es. studente, turista, ecc.) ha facoltà di iscriversi al S.s.n. ma non l'obbligo e può, in alternativa, stipulare una polizza assicurativa ².

Se non stipula polizze assicurative e non si iscrive al S.s.n., potrà, comunque ricorrere alle prestazioni erogate dal S.s.n. secondo le modalità previste dai primi due commi dell'art. 35 T.U.I.

L' art. 35, al terzo comma, prende in considerazione il caso degli stranieri non in regola con le disposizioni che disciplinano l'ingresso ed il soggiorno nel territorio nazionale.

Ovviamente, quando si parla di stranieri si fa riferimento ai cittadini extracomunitari, provenienti, cioè, dai Paesi che non fanno parte del' Ue o che non abbiano particolari tipi di accordi con la Ue.

Allo straniero sono assicurate, nei presidi pubblici ed in quelli privati accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti e comunque essenziali, ancorché continuative, per malattie ed infortuni, e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva.

Appare evidente, quindi, la differenza tra straniero regolare e irregolare ai fini della fruibilità delle cure erogate dal Servizio sanitario nazionale.

Infatti, allo straniero irregolare non è concessa la facoltà di iscriversi al S.s.n. e ad esso possono essere apprestate solamente "cure urgenti o comunque essenziali".

Bisogna però aggiungere che nell' ordinamento italiano la materia della salute è oggetto di legislazione concorrente tra Stato e Regioni.

Questo fa sì che la legislazione statale fissa principi di carattere generale, in relazione ai quali le leggi regionali dettano la disciplina di dettaglio.

Proprio la legislazione regionale, in alcuni casi, è andata oltre i criteri generali stabiliti dalla legislazione statale.

Ad esempio, la legge regionale della Toscana, 9 giugno 2009, n. 29 ha stabilito che "tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono fruire degli interventi socio-assistenziali urgenti e indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali" (art. 6, co. 35).

In tal modo la Regione Toscana ha esteso l'ambito di applicazione della tutela della salute nei confronti degli stranieri non regolari.

A suo tempo il Governo centrale ha impugnato tale disposizione dinanzi alla Corte Costituzionale, ritenendo che lo straniero irregolare divenisse titolare di prestazioni aventi il carattere dell'urgenza e della indifferibilità in contrasto con la normativa dello Stato a cui compete la fissazione dei principi di carattere generale.

Nel caso specifico la Corte Costituzionale si è pronunciata in senso favorevole alla Regione Toscana ritenendo legittima l'estensione del diritto alla salute dello

² Evidentemente, la presenza in Italia per motivi di lavoro è presumibilmente durevole, il che implica l'obbligo di assicurazione al S.s.n. Negli altri casi (turismo, studio, ecc.) in cui il soggiorno è più o meno breve, è lasciata alla scelta dello straniero la possibilità se iscriversi o meno al S.s.n. o stipulare una polizza privata, o se del caso, ricorrere al S.s.n. nei termini previsti dall' art. 35 T.U.I., co. 1 e 2 (sul punto, cfr., G. VOSA, *Cure essenziali. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall' auto determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.* 2/2016, p. 745; A. ROMANO, *Salute e immigrazione. Prospettive di osservazione nella relazione tra l' accesso alle cure del non cittadino e l' organizzazione sanitaria*, in M. SESTA (a cura di) *L' erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, pp. 69 ss.

straniero non regolare ed affermando che l'equiparazione attuata dalla legge regionale Toscana fra stranieri regolari e irregolari non contrasta con i principi costituzionali in materia (sent. 7 luglio, 2010, n. 269)³.

Giova precisare, altresì, che già in precedenza la Corte Costituzionale si era espressa nel senso di ritenere che, poiché i diritti fondamentali sono riconosciuti alla persona intesa come tale, non possono essere ammesse discriminazioni tra cittadini e stranieri⁴.

La forza espansiva di tale principio fa sì che il cittadino straniero anche se irregolare deve essere considerato quale persona titolare, al pari delle altre (cioè cittadini e stranieri regolari), dei diritti fondamentali⁵.

Tuttavia, alla estensione della tutela sanitaria dello straniero irregolare si sono contrapposte negli ultimi anni due vicende riguardanti, rispettivamente, il condizionamento economico – finanziario dei diritti fondamentali, ed in particolare di quello alla salute, e la crescente dimensione del fenomeno immigratorio irregolare.

Sotto il primo aspetto, ormai il diritto alla salute si pone come diritto sociale finanziariamente condizionato, nel senso che tale diritto trova limiti oggettivi in relazione alle risorse organizzative e finanziarie, di cui dispone l'Italia.

La Corte Costituzionale si è resa interprete di questa esigenza affermando che a causa della limitatezza delle risorse finanziarie, è necessario commisurare la spesa sanitaria alle effettive disponibilità finanziarie.

La stessa Corte si è preoccupata, altresì, di individuare un limite invalicabile a fronte del quale l'esigenze di mantenere l'equilibrio della finanza pubblica deve venire meno rispetto al peso preponderante della tutela della salute. Tale limite invalicabile è individuabile nel nucleo essenziale del diritto alla salute connesso alla inviolabile dignità della persona umana.

Sulla base anche di dette pronunce, la legislazione statale si è orientata in tale direzione⁶.

La stessa mobilità sanitaria interna nel territorio nazionale italiano subisce limitazioni in relazione alle esigenze di carattere economico – finanziario (specialmente per quanto riguarda i rimborsi e le compensazioni tra le Regioni, sulle quali grava la gestione degli apparati sanitari).

³ Per un commento alla sentenza, v. F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, pp. 6 ss.

⁴ In particolare, per quanto riguarda il diritto alla salute, cfr. Corte Cost. 5 luglio, 2001, n. 252, in forza della quale il diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, deve essere riconosciuto "anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso per il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso".

⁵ Secondo G. VOSA "Grazie all'elaborazione concettuale in materia di diritti, la Corte ha di fatto introdotto nell'ordinamento repubblicano corposi elementi di tutela delle posizioni afferenti allo straniero, ancorché irregolare. Tali elementi da un canto si riconducono all'intangibilità del contenuto essenziale dei diritti fondamentali; per altro verso, fanno capo al divieto di ingiustificata discriminazione, che affonda le proprie radici nel terreno del giudizio di ragionevolezza" (op. cit., p. 751).

⁶ Sul punto cfr. F. G. CUTTAIA, *Il condizionamento finanziario del diritto sociale alla salute: fondamento e prospettive evolutive*, in *Astrid*, 9/2017; G. BERTOLISSI, *Il contenimento della spesa sanitaria tra innovazioni legislative e riscontri giurisdizionali*, in *Sanità pubblica e privata*, luglio – sett. 2015, p. 57 ss.; L. MONTEFERRANTE, *La dignità della persona umana tra istanze di tutela dei diritti sociali ed esigenze di contenimento della spesa pubblica: prospettive a confronto*, in G.C. DE MARTIN, D. MORANA (a cura di) *Amministrazione e democrazia*, Cedam, Padova, 2013, p. 113 ss.

Il secondo aspetto, inevitabilmente collegato al primo, è quello relativo al crescente numero di stranieri irregolari dimoranti in Italia, anche a seguito di flussi immigratori difficilmente controllabili che riguardano moltitudini di persone che sbarcano sulle coste italiane dopo essere fuggite da guerre, da situazioni di grave pericolo o di miseria negli Stati di appartenenza da cui provengono.

In special modo i migranti economici rappresentano il numero più elevato di stranieri irregolari, in quanto si tratta di soggetti che non hanno rispettato le procedure per l'arrivo e il soggiorno in Italia per motivi di lavoro.

Poi ci sono altri stranieri i quali, pur sbarcati irregolarmente sulle coste italiane, richiedono la protezione internazionale. Tuttavia nel momento in cui le speciali commissioni che esaminano le loro richieste si pronunciano negativamente, la loro presenza sul territorio nazionale, a quel punto, diventa irregolare.

Questo duplice ordine di fenomeni ha comportato, sia nella normativa che nella prassi, una profonda divaricazione nell'esercizio del diritto sociale alla salute tra il cittadino (italiano ed UE, al quale viene sostanzialmente assimilato lo straniero extracomunitario regolarmente soggiornante in Italia) e lo straniero irregolare.

La divaricazione si ha nel senso che al primo è assicurata la pienezza dell'esercizio del diritto alla salute, al secondo è assicurata la prestazione "di cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti, e comunque essenziali, ancorché continuative".

Per poterci meglio rendere conto di questa divaricazione occorre considerare che l'esercizio del diritto costituzionale alla salute si traduce per il cittadino (oltre ai diritti di libertà di come e da chi farsi curare o anche di non farsi curare) nel diritto a ottenere le prestazioni sanitarie nei termini e con e modalità fissati nei livelli essenziali di assistenza (i cd. Lea).

I Lea possono essere definiti come l'insieme delle prestazioni appropriate (sia sotto l'aspetto clinico che sotto l'aspetto economico) e necessarie a garantire la tutela della salute. I Lea sono pertanto da intendersi non come un contenuto minimo, ma come un contenuto necessario, fissato con disposizioni normative⁷.

Ma proprio la diversa connotazione della essenzialità delle prestazioni sanitarie garantite dallo Stato a seconda che si tratti di cittadino (o ad esso assimilato) e straniero irregolare dà la misura della divaricazione di cui abbiamo fatto cenno.

Nel primo caso l'essenzialità costituisce un contenuto al di sotto del quale non si può scendere; nel secondo caso l'essenzialità costituisce un contenuto al di sopra del quale non si può salire.

I Lea per il cittadino rappresentano la misura ritenuta sufficiente per garantire il diritto alla salute, intendendosi per salute non semplicemente l'assenza di malattie o infermità, ma una condizione di benessere fisico, mentale e sociale.

Per lo straniero irregolare le cure essenziali sono quelle indispensabili, di cui non si può fare a meno⁸.

⁷ Non possono che, in questa sede riassumersi i tratti fondamentali dei lea, sulla cui natura e contenuto si rinvia bel dettaglio, *ex multis*, ai più recenti contributi di M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in www.Fedarlismi.it, 15/11/2017; F.G. CUTTAIA, *Entrati in vigore i nuovi LEA*, in *Astrid*, 21 marzo 2017; F. S. FLORIO, *L'evoluzione dei LEA tra i recenti interventi normativi e le prospettive di riforma*, in C. BOTTARI (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Maggioli, Rimini, 2014, p. 53 ss.

⁸ Secondo S. D' ANTONIO, in tal modo si pongono in evidenza due essenzialità diverse, una per i lea e una per le cure dello straniero irregolare, venendosi così a configurare una *deminutio* nei confronti dello straniero irregolare, fondata esclusivamente su uno *status* personale (S. D' ANTONIO, *Appunti introduttivi sul diritto alla salute degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in F. RIMOLI (a cura di),

Infatti, secondo la circolare 24 marzo 2000, n. 5 del Ministero della Salute esse sono quelle “che non possono essere differite senza pericolo per la vita e danno per la salute della persona” e sono essenziali “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”.

Quella che abbiamo definito una divaricazione è comunque compatibile con il quadro costituzionale italiano, in quanto la tutela del nucleo essenziale del diritto alla salute dello straniero irregolare risponde al principio della inviolabilità dei diritti fondamentali dell’ individuo, mentre il diverso contenuto da attribuire al livello essenziale della prestazione sanitaria, a seconda che si tratti di cittadino o straniero irregolare, appare in linea con il tenore dell’ art. 10 Cost., in base al quale “l’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”.

La Corte Costituzionale ha in proposito affermato che “non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti”, significando che tali differenze sono riconducibili alla “basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero, consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo” (sent. 19 giugno, 1969, n. 104, il cui orientamento è stato confermato da successive pronunce, di recente con sent. 20 luglio, 2011, n. 245).

D’ altra parte, come opportunamente è stato osservato in dottrina ⁹, è ravvisabile una divaricazione nella stessa giurisprudenza costituzionale laddove, in generale, in ordine alla condizione giuridica dello straniero, la stessa Corte ammette che “al legislatore è consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli, che regolino l’ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia, ma una volta che il diritto a soggiornare non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni né per il godimento dei diritti fondamentali della persona, né nell’ esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione” ¹⁰. Dal che deriva una sorta di equiparazione del cittadino straniero al cittadino italiano nella prestazione dei diritti sociali sulla base della valutazione, operata nei confronti del primo, circa la sussistenza del criterio del regolare soggiorno sul territorio nazionale.

Il trattamento differenziato, però, non si ha quando ci si trovi di fronte a stranieri minori non accompagnati.

Essi sono coloro che si trovano per qualsiasi causa nel territorio dello Stato, privi di assistenza e rappresentanza da parte di genitori o altri adulti legalmente responsabili¹¹.

immigrazione e integrazione. Dalla prospettiva globale alle realtà locali, Napoli, ES. 2014, vol. I, pp. 97 ss.

⁹ Cfr., in particolare, M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, p. 63 ss.

¹⁰ Corte Cost. 10 dicembre 2013, n. 309.

¹¹ Per una valutazione delle cause e dei flussi migratori relativi ai minori stranieri non accompagnati, v. V. MELCHIONDA, *I minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Nuova etica pubblica*, n. 9/2017, pp. 85 ss.

La l. 7 aprile 2017, n. 47 ha introdotto una disciplina che, nel prevedere maggiori tutele rispetto al passato, ha stabilito la piena assistenza sanitaria per i minori stranieri non accompagnati. Riguardo ad essi è prevista l'iscrizione obbligatoria al S.s.n.¹².

La disciplina introdotta dalla l. n. 47/2017 appare improntata alla finalità di superare la più volte indicata divaricazione nella disciplina riservata rispettivamente agli stranieri regolarmente soggiornanti nel nostro Paese e a coloro che non lo sono, in una logica improntata a considerare il diritto alla salute come "l'unico diritto della persona che la Costituzione qualifica come fondamentale, quale nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali e presupposto irrinunciabile per la piena realizzazione della persona umana"¹³ e che probabilmente richiederebbe a livello di normativa Ue una più puntuale definizione per garantire alle persone di origine extracomunitaria una uniformità di trattamento.

¹² Tuttavia, come è stato evidenziato in dottrina, tale legge, pur introducendo principi di rilevante importanza, è soggetta alla clausola della invarianza finanziaria, con il rischio che, l'esercizio del diritto alla salute sia condizionato dalla situazione economica (sul punto cfr. M. GNES, *Le nuove misure per la protezione dei minori non accompagnati*, in *Quotidianogiuridico.it*, 2017); G. A. GIUFFRÈ, *Il regime di assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47 del 2017*, in *Federalismi.it*, 15 novembre 2017.

¹³ G. ZAGREBELSKY, Prefazione a *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano* (a cura di) L.S. ROSSI e C. BOTTARI, Maggioli, Rimini, 2013.