

# Il diritto alla salute dello straniero nell'ordinamento italiano

DAVIDE MONEGO\*

## 1. IL DIRITTO ALLA SALUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Per affrontare i profili concernenti la posizione del migrante in relazione al diritto alla salute è opportuno, in via preliminare, ricordare i tratti salienti di tale diritto costituzionale.

Come è noto, l'art. 32 cost. pone a carico della Repubblica il dovere di tutelare la salute, sia nella sua dimensione di diritto individuale che in quella di interesse della collettività. Trattasi di una disposizione a contenuto multiforme, posto che plurime sono le situazioni soggettive che vi trovano origine. Da un lato trova riconoscimento il fondamentale diritto dell'individuo a non essere leso nella propria integrità psicofisica e a rifiutare la cura, cioè a non essere sottoposto a trattamenti sanitari senza il suo consenso, se non nei casi previsti dalla legge e pur sempre nel rispetto del suo essere persona; dall'altro emerge il profilo attivo, ovvero il diritto a essere curati, gratuitamente qualora l'interessato versi in condizioni di indigenza (Minni, Morrone 2013). Si affiancano dunque aspetti tipici delle tradizionali libertà, nei termini di un dovere di astensione da parte dei terzi, siano essi soggetti pubblici o privati, tenuti a non pregiudicare il bene salute, secondo la logica dei diritti assoluti, di tradizione liberale, ad altri, peculiari inve-

---

\* Ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Trieste.

ce della tipologia dei diritti sociali, quali diritti relativi a prestazione, rivolti alla Repubblica, quale insieme di poteri pubblici chiamato a soddisfarlo<sup>1</sup>.

E se pure risponde al vero che nessuna delle situazioni soggettive sopra citate è soddisfatta dalla sola previsione costituzionale, dato che lo stesso diritto a non veder compromessa la propria salute per fatto altrui richiede, quanto meno, un apparato giurisdizionale che ne assicuri protezione, seppure ex post, mediante il risarcimento del danno<sup>2</sup>, lo è anche che, quale diritto a ricevere assistenza sanitaria, esso presuppone un apparato rivolto in modo specifico alla sua attuazione, oltre a quello giurisdizionale, destinato a proteggere, in generale, qualsivoglia diritto costituzionale. Con l'effetto di porre un serio problema, a tutti noto, di compatibilità finanziaria, particolarmente stringente in un momento storico in cui le risorse pubbliche sono limitate, comportando allora una corrispondente contrazione dello stato sociale come l'abbiamo conosciuto nel passato (Morana 2013).

Ciò ovviamente incide sul quantum di tutela, ma non sul fatto che l'intervento legislativo di attuazione dell'art. 32 cost. sia, e rimanga, imprescindibile. Al più si potrebbe pensare che la citata disposizione costituzionale, in sé e per sé considerata, possa essere evocata quale limite a un regresso di tutela che il legislatore adottasse in assenza di una giustificazione di bilancio, cioè in una, al momento inesistente, situazione di benessere economico; oppure qualora la riduzione delle prestazioni a disposizione dei singoli fosse talmente rilevante da apparire manifestamente irragionevole, finendo per annullare, o gravemente menomare, quel nucleo irriducibile del diritto, di cui la Corte costituzionale ha ragionato in più occasioni (v. infra). E anche in tal caso rimane delicata la posizione del Giudice delle leggi, chiamato a effettuare uno scrutinio che rischia di tradursi in – o almeno di apparire nei termini di – un'interferenza nella sfera di discrezionalità parlamentare, chiamata in causa a fronte di decisioni attinenti alla misura delle risorse disponibili per sostenere la sanità pubblica. Va da sé che anche in tal caso si è comunque di fronte a una precedente disciplina legislativa, con cui confrontare eventuali scelte riduttive, in assenza della quale il precetto costituzionale non potrebbe svolgere la sua funzione programmatica.

La concretizzazione del “programma” costituzionale sulla salute è passata attraverso l'introduzione del Servizio sanitario nazionale (S.S.N.), coi suoi principi informativi di universalità dei destinatari e globalità delle prestazioni, nel senso di assicurare a tutti, a prescindere dalla situazione reddituale, l'intera gamma delle prestazioni sanitarie utili alla stregua delle conoscenze scientifiche disponi-

---

<sup>1</sup> Per una evidenziazione dei due aspetti del diritto alla salute, rilevante sia quale diritto assoluto che come diritto relativo, si veda, fra le molte, Corte cost., sent. n. 455/1990. In questa sede non ci si occupa, invece, dell'aspetto passivo, ovvero quello dei limiti che alla libertà del soggetto possono essere imposti a tutela del benessere collettivo, nel caso della previsione legislativa di trattamenti sanitari, come le vaccinazioni, gli interventi di profilassi e via dicendo.

<sup>2</sup> Ed è noto che sul punto si è da tempo assestato il principio della risarcibilità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 32 cost. e 2043 c.c., del danno biologico, conseguente alla lesione del diritto alla salute (cfr. Corte cost., sent. n. 186/1986), in quanto appunto diritto valevole *erga omnes* (Corte cost., sentt. nn. 247/1974 e 107/2012).

bili (legge n. 833/1978, art. 1). Trattasi di un'attuazione legislativa non obbligata dell'art. 32, che, come sopra ricordato, limita la gratuità ai soli casi di indigenza, per il resto riservando alla legge la decisione circa il porre o meno, e in che misura, a carico della fiscalità generale il costo dell'assistenza sanitaria (Morana 2013). La situazione di crisi finanziaria ha, come noto, inciso sul modello, nel senso della compartecipazione dei singoli alla spesa sanitaria, sotto forma di ticket per la singola prestazione, salvo i casi di esenzione per chi rimanga al di sotto di determinati livelli reddituali. L'ambito stesso degli interventi sanitari rischia di entrare in (ulteriore) crisi qualora la situazione economica peggiorasse al punto da rendere non ulteriormente finanziabili le prestazioni abitualmente garantite nel passato.

## 2. IL DIRITTO ALLA SALUTE E LO STRANIERO

La questione della spettanza del diritto alla salute allo straniero extracomunitario<sup>3</sup> può essere affrontata in due modi, a seconda che si guardi al problema generale circa l'intestazione dei diritti elencati nella Parte I della costituzione, fra i quali rientra quello in discussione, e con salvezza di quelli politici, maggiormente refrattari a essere scollegati dalla cittadinanza, seppure anche questo principio sia messo in discussione da una parte della dottrina (Ruggeri 2015), o a quello, più ristretto, dell'intestazione del diritto alla salute, in base all'idea che esso presenti talune peculiarità che, in ipotesi, sciolgano il dubbio a prescindere da come si argomenti relativamente agli altri diritti, o ad alcuni di essi. Pare peraltro che, quale che sia la via prescelta, a un risultato comune comunque si giunga, per lo meno qualora si consideri, accanto alla fonte costituzionale, quella legislativa, così da valutarle nel loro reciproco rapporto.

In effetti, anche da parte di coloro che circoscrivono la portata delle disposizioni costituzionali sui diritti ai soli cittadini (Pace 2010), si afferma la possibilità del potere politico di operarne l'estensione a favore del non cittadino, qualora questa non risulti un obbligo ai sensi dell'art. 10, c. 2, cost., che, come si sa, pone una riserva di legge rinforzata (dalla necessaria conformità alle norme e convenzioni internazionali) per la disciplina della condizione giuridica dello straniero. E se anche si revochi in dubbio che un tanto possa avvenire per quella peculiare sottospecie rappresentata dai diritti elettorali, altrettanto non vale per il diritto alla salute, pacificamente predicabile a favore della persona in quanto tale. Ovviamente, a maggior ragione così conclude chi invece ritiene che i diritti inviolabili menzionati in genere dall'art. 2 cost., e fra questi anche (ma di certo non solo) quello di cui al successivo art. 32, spettino all'uomo, anziché al cittadino, o direttamente in virtù del testo costituzionale, o in virtù (o anche in virtù) delle fonti internazionali che riconoscono a ciascuno i diritti fondamentali e, in particolare, quello alla salute<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Ci si occuperà infatti solo di questa *species* del più ampio *genus*.

<sup>4</sup> Si pensi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, al Patto sui Diritti economici, sociali e culturali del 1966, al Trattato istitutivo dell'organizzazione mon-

Fra l'altro, l'art. 32, oltre a non circoscrivere la titolarità del diritto al solo cittadino, nel sancirne il carattere fondamentale sembra difficile da assoggettare a una lettura restrittiva, se dell'aggettivo si dà un'interpretazione che lo colleghi, da una parte, ai diritti inviolabili dell'uomo, che la Repubblica riconosce nel loro insieme (art. 2 cost.); dall'altra al concetto di pari dignità di cui all'art. 3 cost.: tutti elementi convergenti nel farne un tratto essenziale – per l'appunto “fondamentale” – della nostra forma di Stato democratico sociale.

In questa direzione si è mosso il legislatore nazionale, attraverso il testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998, di seguito t.u.), che pare fondato su di un'impostazione inclusiva<sup>5</sup>, nella misura in cui accoglie fra i principi generali quello della piena equiparazione fra cittadino e straniero, «comunque presente alla frontiera o sul territorio dello Stato», quanto ai diritti fondamentali previsti dalla normativa interna e internazionale (art. 2, c. 1), riconoscendo poi a chi soggiorni regolarmente i diritti civili attribuiti al cittadino (art. 2, c. 2) (Immordino 2014). Ne segue che, oltre a introdurre la distinzione fra lo straniero entrato e rimasto in Italia nel rispetto delle norme che ne disciplinano le condizioni di ingresso e permanenza – dunque regolarmente soggiornante –, in quanto tale parificato al cittadino (salvo che con riguardo a certi diritti, in primis quelli politici<sup>6</sup>) e quello comunque presente, viene riconosciuta a tutti la spettanza dei diritti fondamentali. Diritti identificati mediante rinvio alle fonti di diritto interno e sovranazionale, ma alcuni dei quali sono poi trattati all'interno del medesimo testo unico, come accade proprio per ciò che attiene alla materia sanitaria (Capo I, Titolo V), in cui sussiste una sorta di gradazione a seconda della posizione del non cittadino, muovendosi da una tutela piena, o comunque parametrata a quella riconosciuta all'italiano, a una più ridotta per lo straniero non legalmente soggiornante.

Nel primo caso, di presenza legale, vi è l'obbligo di copertura sanitaria, in taluni casi attraverso la necessaria iscrizione al S.S.N., in altri con possibilità di

---

diale della sanità, del 22 luglio 1946, ratificato con decr. legisl. C.P.S. 4 marzo 1947, n. 1068, che riconoscono il diritto alla salute, fra l'altro dandone una definizione di ampia portata, che lo porta a includere la situazione di complessivo benessere della persona (cfr. l'art. 25 della Dichiarazione, l'art. 12 del Patto, nonché quanto previsto nel Preambolo del Trattato OMS), che necessariamente implica non solo il tradizionale aspetto della cura delle patologie, ma anche la disponibilità di quelle risorse che sono il presupposto per una vita dignitosa (cibo, vestiario, abitazione), nonché i profili di tutela ambientale: anche se ciò comporta un riflesso di non poco momento in fase attuativa, posto che, in un sistema policentrico com'è il nostro, le competenze legislative sono ripartite fra Stato e Regioni a seconda della materia che viene in considerazione. Altro è, ad esempio, ragionare di tutela della salute (potestà concorrente), altro è farlo con riguardo all'assistenza sociale (potestà residuale delle Regioni).

<sup>5</sup> Per lo meno quanto al tema che qui interessa, mentre, quanto al modo in cui è affrontata la questione dell'ingresso dei migranti nel paese, agli strumenti di respingimento, alle modalità di identificazione – aspetti tutti oggetto, fra l'altro, di successive, rilevanti modifiche, in senso restrittivo – il discorso è ben diverso (Pugiotto 2009).

<sup>6</sup> Ma anche la libertà di circolazione di cui all'art. 16 cost. subisce limitazioni sconosciute al cittadino.

scegliere, in alternativa, la via dell'assicurazione privata<sup>7</sup>. Qualora lo straniero sia invece in una situazione di irregolarità, gli vengono comunque assicurate, ex art. 35, c. 3, «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio», oltre a essere soggetto ai programmi di medicina preventiva a tutela della salute individuale e collettiva. Il diritto all'assistenza sanitaria, in quanto fondamentale, spetta quindi alla persona come tale, cittadino italiano o no che sia, ma lo stato di irregolarità ne riduce la portata, sulla base dell'alternativo criterio dell'urgenza della prestazione, o della sua essenzialità.

Trova dunque riscontro in sede legislativa il principio del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, affermatosi nella giurisprudenza costituzionale, anche con riguardo al diritto alla salute, al fine di sottrarre una dimensione prestazionale – funzionale al rispetto della inviolabile dignità umana – all'onnipresente criterio del necessario bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, che varrebbe altrimenti a giustificare eventuali compressioni, specie considerando che nella categoria degli interessi di pari rango al giorno d'oggi domina l'equilibrio di bilancio, cioè l'argomento finanziario, stabilmente evocato dalla Corte a fondamento di scelte normative limitative anche in materia di diritti. In effetti, il testo unico sull'immigrazione sembra porsi in linea di continuità rispetto alle indicazioni emergenti dalla prassi, benché la Corte non abbia mai spiegato in che cosa consista il “nucleo essenziale” o “irriducibile”, limitandosi a menzionarlo quale argine a un uso irragionevole della discrezionalità legislativa e a giudicarlo rispettato o leso nelle singole scelte normative volta a volta sindacate. Sotto l'influsso dei casi concreti, esso ha preso forma proprio sui due versanti poi ripresi dall'art. 35: quello dell'urgenza della prestazione<sup>8</sup> e quello della sua indispensabilità, benché, in ipotesi, non si traduca in un trattamento indifferibile<sup>9</sup>. Semmai si può osservare che il riferimento normativo alle cure es-

---

<sup>7</sup> Le varie ipotesi sono disciplinate nell'art. 34 del testo unico, il quale prevede anche casi di iscrizione meramente facoltativa al S.S.N., qualora il soggiorno, pur regolare, sia fisiologicamente temporaneo, come nel caso della presenza legata a motivi di studio.

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 267/1998 e 509/1999, che si sono occupate delle regole sul rimborso delle prestazioni rese all'estero o comunque da strutture diverse da quelle pubbliche o convenzionate: rimborso condizionato, in violazione del contenuto essenziale del diritto alla salute, a una preventiva autorizzazione, anche qualora l'intervento fosse indifferibile, e non fosse possibile ottenere tempestiva assistenza nell'ambito del S.S.N. Nello stesso senso, Corte cost. sent. n. 304/1994, che distingue le prestazioni indifferibili e urgenti, come tali oggetto di assistenza indiretta, da quelle riabilitative a carattere continuativo e prolungato nel tempo, viceversa escluse in quanto eccedenti i confini del nucleo irriducibile di cui all'art. 32 cost.

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 992/88, con riguardo al caso di una prestazione erogabile solo da un centro privato, come tale in astratto esclusa da ogni possibilità di rimborso, in violazione dell'art. 32 cost. Meno probante sul punto, benché la Corte evochi l'ambito inviolabile di tutela del diritto alla salute, è Corte cost., sent. n. 309/1999, un'additiva di principio volta ad assicurare, ai cittadini italiani che si trovino all'estero, che non facciano parte di alcune categorie legislativamente previste, e versino in disagiate condizioni economiche, l'assistenza sanitaria gratuita, nelle forme che spetta al legislatore definire. Qui infatti, ai fini della dichiarazione di

senziali, anche a carattere continuativo, vale a meglio precisare, e probabilmente ad ampliare, l'ambito di tutela "irriducibile".

### 3. IL DIRITTO ALLA SALUTE DELLO STRANIERO NON REGOLARMENTE SOGGIORNANTE

Successivamente all'entrata in vigore del T.U. sull'immigrazione nel 1998, la Consulta ha avuto modo di fissare una serie di principi di tutela dello straniero, non regolarmente soggiornante, in materia sanitaria. La sent. n. 252 del 2001, infatti, chiarisce che anche il non cittadino, in quanto persona presente sul territorio, beneficia del "nocciolo duro" del diritto in questione; che tale ambito comprende le prestazioni urgenti ed essenziali, di cui all'art. 35, c. 3, t.u. il quale offre la misura legislativa del quantum costituzionalmente necessario ai sensi dell'art. 32 cost.; che pertanto questa sfera di tutela non è negoziabile, né cedevole rispetto ad altri interessi interferenti col fenomeno migratorio (quello – di ordine pubblico – al controllo sui flussi, al pari di quello attinente al contenimento della spesa pubblica). Benché a essere impugnato nel caso di specie non fosse l'art. 35, la Corte avalla dunque, come conforme a costituzione, la distinzione fra chi gode del solo nucleo essenziale e chi invece dispone di un'assistenza sanitaria di più ampia portata, pur lasciando perplessi il fatto che, per giustificarla, il Giudice delle leggi la ritenga attinente alle sole "modalità di esercizio" del diritto, sulle quali il legislatore può intervenire, come ha fatto con la disciplina degli artt. 34 e 35. Uguale titolarità, differenti modalità di esercizio, quindi, stando al ragionamento della Corte.

Si può tuttavia osservare che una cosa è ragionare di un medesimo ambito prestazionale, da garantirsi in modi diversi ma di analoga effettività, come nel caso in cui sia possibile scegliere se affidarsi al S.S.N. o piuttosto ricorrere a una copertura assicurativa. Altro è distinguere fra la posizione di coloro che, in quanto cittadini o stranieri regolarmente soggiornanti, sono iscritti al S.S.N. e/o tenuti a procurarsi analoga copertura, godendo pertanto di piena tutela sanitaria – fermo restando che la pienezza è pur sempre condizionata al livello di finanziabilità dei livelli essenziali (Cavasino 2012) – e coloro i quali, come avviene per gli stranieri irregolari, siano destinatari di una protezione comunque più limitata. In tal caso sembra più realistico ragionare di sfere di tutela di diversa estensione, una garantita a tutti, più contenuta rispetto all'altra, che si arricchisce di una componente ulteriore, che, in quanto eccedente il minimo garantito, può essere assegnata dal legislatore solo ad alcuni (Randazzo)<sup>10</sup>, sempre che non risulti irragionevole da altro punto di vista. Sembra insomma che la prospettiva della

---

incostituzionalità, basta l'obbligo di garantire cure gratuite agli indigenti, esplicito nell'art. 32 cost., che ne rappresenta una distinta situazione giuridica.

<sup>10</sup> La tesi sul nucleo irriducibile spettante all'immigrato in quanto persona è poi ripresa, seppur nel contesto del rapporto fra potestà legislativa statale e ruolo regionale, nelle decisioni nn. 269 e 299/2010, nonché nella n. 61/2011, su cui *infra*.

Consulta guardi al contenuto del diritto, anziché limitarsi, come afferma, a legittimare scelte parlamentari circoscritte alle sole modalità di esercizio.

Altro aspetto di cui si occupa la sentenza n. 252 del 2001 è il raccordo fra tutela del diritto alla salute ed espulsione dell'immigrato privo di permesso di soggiorno, profilo lasciato privo di regolamentazione espressa dall'art. 19 t.u., che tratta i casi di non espellibilità dello straniero, impugnato appunto perché avrebbe consentito l'allontanamento dell'immigrato nonostante necessitasse di cure mediche, in violazione dell'art. 32 cost. Alla prospettazione di tipo additivo la Corte risponde con un'interpretativa di rigetto, con cui peraltro perviene a identico risultato, leggendo l'art. 19 come ostativo all'espulsione qualora appunto l'interessato versi nella condizione di bisogno di cui al successivo art. 35 t.u. Lo scopo è ovviamente assicurare effettività al diritto alla salute, garantendo la permanenza sul territorio nazionale sino al completamento del trattamento. In questa logica lo straniero non dispone di uno specifico permesso di soggiorno, ma nemmeno può essere espulso, potendo far valere le sue ragioni in sede di giudizio di convalida del provvedimento espulsivo avanti al giudice di pace e poi, se del caso, di fronte alla Corte di cassazione. La soluzione non appare del tutto appagante, sia nel caso di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera, con conseguente necessità di impugnare l'atto quando ormai si è fuori dal paese (Algotino 2002), ma anche in senso più in generale, essendo chiaro che la posizione del non cittadino irregolare, per ottenere piena protezione, richiede un titolo di soggiorno, che egli possa esibire in occasione di un qualsiasi controllo, piuttosto che incentrarsi sulla possibilità di difendersi contro un decreto di espulsione già adottato nei suoi confronti.

È probabilmente per questa ragione, pur non esplicitata, che nella giurisprudenza amministrativa si ritiene possibile ottenere tale titolo per cure mediche, benché non formalmente previsto dal testo unico<sup>11</sup>, anche se questa impostazione non appare monolitica. Vi sono certamente decisioni che vanno in questa direzione, pur sulla base di fondamenti normativi non sempre omogenei<sup>12</sup>. Ma ve

<sup>11</sup> Non si tratta infatti del permesso per cure mediche previsto dall'art. 36 t.u., riguardante l'ingresso dello straniero non iscritto al S.S.N. per usufruire di cure mediche, anche diverse da quelle urgenti e/o essenziali, condizionato per conseguenza a una serie di particolari requisiti (dichiarazione della struttura sanitaria, cauzione a garanzia del costo presumibile delle prestazioni, disponibilità di un alloggio e via dicendo).

<sup>12</sup> A volte la possibilità del rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche è data per implicita (T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sent. n. 139/2012; T.A.R. Molise, sent. n. 276/11), a volte invece è fatta oggetto di specifico esame, attraverso linee interpretative che, pur diverse fra loro, convergono in un risultato favorevole al richiedente, risultato che ne rappresenta il comune denominatore e la *ratio* unificante. T.A.R. Veneto, sent. n. 1168/11, ragiona di un'autorizzazione atipica, fondata su di una lettura estensiva dell'art. 28 D.P.R. n. 394/1999, il quale tratta dei permessi di soggiorno da rilasciare nei casi in cui la legge vieti l'espulsione, riferendosi anche al caso delle cure mediche, ma con limitato riferimento alle donne in stato di gravidanza. T.A.R. Lombardia, sent. n. 315/2014, evoca il complessivo quadro normativo-giurisprudenziale ormai affermatosi, mentre C.d.S., sent. n. 4863/2010, T.A.R. Campania, sent. nn. 3847/2015 e 2530/2014, valorizzano il combinato disposto degli art. 35 e 36 t.u., e T.A.R. Sicilia, sent. n. 1872/2009 insiste proprio sull'art. 36. Quest'ultimo è ritenuto applicabile anche allo stra-



ne sono anche altre che, all'opposto, evidenziano come l'unico permesso relativo alla cure mediche sia quello contemplato dall'art. 36 t.u., finalizzato a una diversa fattispecie: non solo perché chiaramente pensato per lo straniero che dal suo paese di provenienza voglia venire in Italia, ma anche perché non circoscritto al nucleo essenziale del diritto alla salute, ricomprendendo invece anche altre prestazioni (l'art. 36 t.u. si riferisce infatti allo «straniero che intende ricevere cure mediche in Italia», senza altra determinazione). È dunque evocato il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, in relazione al diverso ambito oggetto dell'art. 36 e al silenzio sul punto dell'art. 35, ritenendo in sostanza sufficiente la protezione assicurata dalla non espellibilità (T.A.R. Calabria, sent. n. 700/2011, T.A.R. Piemonte, sent. n. 665/2010).

Un discorso simile può essere ripetuto in relazione a un altro aspetto su cui i giudici comuni, ordinari e amministrativi, non paiono aver ancora trovato una soluzione condivisa: la spettanza stessa della giurisdizione, qualora venga in gioco il nucleo irriducibile del diritto alla salute, a volte negata ai magistrati amministrativi a favore di quelli ordinari – in conformità a quanto ritenuto dalla Corte di cassazione –, a volte al contrario affermata in capo ai primi, in modo esplicito o implicito<sup>13</sup>. Essendo ormai prevista ex lege la possibilità di riassunzione dinanzi al giudice che risulti dotato di giurisdizione, la situazione dello straniero che impugni il diniego del permesso di soggiorno per cure mediche dinanzi al T.A.R. e se lo veda respingere per difetto di giurisdizione non è irrimediabile, ma di certo onera l'istante di un'ulteriore attività processuale, che non va di certo a migliorare la qualità della sua permanenza nel Paese, in un momento di particolare difficoltà, com'è quello di chi necessita di assistenza sanitaria.

Vi sono dunque profili su cui un assestamento della giurisprudenza sarebbe quanto meno auspicabile, alla luce degli interessi dello straniero.

#### 4. IL NUCLEO IRRIDUCIBILE: LE CURE “URGENTI” ED “ESSENZIALI”

Può risultare discutibile, non solo in termini di opportunità, ma anche di compatibilità costituzionale, che un diritto fondamentale sia “spezzettato”, ancor più qualora ciò avvenga sulla base di un criterio giustificativo incentrato sul titolo di presenza del soggetto nel territorio, ma, salvo tornare sul problema, è chiaro che esso si presenta tanto più acuto quanto più si allarghi il divario fra le categorie

---

niero che sia già presente in Italia in condizione di irregolarità. Il che però va ben oltre – forse sarebbe meglio dire contro – quanto risulta dal testo, pensato per chi entra regolarmente nel paese per curarsi, e genera qualche confusione, data la diversa portata della disposizione rispetto all'art. 35, in quanto estesa alle cure anche non urgenti né essenziali.

<sup>13</sup> Nel senso della giurisdizione ordinaria, cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sent. n. 1325/2016, TAR Lombardia, sent. n. 2964/2014, T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, sent. n. 156/2014. Nel senso di quella amministrativa vedi invece T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, sent. nn. 139/2012 e 71/2010, che affrontano il problema in modo esplicito, nonché le decisioni di cui alla nota n. 12, che invece si pronunciano nel merito, implicitamente affermando quindi di averne la potestà.



dei beneficiari delle prestazioni sanitarie: e cioè a seconda di quanto si ritenga far parte del nucleo irriducibile, individuato non solo guardando alla sua delimitazione legale, ma anche alla prassi applicativa, nonché alla tutela giurisdizionale a esso pertinente. “Urgenza”, “essenzialità”, anche “continuativa”, dell’assistenza cui ha diritto la persona in quanto tale, sono formule destinate a riempirsi di significati in via interpretativa, potendo allora estendersi o viceversa contrarsi, pur nei limiti consentiti dal testo. Soprattutto il riferimento a ciò che sia essenziale è «effettivamente non traducibile in significati univoci, oggettivi» (D’Aloia 2003).

Le definizioni legislative sono state seguite da linee guida interpretative di matrice ministeriale che, pur non essendo vincolanti all’esterno della pubblica amministrazione, e quindi in primo luogo per i giudici, sono pur sempre utili, anche perché, pur raramente citate, nemmeno sono state misconosciute dalla giurisprudenza. L’urgenza rimanda alle «cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute», secondo quanto risulta dalla nozione comune del termine, rinviando a una valutazione caso per caso da parte del personale sanitario (circolare interpretativa n. 5/2000, adottata dal Ministero della Sanità, pubblicata nella G.U., Serie generale, n. 126 del 2000, p. 41).

Sul versante delle cure essenziali, è lo stesso art. 35, c. 3, t.u. che, per meglio specificare il concetto, qualifica tali non tanto certe tipologie di prestazioni, ma l’intera gamma di trattamenti inerenti a determinate situazioni concernenti la persona, quali la gravidanza, la maternità, la minore età, inducendo anzi a pensare che, in tale ambito, sussista quanto meno una presunzione in questo senso. Senza con ciò prodursi in un’elencazione tassativa, come la stessa Corte ha avuto modo di riconoscere, e come peraltro si deduceva dalla stessa formula utilizzata, la quale premette all’indicazione delle citate condizioni del soggetto le parole «in particolare», che evidentemente non escludono ulteriori situazioni e/o prestazioni.

Al di fuori di questa cornice, essenziali sono le «prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell’immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamento)» (circolare n. 5/2000, p. 41). Prevale un’interpretazione ampia dell’art. 35, c. 3, t.u., che consente alla struttura interessata di erogare una nutrita serie di prestazioni, anche a carattere continuativo, posto che, a fronte di una patologia, non sarà difficile diagnosticare possibili complicanze o aggravamenti, che la rendano meritevole di cura. Dirimente è l’accertamento medico circa la natura del problema e i conseguenti trattamenti sanitari, come la Corte ha esplicitamente affermato nella decisione 252 del 2001. Da questo punto di vista, la tutela dello straniero non legalmente soggiornante potrebbe trovare ostacolo in una prassi amministrativa restrittiva, favorita dall’incompletezza delle formule legislative utilizzate, ma non sembra sussistere un corrispondente, corposo, contenzioso a dimostrarlo.

La magistratura si è occupata del problema definitorio soprattutto al momento di decidere su ricorsi contro il rigetto di permessi di soggiorno fondati sul bi-

sogno di cure in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità e anche su contestazioni riguardanti decreti di espulsione adottati in spregio ad analoghe esigenze sanitarie in sede di giurisdizione ordinaria.

Entrambi gli ordini si muovono nella prospettiva delineata dalla Corte costituzionale e dal t.u. sull'immigrazione, confermando l'esistenza di un nucleo irriducibile protetto dall'art. 32 cost., in presenza del quale cedono tutti gli altri interessi confliggenti, *in primis* quello al controllo sui flussi migratori, inerente alla tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza<sup>14</sup>. La categoria di interventi sanitari che appare collocata sulla china più scivolosa è quella delle cure essenziali, non essendo sempre semplice determinarne i confini nel concreto dell'esperienza (Morana 2010). Vi rientrano, oltre alle prestazioni per così dire principali, anche «quegli interventi, e solo quelli che, successivi alla rimozione chirurgica della patologia, od alla somministrazione immediata di farmaci essenziali per la vita, siano indispensabili al completamento dei primi o al conseguimento della loro efficacia, nel mentre restano esclusi quei trattamenti di mantenimento e controllo che, pur se indispensabili ad assicurare una *spes vitae* per il paziente, fuoriescono dalla correlazione strumentale con l'efficacia immediata dell'intervento sanitario indifferibile ed urgente» (Corte cassazione, sentt. nn. 7615/2011, 1531/08). Ne segue che è essenziale un trattamento di dialisi (T.A.R. Veneto, sent. n. 1168/2011), mentre non lo sono i controlli per prevenire una recidiva dopo l'asportazione di un sarcoma, oppure una terapia anticoagulante accompagnata da controlli della coagulazione o un trattamento di mantenimento su soggetto affetto da diabete, correlato al «monitoraggio dei parametri bioumorali ...pur indispensabile per il paziente» (v., rispettivamente, T.A.R. Molise, sent. n. 276/2011; Corte di cassazione, sent. n. 1531/2008; T.A.R. Trentino Alto Adige, sent. n. 139/2012). La Corte di cassazione ha sottolineato che queste cure, pur non garantite, ben possono essere prestate allo straniero che si munisca di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 36 t.u.: il che però pare poco convincente se si considera che esso presuppone, fra l'altro, la disponibilità di un reddito adeguato, che potrebbe difettare nel caso singolo<sup>15</sup>, con una conseguente lacuna nella tutela dell'interessato. In generale, la distinzione che emerge dalla citata giurisprudenza appare frutto di un'interpretazione restrittiva rispetto alle potenzialità espansive consentite dal riferimento all'essenzialità, anche continuativa, in relazione all'importanza del bene garantito ex art. 32 e 2 cost. (Pezzini 2009).

Sembra poi che la categoria delle prestazioni essenziali si determini non solo guardando ai contenuti in relazione alla patologia del soggetto che ne ha bisogno,

<sup>14</sup> Così T.A.R. Sicilia, sent. n. 1325/2016, in cui si afferma che qualora la situazione soggettiva del migrante non sia da ricondurre alla componente irriducibile del diritto alla salute, la pretesa andrà valutata «unitamente agli altri interessi pubblici di rango primario rilevanti in tema di soggiorno e permanenza».

<sup>15</sup> Cfr. Corte cassaz., sentt. nn. 7615/2011 e 1531/08. Fermo restando il fatto che il permesso di soggiorno previsto dall'art. 36 t.u., come già sottolineato, riguarda l'ingresso dello straniero, tenuto non a caso a munirsi di apposito visto.

ma anche alla luce di un ulteriore criterio, e cioè l'impossibilità che l'assistenza, non urgente, sia resa nel paese di origine, verso il quale il soggetto è, o potrebbe essere, espulso. La stessa Corte costituzionale ha affermato che la non espellibilità è condizionata al fatto che l'esecuzione del provvedimento rechi un «irreparabile pregiudizio» alla salute dello straniero, il che non è, ad esempio, qualora sia necessario provvedere a un intervento chirurgico che può essere rinviato, seppur entro un ragionevole lasso temporale, e dunque eseguito nel paese di origine. In tal senso si spiegano le valutazioni sulla disponibilità, all'estero, delle tecniche necessarie all'erogazione delle prestazioni per le quali l'interessato chiede un permesso di soggiorno per cure mediche (T.A.R. Campania, sentt. n. 2530/2014 e 3847/2015, T.A.R. Molise, sent. n. 276/2010), o che l'interessato richiama per congelare gli effetti dei provvedimenti di espulsione. E in tal senso muove anche il parallelismo fra la situazione dello straniero, ai sensi dell'art. 35 t.u., e quella del cittadino italiano che si rechi all'estero per usufruire di interventi che rimangono pur sempre a carico del bilancio pubblico, in quanto oggetto di rimborso. I giudici amministrativi, appoggiandosi alla giurisprudenza della Corte di cassazione, sottolineano che la disciplina sulle cure all'estero, risultante dal combinato della legge n. 595 del 1985 e del D.M. 3 novembre del 1989, rappresentando «la positivizzazione delle ipotesi in cui le cure richieste devono ritenersi come attinenti al nucleo essenziale del diritto alla salute», che evidentemente non può mutare a seconda della nazionalità della persona, offre la chiave per interpretare l'art. 35 relativamente allo straniero (T.A.R. Sicilia, Catania, sent. n. 1325/2016; T.A.R. Lombardia, sent. n. 2964/2014).

Se il cittadino può recarsi all'estero per beneficiare non solo di prestazioni che il S.S.N. non è in grado di rendere «tempestivamente», ma anche nell'ipotesi in cui non le assicura «in forma adeguata» (art. 3, c. 5, l. n. 595/1985); e se la mancanza di adeguatezza rispetto alla «particolarità del caso clinico» si ha quando la prestazione «richiede specifiche professionalità ovvero procedure tecniche o curative non praticate ovvero attrezzature non presenti nelle strutture italiane pubbliche o convenzionate con il Servizio sanitario nazionale» (art. 2, c. 4, D.M. 3 novembre 1989), altrettanto dovrà essere garantito allo straniero comunque presente in Italia, in relazione a trattamenti inesistenti nel suo paese o comunque non corredati da sufficienti livelli qualitativi, e di cui necessita per far fronte a patologie significative.

Sul punto due sono i rilievi da effettuare: il primo di ordine normativo, il secondo attinente invece alla prassi amministrativa. Il testo dell'art. 35, al pari delle disposizioni «circostanti», affronta la questione sotto il profilo prettamente interno, guardano cioè alla natura (urgente, essenziale) del trattamento richiesto, senza attribuire rilievo alcuno al livello di assistenza sanitaria che il medesimo richiedente troverebbe nel suo paese di provenienza. Da questo punto di vista la giurisprudenza pare aver introdotto un ulteriore requisito, che vale a restringere la portata dell'art. 35, utilizzando a tal fine la legislazione sulle cure dell'italiano all'estero, il riferimento all'irreparabilità del pregiudizio che il malato subirebbe

in caso di espulsione (Corte cost. sent. n. 252/2001), e in generale operando un bilanciamento, potrebbe dirsi, fra tutela della salute e tutela dell'ordine pubblico<sup>16</sup>.

Quanto alla prassi amministrativa, va notato che risulta difficile immaginare che, nel concreto dell'esperienza, le strutture sanitarie siano gravate, e comunque intendano provvedere, agli accertamenti del caso, verificando di volta in volta – per le cure in astratto essenziali – se siano o meno una “esclusiva” italiana, per decidere se erogarle o meno. È quanto meno ipotizzabile che prevalga un'istanza di accoglienza, salvo situazioni di immediata evidenza. D'altronde, è probabile che ciò accada, a monte, anche per la determinazione di cosa sia essenziale o non lo sia, per lo meno in virtù di un principio di precauzione, che dovrebbe fungere da guida quando si tratta della salute delle persone. In questa logica, per lo straniero irregolare è più rischioso, probabilmente, chiedere alla questura un permesso per cure mediche, che potrà essere rifiutato con conseguente necessità di ricorso giurisdizionale, piuttosto che rivolgersi alla struttura sanitaria, facendo per il resto affidamento sullo stato di inespellibilità ai sensi dell'art. 19 t.u., per come inteso dalla Corte costituzionale.

Un'ultima notazione circa lo spettro di prestazioni sanitarie a favore del soggetto irregolare. Dal momento che esso risulta più circoscritto di quello assicurato allo straniero regolare (e al cittadino, cui questi è equiparato), e che tuttavia taluni interventi, non garantiti ex art. 35 t.u., sono comunque indispensabili per assicurargli una speranza di vita, come afferma la giurisprudenza, bisogna chiedersi se l'assenza di tale assistenza nel paese di origine del malato possa pregiudicare la cura in Italia, in base al fatto che non si tratti di prestazioni essenziali e che, nel caso concreto, non siano nemmeno urgenti<sup>17</sup>.

O si pensa che un'organizzazione sanitaria deficitaria fuori dai confini renda essenziali anche quegli interventi che, ai sensi della nostra legislazione, come filtrata dalla prassi giudiziaria, non lo sarebbero; oppure si cerca un'altra soluzione normativa, non potendosi pensare a una terza ipotesi, consistente nel lasciare il malcapitato a se stesso, ciò che rappresenterebbe una palese violazione di elementari doveri di solidarietà (art. 2 cost.) e, direttamente, un irreversibile pregiudizio al bene salute e dunque all'art. 32 cost. Sembra che, anziché forzare l'interpretazione dei disposti sin qui esaminati, si possa impiegare quella clausola residuale, potrebbe dirsi, rappresentata dal permesso di soggiorno per «seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali», di cui ragiona l'art. 5, c. 6, t.u., con formula tanto flessibile da poter acco-

---

<sup>16</sup> D'altra parte, va osservato che il condizionale è d'obbligo, poiché la comparazione fra prestazioni disponibili in Italia e altrove non è un passaggio argomentativo costante nelle decisioni in materia di diritto alla salute dello straniero irregolare, a volte essendo del tutto inesistente (così in T.A.R. Veneto, sent. n. 1168/2011), il che dimostra la presenza di diverse sensibilità, e di diverse letture della normativa rilevante.

<sup>17</sup> Se lo fossero, ogni rischio per la salute conseguente alla mancata, immediata, erogazione rappresenterebbe infatti una lesione del nucleo irriducibile, come configurato dal più volte citato art. 35 t.u.

gliere simile fattispecie, come del resto già accaduto<sup>18</sup>. Così ragionando la tutela sanitaria del non cittadino irregolare acquista un'ulteriore dimensione, che la completa rendendola maggiormente effettiva.

Tutto ciò non toglie che le modalità con cui il legislatore ha fissato le condizioni di accesso all'assistenza sanitaria, la rendano dipendente, in modo determinante, dall'applicazione che ne viene fatta prima di tutto dal personale sanitario, che è a diretto contatto con la richiesta dello straniero, poi – o parallelamente – dalle autorità di pubblica sicurezza, cui questi si rivolga per ottenere il permesso di soggiorno per cure mediche, o dalle quali si difenda in caso di espulsione nonostante la sussistenza di motivi clinici in contrario; infine, dagli organi giurisdizionali, chiamati a risolvere le conseguenti, eventuali, controversie, fra i quali rientra ovviamente anche la Corte costituzionale. Il risultato complessivo può evidentemente mutare a seconda di molteplici variabili, e forse non sarebbe inutile una novella legislativa che, senza entrare in un'elencazione dettagliata e tassativa di prestazioni erogabili, introducesse qualche elemento di maggiore certezza, magari indicando alcune categorie generali, quand'anche non esaustive, e dunque non tali da esaurire il margine di apprezzamento dell'amministrazione nei casi concreti.

##### 5. RAGIONEVOLE DIFFERENZA O DISCRIMINAZIONE FRA STRANIERO REGOLARE E NON?

A monte, resta peraltro aperta la questione sulla costituzionalità della differenza di protezione del bene fondamentale in discussione, in quanto basata sullo *status* del soggetto, che a sua volta dipende dal fatto che la sua presenza sia oppure no conforme alle norme sull'ingresso e soggiorno in Italia. Questione che non si pone nella giurisprudenza, che si conforma da tempo a tale criterio distintivo, tanto se si tratta della Corte costituzionale, quanto presso i giudici comuni, come si è visto sin qui, ma che non appare sopita nelle riflessioni della dottrina. Sembra contraddittorio qualificare il diritto alla salute come fondamentale, con ciò affermandone la spettanza alla persona in quanto tale, per poi ritagliarne una parte destinata, solo quella, agli stranieri non legalmente soggiornanti (Randazzo 2012). «Non è chiaro dove riposi il fondamento della distinzione fra 'parte' e 'parte' della struttura dei diritti» (Ruggeri 2011, anche con riguardo al diritto alla salute). Ciò che ripropone il problema della ragionevolezza di tale scelta normativa, ovvero di individuare una *ratio* giustificativa, che non trasformi una differenziazione in una vera e propria discriminazione.

<sup>18</sup> Cfr. Tribunale di Roma, ord. 04.05.12, che accoglie la domanda di protezione umanitaria presentata, ai sensi dell'art. 5, c. 6, t.u., da una donna nigeriana affetta da HIV e bisognosa di un trattamento con farmaci antivirali dal costo inaccessibile nel proprio paese e non disponibili nella maggior parte degli Stati africani. In alternativa, sembra utilizzabile allo scopo il permesso di soggiorno di cui all'art. 36 t.u., già ricordato, nell'interpretazione ampia che ne offre certa giurisprudenza amministrativa (v. nt. 12), che lo trasforma anch'esso in una norma di chiusura del sistema.

Può pesare il profilo della sostenibilità finanziaria, in base al presupposto per cui, salvo eccezioni, chi non risiede legalmente nel territorio presumibilmente difetta di un reddito che gli consenta di pagare l'assistenza, anche nella sola misura del ticket previsto per tutti (art. 35, c. 4, t.u.). Con l'effetto che, allargare l'ambito garantito, oltre ciò che sia ritenuto urgente o essenziale, comporterebbe un ulteriore aggravio alle condizioni della finanza pubblica, oggi ben più in difficoltà di quanto probabilmente avveniva alla fine degli anni '90, quando ha visto la luce la disciplina in tema di immigrazione. Tuttavia, al netto del rilievo secondo cui il bilanciamento andrebbe effettuato fra entità omogenee – dunque non fra diritti ed esigenze di bilancio – e che comunque l'interesse prevalente non dovrebbe essere quello economico (Luciani 2016), la limitatezza delle risorse disponibili può giustificare una *deminutio* di tutela per tutti, salvo che non si arrivi al punto di renderla puramente fittizia, negando nella sostanza il diritto alla cura, ma è più che discutibile che altrettanto valga quando solo una certa categoria di persone subisce un trattamento meno favorevole.

Il criterio che presiede alla determinazione della categoria penalizzata – rispetto alla generalità dei consociati stanziati nello stesso luogo – è poi quello della presenza regolare o meno, che a sua volta dipende da una qualificazione legislativa circa la posizione del soggetto rispetto alle regole sull'ingresso e soggiorno, dettate dal medesimo legislatore in una logica di contenimento del fenomeno migratorio, ispirata a finalità di ordine pubblico. Ed è da chiedersi se simile interesse abbia legittimamente a prevalere sul diritto alla salute, soprattutto considerando che il principio che anima il nostro sistema costituzionale è quello della dignità dell'individuo (artt. 2 e 3 cost.; Ruggieri 2011), e che questa si misura anche sulla sfera di protezione della salute, quale stato di benessere psico fisico: circoscrivere le prestazioni per alcuni rispetto a quelle offerte agli altri rende i primi “meno degni” dei secondi. Lo stesso dovere di solidarietà, declinato, ai sensi dell'art. 2 cost., a prescindere dalla regolarità della presenza del singolo, spinge nella direzione di un'assimilazione, o almeno di un avvicinamento alla posizione del cittadino/straniero regolare, in questo delicato settore.

Anche la previsione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria (LEA), che il legislatore statale fissa con validità estesa all'intero territorio, vincolando pertanto la normazione regionale di dettaglio, offre spunti di riflessione utili sul tema. Tale previsione, e relativa concretizzazione, precede la riforma del Titolo V cost., che peraltro in materia di tutela della salute non innova quanto al tipo di competenza riconosciuta alle Regioni, e anzi generalizza lo schema con riguardo alle «prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, c. 2, lett. m), quale titolo statale trasversale. Emerge quindi un riferimento a ciò che viene ritenuto essenziale nella salvaguardia di un diritto, che connota anche la tesi del nucleo essenziale (o irriducibile, che dir si voglia) dei diritti fondamentali. È vero che la funzione dei due elementi non è la stessa (Rovagnati 2003): nel primo caso siamo di fronte a un titolo competenziale, che consente allo Stato di intervenire con una disciplina

uniforme, in cui “essenziale”, in sostanza, è ciò che in un determinato momento storico il legislatore ritiene che sia<sup>19</sup>. Dall’altro lato, la teoria del contenuto essenziale risponde al fine di limitare la discrezionalità legislativa nel tratteggiare i contenuti di un diritto fondamentale, sicché, una volta individuato, dovrebbe essere stabile, o almeno relativamente stabile nel tempo. Ne deriva che i livelli essenziali possono coincidere col nucleo, o andare oltre, nel senso di essere maggiormente garantisti: purché non si spingano al di sotto del livello di tutela che esso esprime (Cavasino 2012).

Tuttavia è sensato pensare che, una volta stabilito in un dato contesto, e quindi *rebus sic stantibus*, che un determinato ambito di prestazioni, in quanto essenziale, vada garantito ugualmente in tutta Italia, divenga difficile affermare al contempo che per una data fascia di persone – gli stranieri irregolari – le medesime prestazioni perdano quel connotato, non siano essenziali, e quindi non vengano loro erogate<sup>20</sup>. A meno che non si ravvisi una ragione costituzionalmente significativa, il che, come sopra riferito, lascia perplessi qualora la si identifichi nello stato di non regolarità.

Spesso, quando si propugna un innalzamento della tutela a favore degli immigrati, anche al di fuori del campo delle prestazioni sanitarie, si invoca la maggiore conformità al nostro sistema costituzionale, visto anche nella sua apertura alle norme sovranazionali (Ruggeri 2015), di una politica inclusiva, in antitesi a una esclusiva, che fra l’altro ha spesso ispirato le scelte statali e a volte anche regionali, in materia di immigrazione (Pugiotto 2009 e Patroni Griffi 2009). Rapportato al tema in discussione, ragionare di inclusione forse non è del tutto appropriato, per lo meno se con ciò si vuole alludere a prestazioni o provvidenze che siano funzionali a uno stabile inserimento della persona in una data comunità, visto che lo straniero, in quanto irregolare, è normalmente destinato all’espulsione. Tuttavia non è sempre detto che sia così, visto che spesso l’immigrato irregolare vive in uno stato di “sospensione”, in attesa di una regolarizzazione di massa che prima o poi arriva, in quanto resa necessaria dalla sproporzione fra gli ingressi reali e quelli programmati, in una sorta di «tempo di mezzo fra titoli di soggiorno differenti all’interno di un percorso migratorio e residenziale sostanzialmente stabile» (Bascherini 2010). E comunque, anche nel caso in cui la vicenda del singolo si concluda con l’uscita dal nostro territorio, una volta ultimata la cura, resta nondimeno intatta l’istanza di non discriminare nel godimento di un diritto fondamentale, che presuppone una situazione di bisogno, cui dare una

---

<sup>19</sup> Il *quantum* di assistenza sanitaria erogabile in un dato momento storico dipende, prima di tutto, come già ricordato, dalle risorse disponibili, ma anche dall’idea di tutela sanitaria che un certo ordinamento assume come propria. Si tratta dunque di una nozione non solo indeterminata, sino a che non è riempita di contenuti, ma anche mutevole in base al singolo contesto.

<sup>20</sup> Cfr. Vosa 2016. Il fatto che, secondo l’art. 35, c. 3, t.u., all’irregolare sia assicurata protezione per quel che attiene alle cure essenziali, oltre che urgenti, non toglie infatti che esse non coincidano con l’intera gamma dei LEA, cioè con quanto ritenuto essenziale per i cittadini e gli stranieri regolarmente soggiornanti.



risposta piena, senza che questa implichi appunto alcuna definitiva stabilizzazione del soggetto<sup>21</sup>.

## 6. IL RIPARTO DI COMPETENZE IN MATERIA DI TUTELA DELLA SALUTE

Residua l'aspetto del riparto di competenze legislative, qualora venga in gioco la salute del non cittadino, comunque presente sul territorio nazionale. Sul punto vengono in considerazione da un lato la riserva di legge sulla condizione giuridica dello straniero, in relazione alle materie statali «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» e «immigrazione» (artt. 10, c. 2, e 117, c. 2, lett. a e lett. b, cost.); dall'altro il titolo di competenza concorrente «tutela della salute» (art. 117, c. 3, cost.). In generale, può dirsi ormai consolidato il principio secondo cui i titoli di competenza statale non legittimano una sorta di assorbimento di ogni aspetto attinente al fenomeno migratorio. Al contrario, la Corte ha più volte riconosciuto che, ove sussistano attribuzioni regionali, di tipo concorrente o residuale, coinvolgenti i diritti fondamentali, ben può trovare spazio la legislazione regionale. Così nel settore dell'assistenza sanitaria, del diritto all'istruzione, dell'assistenza sociale, coinvolgenti a ogni evidenza anche lo straniero. Tutt'altro discorso quando invece entri in gioco la disciplina sugli ingressi e sulle condizioni di permanenza nel paese, aspetti che invece rappresentano il *proprium* della competenza statale (Corte cost., sentt. nn. 134/2010 e 300/2005).

Da qui il rigetto di una serie di impugnative governative, volte invece ad affermare il carattere pervasivo della competenza centrale, verso leggi regionali che disciplinavano, per quel che qui interessa, l'erogazione di trattamenti sanitari a beneficio dei non cittadini, quand'anche non in regola con le norme sul permesso di soggiorno. Vertendo le singole controversie nell'ambito della materia concorrente «tutela della salute», il ragionamento della Corte si sviluppa su di una verifica di conformità del dettato regionale all'impianto del testo unico statale, in quanto espressivo dei principi fondamentali, codificati negli artt. 34 e 35 (Corte cost., sentt. nn. 269, 299/2010, 61/2011). Le Regioni intervengono dunque per organizzare, favorire, rendere maggiormente fruibili, quelle prestazioni – e quelle soltanto – che già lo Stato riconosce, contenute, come già detto, nel nucleo irriducibile delle prestazioni urgenti ed essenziali<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> È realmente accettabile negare a chi sia stato operato per rimuovere un tumore la possibilità di sottoporsi a controlli volti a verificare l'efficacia dell'intervento e comunque ad evitare la recidiva, come sembra emergere da T.A.R. Molise, sent. n. 276/2011?

<sup>22</sup> D'altronde, come la Corte ha evidenziato nelle sentenze appena ricordate, lo stesso testo unico, insieme al relativo regolamento di attuazione, valorizzano il ruolo delle Regioni nei confronti dello straniero, vuoi chiamandole ad adottare i «provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri ... nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana» (art. 3, c. 5, t.u.), vuoi stabilendo che «le Regioni individuano le modalità più

La Consulta non chiarisce però se le Regioni possano andare oltre al nucleo irriducibile. Nei casi concreti non era necessario risolvere la questione, visto che le discipline impugnate non avevano tale finalità. Al giorno d'oggi il problema non pare concreto, dato che non sono probabili politiche sanitarie locali espansive, le quali presuppongono una disponibilità di risorse che fa difetto a ogni livello di governo<sup>23</sup>. Tuttavia, dal punto di vista giuridico ha senso porsi il problema. Mentre infatti non è dubbio che le autonomie territoriali possano legiferare per incrementare i livelli di assistenza fissati a livello centrale (Cavasino 2012), lo è il fatto che possano superare la linea distintiva fissata dal testo unico rispetto agli immigrati non regolari, dal momento che questa potrebbe essere qualificata come un principio fondamentale, come tale inderogabile ex art. 117 cost. (Mabellini 2011), oltrepassato il quale si sconfinava nel settore delle «politiche dell'immigrazione», di spettanza statale (Strazzari 2010).

Il discorso sarebbe diverso se si trattasse della legislazione regionale sulle provvidenze sociali, poiché si verte in una materia – l'assistenza sociale – residuale, dove quindi il margine di manovra aumenta in modo significativo. In questo settore si è infatti formata una consistente legislazione locale, e una altrettanto rilevante giurisprudenza costituzionale, la quale ha riconosciuto il citato titolo di competenza, negando pertanto che, in questo settore, mantenga rilievo l'impostazione peculiare al t.u. sull'immigrazione, secondo cui le relative norme costituiscono principi fondamentali per le Regioni ordinarie e norme fondamentali di riforma economico sociale per quelle speciali. Impostazione questa superata dalla successiva riforma costituzionale. Nell'esercizio delle proprie attribuzioni le Regioni a volte hanno seguito logiche di chiusura verso lo straniero, discriminandolo in base alla nazionalità<sup>24</sup>, oppure facendo leva, al fine di ridurre la platea dei beneficiari, sul requisito della residenza "qualificata", che, pur se affermato come presupposto per tutti gli interessati, produce effetti maggiormente penalizzanti nei riguardi dei non cittadini: incontrando talora la sanzione della dichiarazione di incostituzionalità, talaltra venendo invece salvate – le relative discipline – dal Giudice delle leggi<sup>25</sup>. Ne deriva allora una normativa sociale "a

---

opportune per garantire che le cure essenziali e continuative ... possano essere erogate nell'ambito delle strutture della medicina del territorio» (art. 43, c. 8, D.P.R. n. 394/1999).

<sup>23</sup> Come ben sanno le Regioni per prime, posto che, in ossequio al principio di leale collaborazione, sono sempre coinvolte nel procedimento di determinazione dei LEA che, a sua volta, implica una valutazione delle risorse disponibili (Vivaldi 2012).

<sup>24</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 432/2005, riguardante una legge lombarda che circoscriveva dati benefici – il trasporto gratuito sui mezzi pubblici – ai soli cittadini, nonché Corte cost., sent. n. 40/2011 su legge del Friuli Venezia Giulia che faceva altrettanto relativamente al godimento di un intero sistema di provvidenze, variamente articolato al proprio interno.

<sup>25</sup> Cfr. Corsi 2014. La discriminazione in ragione della mera nazionalità è stata ritenuta non conforme a Costituzione (cfr. sentt. nn. 432/2005 e 40/2011). Più complessa la situazione che si ravvisa in Corte cost., sentt. nn. 2, 133, 172 e 222/2013, 168/2014, riguardanti leggi della Provincia di Bolzano, del Trentino Alto Adige, della Provincia di Trento, del Friuli Venezia Giulia, ed, infine, della Regione Valle d'Aosta, le quali prevedevano, in capo ai beneficiari delle provvidenze ivi contemplate, una residenza nel territorio regionale o provinciale di varia durata. In

macchia di leopardo”, che peraltro, salvo il rispetto dei livelli essenziali riservati allo Stato (art. 117, c. 2, lett. m), e salva la verifica di ragionevolezza, risponde al pluralismo istituzionale accolto dalla nostra carta fondamentale.

Il che però non risolve il problema, poiché è difficile costruire un parallelismo fra le politiche di assistenza sociale (competenza residuale) e quelle sanitarie (competenza concorrente), non fosse altro perché le prime, pur nella versione maggiormente favorevole allo straniero, ne presuppongono pur sempre la condizione di soggetto in regola con le norme di ingresso, implicita nel requisito della residenza, quand’anche “istantanea”.

Allo scopo di legittimare norme regionali volte a trattare in modo unitario il diritto alla salute dello straniero, regolare o meno, è semmai più utile seguire altre vie, valorizzando il richiamo al ruolo delle Regioni da parte dello stesso t.u. o, in alternativa, puntando sulla distinzione giurisprudenziale fra titolarità del diritto e modalità di esercizio del medesimo, pur in precedenza posta in discussione. Sul primo versante, si è già ricordato che la disciplina statale prevede una collaborazione fra centro e periferia, là dove chiama i poteri locali ad adottare i provvedimenti funzionali all’attuazione dei diritti fondamentali. Al prezzo di forzare un po’ la lettura del disposto, in una logica di accentuazione del policentrismo (art. 5 cost.), lo si potrebbe intendere come attributivo di una facoltà di intervento finalizzata a incrementare i livelli di tutela a favore anche dei migranti irregolari, andando oltre il nucleo essenziale, più volte nominato, che quindi sarebbe norma di garanzia di uno standard minimo, elevabile in sede locale. Oppure si potrebbe pensare, nell’identità del risultato, che, parlando di modalità di esercizio del diritto disponibili da parte del legislatore, la Corte si sia riferita anche a quello regionale (Bascherini 2010). Tutte ipotesi peraltro sulla cui conformità a costituzione non si può fare troppo affidamento, sino a che la Corte non abbia a pronunciarsi in merito.

---

queste fattispecie la Corte ha differenziato a seconda che le prestazioni fossero legati ai bisogni primari della persona, come tali da assicurare a coloro che semplicemente risiedessero *in loco*, o non si trattasse piuttosto di interventi non essenziali, rivolti al sostegno dei membri della comunità, per i quali una stabile permanenza si giustifica, a condizione che non sia irragionevolmente lunga.

- Algotino, A. (2002), "Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso", *Giurisprudenza italiana*.
- Bascherini, G. (2010), "Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del 'pacchetto sicurezza'. Osservazioni in margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010", *Giurisprudenza costituzionale*.
- Cavasino, E. (2012), "Perché costruire il diritto alla salute come 'diritto a prestazione' rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del 'contenuto minimo essenziale'", <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/CavasinoDEF.pdf>.
- Corsi, C. (2014), "Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale", *Federalismi*, it, 3.
- D'Aloia, A. (2003), "Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni", *Le Regioni*.
- Immordino, M. (2014), "Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati", *Federalismi*, it, 19.
- Luciani, M. (2016), "Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale", *Rivista AIC*, 3.
- Mabellini, S. (2011), "La dimensione sociale dello straniero tra uniformità (sovranzionale) e differenziazione (regionale)", *Giurisprudenza costituzionale*.
- Minni, F., Morrone, A. (2013), "Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana", *Rivista AIC*, 3.
- Morana, D. (2010), "Titolari di diritti, anche se irregolari: politiche regionali di integrazione sociale e diritto alla salute degli immigrati (note minime a Corte cost., sent. n. 269 del 2010)", *Giurisprudenza costituzionale*.
- Morana, D. (2013), "I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività", *Rivista AIC*, 4.
- Pace A., (2010), "Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo", *Rivista AIC*.
- Patroni Griffi, A. (2009), "Stranieri non per la costituzione", in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- Pezzini, B. (2009), "Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali", relazione al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non cittadino", <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Pezzini.pdf>.
- Pugiotto, A. (2009), "Purché se ne vadano'. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero", relazione al Convegno dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "Lo statuto costituzionale del non

- cittadino”, <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200910/Pugiotto.pdf>.
- Randazzo, A. (2012), “La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale ‘dimezzato’”, Consulta online.
- Roccella, A. (2009), “Il carattere universale del Servizio nazionale e gli stranieri”, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- Rovagnati, A. (2003), “I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), Il comma, art. 117 Cost.”, Le Regioni.
- Ruggeri, A. (2011), “Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri”, *Rivista AIC*, 2.
- Ruggeri, A. (2015), “I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali”, Consulta online.
- Strazzari, D. (2010), “Stranieri regolari, irregolari, ‘neocomunitari’ o persone? Gli spazi d’azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un’ambigua sentenza della Corte costituzionale”, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- Vivaldi, E. (2012), “I diritti sociali tra Stato e Regioni: il difficile contemperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie”, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/VivaldiDEF.pdf>.
- Vosa, G. (2016), “‘Cure essenziali’. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall’auto-determinazione della persona al policentrismo istituzionale”, *Diritto pubblico*, 2.