



Collana diretta da Angela Di Stasi

**DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE  
NEL CONTESTO GIURIDICO  
INTERNAZIONALE ED EUROPEO**

**MIGRANT WOMEN  
AND GENDER-BASED VIOLENCE  
IN THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN  
LEGAL FRAMEWORK**

a cura di

**Angela Di Stasi**

**Raffaele Cadin Anna Iermano Valentina Zambrano**

∞  
**A. Di Stasi  
R. Cadin  
V. Zambrano**  
(a cura di)

**DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE  
NEL CONTESTO GIURIDICO  
INTERNAZIONALE ED EUROPEO**  
**MIGRANT WOMEN  
AND GENDER-BASED VIOLENCE  
IN THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK**



ISBN 979-12-5976-714-1



9 791259 767141

La presente opera affronta il tema della violenza rispetto alle donne migranti, alla luce del collegamento violenza/genere/migrazioni che risulta analizzato mediante una riflessione su questioni giuridiche che, in alcuni casi, non risultano sufficientemente esplorate. Essa declina il tema dell'indagine lungo una doppia direttrice che si riflette nelle due sezioni in cui si articola l'opera: quella relativa alla violenza esercitata contro le donne nei Paesi di origine che assurge a fattore di migrazione "forzata" e quella relativa alla violenza di cui possono essere vittime le donne negli Stati di destinazione con un particolare (ancorché non esclusivo) *focus* dedicato al nostro Paese. La circolarità dei fenomeni trattati impedisce di creare una netta separazione tra i due piani di indagine che si intersecano anche con le delicate problematiche che riguardano il *viaggio* delle donne migranti e le sue non infrequenti criticità. L'auspicio è che la riflessione proposta contribuisca a consolidare un approccio alla tutela delle donne migranti, fondato su una valutazione della dimensione individuale e di gruppo delle loro vulnerabilità, atto a profilare soluzioni idonee a colmare le lacune esistenti negli strumenti normativi vigenti.

This volume is dedicated to the issue of violence against migrant women in the light of the relationship between violence, gender, and migration, analysed through a reflection of the legal issues, which in some cases are still not adequately dealt with. It examines the topic along two lines of inquiry reflected in the two sections into which the work is divided. The first deals with violence against women in their countries of origin, which becomes a factor of "forced" migration, while the second concerns violence that women can suffer in the host countries, with a particular (albeit not exclusive) *focus* on Italy. The circularity of these phenomena prevents a clear distinction among the two levels of investigation, which also intersect with delicate issues related to the *journey* of migrant women and the often critical aspects. The hope is that the analyses developed in this volume can help consolidate an approach to the protection of migrant women, according to an adequate assessment of the individual and collective dimensions of their vulnerability, capable of outlining solutions to fill the gaps in existing legal instruments.

euro 50,00

EDITORIALE SCIENTIFICA  
2023

Collana  
Freedom, Security & Justice: European Legal Studies



**DIRETTRICE**

Angela Di Stasi

**COMITATO SCIENTIFICO**

Sergio Maria Carbone, Roberta Clerici, Nigel Lowe, Paolo Mengozzi,  
Massimo Panebianco, Guido Raimondi, Silvana Sciarra, Giuseppe Tesaro†,  
Antonio Tizzano, Ennio Triggiani, Ugo Villani

**COMITATO EDITORIALE**

Maria Caterina Baruffi, Giandonato Caggiano, Alfonso-Luis Calvo Caravaca,  
Ida Caracciolo, Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Inge Govaere,  
Paola Mori, Lina Panella, Nicoletta Parisi, Lucia Serena Rossi

**COMITATO DEI REFEREES**

Bruno Barel, Marco Benvenuti, Francesco Buonomenna, Raffaele Cadin,  
Ruggiero Cafari Panico, Federico Casolari, Luisa Cassetti,  
Giovanni Cellamare, Giuseppe D'Angelo, Marcello Di Filippo,  
Rosario Espinosa Calabuig, Ana Cristina Gallego Hernández,  
Pietro Gargiulo, Francesca Graziani,  
Giancarlo Guarino, Elspeth Guild, Víctor Luis Gutiérrez Castillo,  
Ivan Ingravallo, Paola Ivaldi, Luigi Kalb, Luisa Marin, Simone Marinai,  
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Rostane Medhi, Michele Messina,  
Stefano Montaldo, Violeta Moreno-Lax, Claudia Morviducci, Michele Nino,  
Criseide Novi, Anna Oriolo, Leonardo Pasquali, Piero Pennetta,  
Emanuela Pistoia, Concetta Maria Pontecorvo, Pietro Pustorino,  
Santiago Ripol Carulla, Gianpaolo Maria Ruotolo, Teresa Russo,  
Alessandra A. Souza Silveira, Ángel Tinoco Pastrana, Chiara Enrica Tuo,  
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Alessandra Zanobetti

**DONNE MIGRANTI E VIOLENZA  
DI GENERE NEL CONTESTO GIURIDICO  
INTERNAZIONALE ED EUROPEO**

**MIGRANT WOMEN AND GENDER-BASED  
VIOLENCE IN THE INTERNATIONAL  
AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK**

*a cura di*

**Angela Di Stasi  
Raffaele Cadin Anna Iermano Valentina Zambrano**

Editoriale Scientifica  
2023

Volume finanziato con fondi dell'Unità di ricerca dell'Università di Salerno – Progetto PRIN 2017 MIUR – “International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues/Migrazioni internazionali, Stato, sovranità, diritti umani: questioni giuridiche aperte” e realizzato nell’ambito delle attività dell'Osservatorio sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

*Comitato di redazione*

Mariangela Barletta  
Pierfrancesco Breccia  
Marta Sabino

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-5976-714-1

*Alla cara memoria di Maria Rita Saulle,  
donna, educatrice, giurista, giudice  
e sensibile garante delle vulnerabilità*



## INDICE/TABLE OF CONTENTS

### INTRODUZIONE/ INTRODUCTION

- Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo/*Migrant Women and Gender-Based Violence in the International and European Legal Framework* – ANGELA DI STASI 13

### I SEZIONE/PART I

#### **Donna vittime di violenza nel Paese di origine** *Women Victims of Violence in the Origin Country*

- Le radici etniche e culturali della violenza di genere: un approccio di diritto internazionale/*The Ethnic and Cultural Roots of Violence against Women: the Approach of International Law* – SILVIA ANGIOI 33

- La guerra contro le donne nell’Afghanistan dei Talebani tra Consiglio di sicurezza e protezione internazionale/*The Taliban’s War Against Afghan Women between the Security Council and International Protection* – RAFFAELE CADIN 71

- The Problem of Accountability for Acts of Sexual Exploitation and Abuse in Peace Operations and the Victims’ Assistance Measures/Il problema della responsabilità per gli atti di sfruttamento e abuso sessuale nelle operazioni di pace e le misure di assistenza alle vittime* – NICOLA COLACINO 101

- “Violenza climatica” e migrazioni di genere nel diritto internazionale/*“Climate Violence” and Gendered Migration in International Law* – SARA DE VIDO 137



- Conservation and Displacement: International Organizations, Environmental Protection and the Rights of Women/Conservazione e trasferimento forzato: organizzazioni internazionali, tutela dell'ambiente e diritti delle donne* – GIADA GIACOMINI 171
- Il riconoscimento della protezione internazionale alle vittime di matrimonio forzato/*The Recognition of the International Protection to the Victims of Forced Marriage* – LUIGINO MANCA 195
- Il divieto di velo islamico nella giurisprudenza internazionale: tra parità di genere, neutralità religiosa e *living together*/*The Ban on the Islamic Veil in International Jurisprudence: Between Gender Equality, Religious Neutrality, and "Living Together"* – ANNA ORIOLO 229
- Not Just a Matter of Numbers. Principal Statistical Sources on Gender and Migration/ Non solo una questione di numeri. Principali fonti statistiche su genere e migrazioni* – ALESSANDRO POLLI 263
- The Continuum between Human Trafficking and Enslavement: Recent Italian Jurisprudence on Abuses Committed against (Female) Migrants in Libya/La relazione tra tratta di esseri umani e riduzione in schiavitù: la recente giurisprudenza italiana sugli abusi commessi contro (donne) migranti in Libia* – LUIGI PROSPERI 279
- Tratta degli esseri umani: profili di rischio nell'ambito della crisi ucraina/*Trafficking in Human Beings: Risk Profiles in the Context of the Ukrainian Situation* – CHIARA SCIPIONI 319
- La sterilizzazione forzata delle donne come forma di violenza di genere: un'analisi "intersezionale"/*Forced Sterilization of Women as a Form of Gender-Based Violence: An "Intersectional" Analysis* – VALERIA TEVERE 341
- Il diritto alla salute delle donne migranti: garanzie costituzionali e internazionali a confronto/*The Right to Health of Migrant Women: Constitutional and International Norms Compared* – SARA TONOLO, DAVIDE MONEGO 371

Rivolta femminile in Iran e questioni migratorie/*Women's Revolt in Iran and Migration Issues* – SHIRIN ZAKERI 427

Tutela delle vittime di mutilazioni genitali femminili tra possibile riconoscimento dello *status* di rifugiato e rimpatri considerati legittimi/*Protection of Victims of Female Genital Mutilations between Possible Recognition of Refugee Status and Return Operations Considered Lawful* – VALENTINA ZAMBRANO 451

## II SEZIONE/PART II

### Donne vittime di violenza nel Paese ospitante *Women Victims of Violence in the Host Country*

*The Proposal for a EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence/La proposta di una direttiva dell'Unione europea sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica* – ELISABETTA BERGAMINI 487

Una forma estrema di violenza contro le donne: la tratta a scopo di sfruttamento sessuale/*An Extreme Form of Violence against Women: Trafficking for the Purpose of Sexual Exploitation* – ANNA RITA CALABRÒ 511

*Migrant Women in Germany: Challenges and Protection/Donne migranti in Germania: sfide e protezione* – RÉKA FRIEDERY 553

*Vicarious Emotional Trauma: Gender Dimensions of Working with Refugees/Trauma emotivo vicario: la dimensione di genere nel lavoro con i migranti* – MARYELLEN FULLERTON 571

Donne migranti e rilevanza penale del fattore culturale alla stregua di fonti internazionali ed europee: il “controlimite” del rispetto dei diritti fondamentali/*Migrant Women and Criminal Relevance of the Cultural Factor according to International and European Sources of Law: the Obligation to Respect Human Rights as a “Counterlimit”* – ANNA IERMANO 599

- Le violazioni della Convenzione europea dei diritti umani riscontrate nella più recente giurisprudenza della Corte EDU in casi di violenza domestica/*Violations of the European Convention on Human Rights in the Most Recent Case Law of the Court of Strasbourg concerning Domestic Violence* – ANTON GIULIO LANA 635
- Discriminazione intersezionale e contrasto ai reati generati dall'odio contro le donne migranti: tutele attuali e prospettive evolutive in seno all'UE /*Intersectional Discrimination and Contrast to Hate Crimes Against Migrant Women: Current Safeguards and Evolving Perspectives in the EU* – CLAUDIA MORINI 663
- Registrazione alla nascita e diritto al rilascio dei documenti: la rilevanza del diritto internazionale per alcuni aspetti migratori e di genere/*Registration at Birth and the Right to Issue Documents: The Relevance of International Law for Certain Aspects of Migration and Gender* – GIANPAOLO MARIA RUOTOLO 691
- Il velo islamico e le discriminazioni sul luogo di lavoro nella giurisprudenza della Corte di giustizia tra bilanciamento e comparazione/*The Islamic Headscarf and Workplace Discrimination in the Case Law of the Court of Justice between Balancing and Comparison* – TERESA RUSSO 711
- Le vulnerabilità delle donne migranti nella giurisprudenza della Corte Edu tra profili di tutela e problematiche irrisolte/*Vulnerabilities of Migrant Women in the Case Law of the European Court of Human Rights: safeguards and pitfalls* – ALESSIO SANGIORGI 743
- Non solo criminalizzazione: il conflitto culturale secondario e la vittimizzazione delle donne migranti/*Beyond Criminalisation: Secondary Cultural Conflict and Victimisation of Migrant Women* – FRANCESCO SCHIAFFO 779
- Contrasting Gender-Based Violence: Comparative Profiles*/Il contrasto alla violenza di genere: profili comparatistici – GIOVANNI SCIANCALEPORE, CARLA COSENTINO 791

Violenza di genere e violenza domestica nella “legalità reticolare”: il sistema penale multilivello alla prova della politica criminale/ <i>Gender-Based Violence and Domestic Violence in the “Reticular Legality”: The Multilevel Penal System to the Test of Criminal Policy</i> – ANTONINO SESSA	825
La violenza di genere e la tratta nei giudizi per la protezione internazionale/ <i>Gender-Based Violence and Trafficking in the Legal Procedure for International Protection</i> – LUCIA TRIA	865
NOTES ON CONTRIBUTORS	893



## INTRODUZIONE

### DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE NEL CONTESTO GIURIDICO INTERNAZIONALE ED EUROPEO

*Angela Di Stasi\**

La presente opera nasce da un progetto culturale che, ideato da alcuni docenti dell'Università degli Studi di Salerno e dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, è stato sottoposto alla più ampia condivisione di studiosi di Università ed enti di ricerca italiani ed esteri nonché di operatori del diritto. Esso (si riconduce ed) integra (al) l'insieme delle attività di ricerca promosse nell'ambito del Progetto PRIN 2017 "*International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: open legal issues*" di cui sono *Principal Investigator* e si muove anche nell'esercizio della delega alle pari opportunità conferitami dal Magnifico Rettore di UNISA.

L'oggetto della ricerca è costituito dal delicato tema della violenza rispetto alle donne migranti, alla luce del collegamento violenza/genere/migrazioni ed è analizzato mediante una riflessione collettanea su questioni giuridiche che, in alcuni casi, continuano a non essere sufficientemente esplorate. Risulta auspicabile, dunque, da un lato, la (più possibilmente compiuta) definizione dell'entità del fenomeno e delle sue specificità; dall'altro, l'opzione metodologica a favore di una disamina "integrata" e, il più possibile, *gender oriented* degli strumenti normativi esistenti anche alla luce delle soluzioni giurisprudenziali profilate.

\* Ordinario di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Salerno. Indirizzo e-mail: [adistasi@unisa.it](mailto:adistasi@unisa.it)

Il *network* multidisciplinare che ha realizzato tale opera ha posto plurime competenze e sensibilità giuridiche, metagiuridiche e non giuridiche al servizio della lettura critica ed evolutiva di un fenomeno multidimensionale che, per sua natura, tende a sfuggire a rigidi steccati disciplinari. Ne è derivata un'opera di taglio giuridico, connotata da una prevalenza dei profili internazionalistici ed europei, senza che questo escluda la disamina di importanti questioni di carattere comparatistico e penalistico, e che risulta integrata per effetto dell'apporto dei contributi di specialisti di aree culturali non giuridiche (quali la sociologia e la statistica).

Come è ben noto la Commissione delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha riconosciuto, da tempo, il nesso intercorrente tra violenza di genere e discriminazione, sottolineando nella Risoluzione 2003/45 che "tutte le forme di violenza contro le donne si verificano nel contesto della discriminazione *de jure* e *de facto* contro le donne e dello *status* inferiore accordato alle donne nella società e sono esacerbate dagli ostacoli che le donne spesso incontrano nel cercare rimedi dallo Stato".

Orbene è risaputo che, nell'esperienza migratoria femminile, il genere sia suscettibile di poter costituire un fattore di "svantaggio" quando concorre ad aumentare la vulnerabilità dei soggetti migranti accentuando il rischio di subire violenze, talora funzionali alla instaurazione di situazioni di grave sfruttamento nei settori del lavoro sessuale, così come di quello del lavoro domestico o dei servizi alla persona ma anche del lavoro industriale e agricolo. Invero, da un lato, le migrazioni possono costituire un'opportunità unica per poter realizzare, mediante l'allontanamento dal paese di origine, percorsi individuali tesi al conseguimento dell'autosufficienza economica e/o dell'autonomia personale; al tempo stesso, quando esse rappresentano un elemento di accresciuto rischio, suscettibile di rendere ancora più vulnerabili le donne coinvolte, rendono indispensabile la piena applicazione ed eventualmente l'interpretazione *gender-sensitive* di un insieme di strumenti di Diritto internazionale, europeo e nazionale al fine di garantire, ma anche di prevenire e reprimere, un complesso di violazioni dei diritti umani.

Costituisce, infatti, un dato ormai consolidato la configurabilità di un rapporto intercorrente tra vulnerabilità e migrazioni laddove l'incidenza del genere potrebbe configurare una doppia vulnerabilità per le donne in quanto tali e in quanto migranti. Al tempo stesso le norme sull'immigrazione, nella loro tendenziale neutralità e indifferenza rispetto al genere, sono suscettibili di creare fattori forieri di determinare discriminazioni o possono, esse stesse, produrre direttamente discriminazioni.

Donne, quindi, come soggetti (potenzialmente se non probabilmente) vulnerabili laddove, a fronte del crescente richiamo alla vulnerabilità – nelle sue varie declinazioni – nel Diritto internazionale ed europeo dei diritti umani nonché nella prassi giurisprudenziale, tale nozione, sotto il profilo giuridico, continua a conservare una sua indeterminatezza che ne rende non agevole la verifica *case by case*. Il tutto laddove, invece, l'incidenza “virtuosa” di questioni di genere sulla disciplina migratoria potrebbe tradursi nell'utilizzo, in senso sostanziale ma anche procedurale, di tale nozione quale fattore di abbassamento della soglia occorrente per integrare la violazione di un obbligo internazionale, quale strumento per consentire il potenziamento di un obbligo positivo di protezione o, infine, ai fini della configurazione di un obbligo “qualificato” di protezione, nel quadro di una, per così dire, *due diligence* qualificata.

Il volume declina il tema dell'indagine lungo una doppia direttrice che si riflette nelle due sezioni in cui si articola l'opera: quella relativa alla violenza esercitata contro le donne nei Paesi di origine che assurge a fattore di migrazione “forzata” e quella relativa alla violenza di cui possono essere vittime le donne (tanto migranti “volontarie” che migranti “forzate”) nei Paesi di destinazione con un particolare (ancorché non esclusivo) *focus* dedicato al nostro Paese. La circolarità dei fenomeni trattati impedisce di creare una netta separazione tra i due piani di indagine ricostruttivi che si intersecano anche con le delicate problematiche che riguardano il *viaggio* delle donne migranti, dai paesi di origine fino a quelli di accoglienza, e le sue, non infrequenti, criticità. Inoltre le donne migranti possono risultare caratterizzate da una cd. vulnerabilità intersezionale in ragione della eventuale coesistenza di



diversi fattori che, sommandosi, contribuiscono al formarsi di un grado di vulnerabilità maggiore o comunque peculiare e distinto da quello di altri individui o gruppi che pure, per alcuni specifici fattori o per determinate caratteristiche, sono vulnerabili.

Nello specifico la prima sezione si sofferma su alcune pratiche che, in omaggio a forme di condizionamento religioso e culturale, concretizzano forme gravi di violenza e, sovente, sistematiche contro le donne e talora le bambine (matrimoni forzati, mutilazioni genitali femminili, sterilizzazioni forzate, ecc.) e risultano idonee a giustificare migrazioni “forzate” e a legittimare il ricorso a forme di protezione internazionale fino al punto di potersi prefigurare l’attribuzione dello *status* di rifugiato. In tale sezione diventano oggetto di peculiare approfondimento alcuni contesti regionali che, seppure per ragioni non sovrapponibili, appaiono particolarmente critici (l’Afghanistan, l’Iran, la Libia e l’Ucraina). Ma in tale sezione vengono analizzate anche le problematiche legate alle violazioni particolarmente gravi dei diritti umani quali il traffico di esseri umani e la riduzione in schiavitù nonché i crimini di sfruttamento e abuso sessuale commessi nei campi profughi; il tutto senza dimenticare le questioni giuridiche legate alla legittimità del divieto di indossare il velo islamico e quelle riconducibili al complesso rapporto tra migrazioni e cambiamenti climatici, declinato alla luce di una prospettiva di genere. La sezione risulta arricchita da un contributo dedicato alla disamina critica dei dati statistici, disaggregati per sesso e per età, nella direzione indicata dalla Dichiarazione di New York sui rifugiati e migranti del 2016 e dal *Global Compact* per le migrazioni.

La seconda sezione approfondisce le conseguenze giuridiche delle lesioni dei diritti delle donne migranti nei paesi di destinazione, alla luce degli strumenti del Diritto internazionale e del Diritto dell’UE e delle prospettive evolutive (si pensi, *inter alia*, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione dell’UE l’8 marzo 2022 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica). In essa vengono analizzate, anche dal punto di vista sociologico, forme particolarmente gravi di violenza contro le donne quali la tratta a scopo di sfruttamento sessuale ma anche la cd. di-

scriminazione intersezionale e il contrasto ai reati generati dall'odio contro le donne. Risultano oggetto di particolare approfondimento alcuni diritti quale quello alla salute, nella sua declinazione internazionalistica e costituzionalistica nonché quello al rilascio dei documenti come strumento per garantire l'effettività di determinati diritti fondamentali. Ampio spazio è dedicato all'analisi della giurisprudenza con particolare riferimento a quella della Corte di Strasburgo nei casi di violenza domestica e, più in generale, di garanzia dei diritti delle donne migranti nonché a quella della Corte di giustizia (con specifica attenzione al velo islamico e alle discriminazioni sul luogo di lavoro) e della Corte di Cassazione nei giudizi per la protezione internazionale. La violenza di genere riceve un approfondimento alla luce di un approccio comparatistico mentre essa, con specifico riferimento alla violenza domestica, risulta oggetto di un'analisi di politica criminale sotto la lente della cd. legalità reticolare. Non manca una disamina del collegamento tra donne migranti e rilevanza penale del fattore culturale in ambito internazionale, europeo e nazionale e un approfondimento di alcuni aspetti problematici relativi agli immigrati di seconda generazione "oltre il rischio della criminalizzazione". Ulteriore tema trattato – che si caratterizza per una sua spiccata specificità – è quello del rapporto tra la dimensione di genere e il cd. trauma emotivo vicario nel lavoro con i rifugiati. La seconda sezione è arricchita infine, quale caso di studio, dalla disamina della normativa e della giurisprudenza rilevante nell'ordinamento tedesco.

Nell'opera l'assunzione di una prospettiva di genere, quale prisma attraverso cui leggere o rileggere alcuni istituti e norme del Diritto internazionale ed europeo delle migrazioni internazionali, lungi dal semplificarne la trattazione, sembra far emergere significativi elementi di distonia legislativa e non trascurabili oscillazioni giurisprudenziali.

I ventotto contributi contenuti nelle due sezioni evidenziano, invero, un quadro normativo, a livello internazionale, europeo e nazionale, articolato. Esso registra la coesistenza e talora la non felice intersecazione di fonti relative, da un lato, alla tutela delle donne e, dall'altro, di strumenti in materia di tutela dei migranti, eventualmente suscettibili di una auspicabile interpretazione in senso *gender sensitive* (si pensi

alla “neutralità” della nozione di rifugiato contenuta nell’art. 1 della Convenzione internazionale di Ginevra del 1951) anche alla luce di un approccio intersezionale alla vulnerabilità fondato sull’utilizzo di diversi e complementari strumenti normativi.

Tale quadro di norme annovera fonti di *soft law* quali quelle prodotte dal Comitato delle Nazioni Unite sull’eliminazione delle discriminazioni contro le donne (CEDAW Committee) o dal Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e le loro famiglie (*Migrant Workers Committee*) o quali le risoluzioni e raccomandazioni dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa. Ad esse – che si connotano per un apporto ancora residuale rispetto alla prevenzione e repressione della cd. doppia vulnerabilità delle donne migranti – si affiancano fonti di *hard law*. Queste ultime consistono, in particolare, in una serie di accordi internazionali a vocazione universale o tendenzialmente universale (il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, la Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965, la Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne del 1979, la Convenzione delle Nazioni Unite sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 nonché la IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra del 1949 e lo Statuto della Corte penale internazionale del 2002) ma anche a carattere regionale. Escludendo di soffermarsi su importanti atti, adottati in altri contesti regionali, quali la Convenzione di Belém do Pará sulla violenza contro le donne adottata nel 1994 in cui si fa espresso riferimento alla vulnerabilità delle donne migranti, rifugiate e sfollate basti citare, per l’Europa, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005, la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali del 2007, senza escludere le possibili incidenze di un *bill of rights* di nuova generazione quale la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea).

Tra tutte le fonti internazionali richiamate acquisisce una spiccata (e per certi versi prevedibile) centralità, nell’economia del presente vo-

lume, la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Una convenzione che può essere considerata il più importante strumento internazionale – adottato nel contesto di un'organizzazione regionale – contenente norme che prevedono in capo agli Stati che l'hanno ratificata l'obbligo di adottare disposizioni interne volte a prevenire la violenza di genere, inclusa quella domestica, a proteggere le vittime e a punire i responsabili. Essa ha registrato peraltro, nella recentissima attualità, l'adesione dell'Unione europea – a cui ha fatto seguito un Codice di condotta che stabilisce le disposizioni interne relative all'esercizio dei diritti e l'adempimento degli obblighi ai sensi della Convenzione medesima – che, alla luce dell'auspicio formulato dal Parlamento europeo, potrebbe “essere considerata una norma minima” atta a fornire all'Unione l'ispirazione per compiere “ulteriori progressi per eliminare la violenza di genere e domestica”.

Centrale nello sviluppo del volume è stato il rapporto tra dato normativo e prassi giurisprudenziale, sovente foriera di soluzioni rispetto a questioni giuridiche ancora aperte anche mediante il richiamo alla contemporanea sussistenza di vari obblighi internazionali con l'obiettivo di apportare una tutela accresciuta e più effettiva. In particolare, l'esame della giurisprudenza internazionale (specialmente quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia) e nazionale (in specie quella della Corte di Cassazione) ha evidenziato molteplici potenzialità nel superamento di una classica configurazione neutra del tema oggetto della trattazione alla luce di una serie di orientamenti in senso *gender oriented*.

La ricerca condotta nell'opera si è fondata sulla consapevolezza che la (sempre) delicata gestione del fenomeno migratorio, accresciuta dalla peculiare condizione di vulnerabilità di soggetti quali le donne (ma anche i minori, soprattutto quelli non accompagnati e le persone LGBT), continui a rappresentare un fattore di forte criticità per gli Stati europei *uti singuli* e per l'Unione europea nel suo complesso oltre che per le altre organizzazioni internazionali e una “sfida” complessiva per la piena garanzia dei diritti umani e l'effettività delle tutele.

Tenuto conto poi che le migrazioni internazionali creano anche una serie di effetti all'interno degli ordinamenti giuridici, nella misura in cui coinvolgono molteplici soggetti e "attori" internazionali (Stati, gruppi di Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, individui, ecc.), il volume ha cercato di rinvenire le risposte alle molteplici questioni aperte anche nei segmenti di "intersecazione" degli ordinamenti nazionali con quello dell'Unione europea e con quello internazionale. Nei primi, come testimonia l'ordinamento italiano, le innovazioni legislative evidenziano singolari coincidenze temporali rispetto al contesto internazionale ed europeo o perché trattasi di atti di ratifica ed esecuzione di convenzioni internazionali (cito, tra tutte, la legge 27 giugno 2013 n. 77 di ratifica ed esecuzione della già citata Convenzione di Istanbul) o perché trattasi della trasposizione di atti di diritto dell'UE (penso al decreto legislativo del 4 marzo 2014 n. 24 di attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti assicurati e di protezione delle vittime) o, infine, perché trattasi di provvedimenti che, in senso lato, si inquadrano come risposta ordinamentale a pronunce della Corte europea di Strasburgo di condanna del nostro Paese (v. la Legge 19 luglio 2019 n. 69, "Codice rosso" che, oltre che considerarsi nella linea della Convenzione di Istanbul, può rappresentare una sorta di *follow up* rispetto al caso *Talpis*).

In definitiva e senza voler anticipare i profili conclusivi che emergeranno nei singoli contributi, sembra si possa rilevare che le questioni giuridiche riconducibili al tema della violenza contro le donne migranti, risultino, a prescindere dai contesti geo-politici e soprattutto etno-culturali di riferimento, in parte sovrapponibili, in parte non sovrapponibili in ragione della dissimile incidenza di identità culturali e pratiche regionali specifiche che continuano a rappresentare una minaccia rispetto alla piena universalizzazione dei diritti umani e alla compiuta tutela dei soggetti più vulnerabili (quali sovente rappresentano le donne). Invero se la circolazione dei modelli culturali, il rapporto tra "statuti" statuali e "statuti" pluri o sovra-statali in materia di diritti umani potrebbero condurre verso forme di riduzione delle inconciliabilità tra culture giuridiche diverse, il collegamento tra le migrazioni e le forme di violenza di genere che riguardano le donne migranti continua

drammaticamente a evidenziare la difficile realizzazione del Principio della “*humanité une*” (secondo, *inter alia*, la Dichiarazione UNESCO sulla razza e i pregiudizi razziali del 1978).

L’auspicio è che la riflessione condotta in questo volume – che non ha la pretesa di esaurire le molteplici facce di un prisma complesso – possa contribuire a consolidare un approccio alla tutela delle donne migranti “*vulnerability-based*”, fondato su di un’adeguata valutazione della dimensione individuale e di gruppo della loro vulnerabilità (ed eventualmente della loro doppia vulnerabilità) e atto a profilare soluzioni idonee a colmare le lacune esistenti negli strumenti normativi vigenti in una prospettiva *human rights based* di effettività, equità e di rafforzamento delle attuali garanzie.



## INTRODUCTION

### MIGRANT WOMEN AND GENDER-BASED VIOLENCE IN THE INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK

*Angela Di Stasi\**

This book is the result of a cultural project conceived by a number of lecturers from the Universities of Salerno and La Sapienza (Rome), and widely shared among scholars from Italian and foreign universities, research institutions, and legal practitioners. It is part of, and related to, the research activities promoted by the 2017 PRIN project “International Migrations, State, Sovereignty and Human Rights: Open Legal Issues” of which I am principal investigator and also as University of Salerno Rector’s Delegate for Equal Opportunities.

The research is dedicated to the sensitive issue of violence against migrant women in the light of the relationship among violence, gender, and migration, analysed through a collective reflection of the legal issues, which in some cases are still not adequately dealt with. It is therefore desirable, on the one hand, to fully define the scope of the phenomenon and its specificities and, on the other hand, to examine, also in the light of the jurisprudence, the legal instruments in favour of an “integrated” and, as far as possible, a gender-sensitive approach.

The multidisciplinary network that has produced this work brought together a wide range of legal, meta-legal, and non-legal competences and sensibilities to provide a critical and evolutionary reading of a multidimensional phenomenon that by its very nature tends to elude rigid disciplinary boundaries. The resulting work takes a legal

\* Full Professor of International and European Union Law, University of Salerno. E-mail address: [adistasi@unisa.it](mailto:adistasi@unisa.it)



perspective focused on international and European issues, including important aspects of comparative and criminal law, but also enriched by the contributions of experts from non-legal cultural fields, such as sociology and statistics.

As known, the United Nations Commission on Human Rights has long recognised the link between gender-based violence and discrimination, stressing in Resolution 2003/45 that “all forms of violence against women occur within the context of *de jure* and *de facto* discrimination against women and the lower status accorded to women in society and are exacerbated by the obstacles women often face in seeking remedies from the State”.

Also common knowledge is that gender can be a “disadvantageous” factor in women’s migration, contributing to the vulnerability of migrants, increasing the risk of being subjected to violence, and sometimes leading to situations of serious exploitation in sex work, domestic work, and personal services, but also in industrial and agricultural work. On the one hand, migration can be a unique opportunity for people to leave their country of origin to pursue individual paths towards economic independence and/or personal autonomy. On the other hand, when it constitutes an element of increased risk that is likely to make the women involved even more vulnerable, it is essential to fully apply and interpret, in a gender-sensitive approach, a series of instruments of international, European, and national law to guarantee their human rights, but also to prevent and repress violations thereof.

Indeed, the relationship between vulnerability and migration has long been recognised where gender may constitute a double vulnerability for women as such and as migrants. At the same time, in their tendency towards neutrality and indifference to gender, immigration laws are prone to creating factors that can lead to discrimination, or are themselves directly discriminatory.

Thus, women are – potentially if not probably – vulnerable subjects, even if, given the increasing reference to vulnerability in its various permutations in international and European human rights law, as

well as in legal practice, this concept retains legal vagueness, which makes it difficult to verify on a case-by-case basis. Conversely, the impact of gender issues on migration law may have positive implications in that the use of this concept could lead to a lowering of the threshold necessary to include the violation of an international obligation, as a tool to strengthen the positive protection obligation, and for the purposes of establishing a “qualified” protection obligation within the framework of a what could be called qualified due diligence.

This volume examines the topic along two lines of inquiry reflected in the two sections into which the work is divided. The first deals with violence against women in their countries of origin, which becomes a factor of “forced” migration, while the second concerns violence that women (both “voluntary” or “forced” migrants) can suffer in the countries of destination, with a particular (albeit not exclusive) *focus* on Italy. The circularity of these phenomena prevents a clear distinction between the two reconstructive levels of investigation, which also intersect with delicate issues related to the journey of migrant women, from their countries of origin to the host countries, and the often critical aspects that manifest. Furthermore, migrant women may be characterized by a so-called intersectional vulnerability due to the possible coexistence of various vulnerability factors which, added together, contribute to the formation of a greater or in any case peculiar and distinct degree of vulnerability from that of other individuals or groups who, due to some specific factors or certain characteristics, are also vulnerable.

Specifically, the first section focuses on certain practices that, due to religious and cultural conditioning, determine serious and often systematic forms of violence against women and sometimes children (such as forced marriage, female genital mutilation, forced sterilization, among others), and are sufficient to justify “forced” migration and legitimise forms of international protection, even to the point of determining refugee status. In this section, a number of regional contexts are analysed in depth, namely Afghanistan, Iran, Libya and Ukraine, which for different reasons appear to be particularly critical. This section also analyses issues related to particularly serious viola-

tions of human rights, such as human trafficking and enslavement, as well as crimes of sexual exploitation and abuse committed in refugee camps, without forgetting the legal issues related to the legitimacy of the ban on wearing the Islamic veil and those related to the complex relationship between migration and environmental change, analysed from a gender perspective. The section is enriched by a contribution dedicated to a critical examination of statistical data, disaggregated by gender and age, in line with the 2016 New York Declaration on Refugees and Migrants and the Global Compact for Migration.

The second section explores the legal consequences of violations of migrant women's rights in destination countries in light of the international and EU legal instruments and emerging perspectives (for example, the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence presented by the Commission on 8 March 2022). This section then analyses particularly serious forms of violence against women also from a sociological point of view, such as trafficking for the purpose of sexual exploitation, but also so-called intersectional discrimination and fighting hate crimes against women. Special attention is dedicated to certain rights, such as the right to health, considered in its constitutional and international dimension, and the right to documents as a means of guaranteeing the effectiveness of certain fundamental rights. Much space is devoted to the analysis of case law, with particular reference to that of the European Court of Human Rights in cases of domestic violence, and more generally, the guarantee of the rights of migrant women, as well as that of the Court of Justice (with particular reference to the Islamic veil and discrimination in the workplace) and the Italian Court of Cassation in judgements on international protection. Gender-based violence is examined in depth from a comparative perspective, while domestic violence is the subject of a criminal policy analysis from the perspective of so-called networked legality. Due attention is also given to the relationship between migrant women and the criminal relevance of the culture factor in the international, European, and national context, as well as an in-depth examination of some critical aspects concerning second-generation migrants "beyond the risk of criminalisation". Another very specific issue addressed is that of

the link between the gender dimension and the so-called vicarious trauma related to the case of working with refugees. Finally, the section is enriched by an analysis of relevant German legislation and case law.

In this work, the gender perspective is the prism through which to read or re-read some of the institutions and norms of international and European law on international migration, which far from simplifying the subject seems to bring out significant elements of legislative distortions and not insignificant jurisprudential oscillations.

Indeed, the twenty-eight contributions included in the two sections reveal an articulated legal framework at the international, European, and national level. It reflects the coexistence and in part the overlapping of sources relating to the protection of women on the one hand, and instruments for the protection of migrants on the other hand, possibly susceptible to a desired interpretation from a gender-sensitive perspective (consider the “neutrality” of the refugee concept in Art. 1 of the 1951 Geneva Convention) also in the light of an intersectional approach to vulnerability based on the use of different and complementary regulatory instruments.

This regulatory framework includes sources of soft law, such as the United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW Committee), the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (Migrant Workers Committee), and the resolutions and recommendations of the Council of Europe Parliamentary Assembly. These sources – still characterised by a residual contribution to preventing and repressing the so-called double vulnerability of migrant women – are complemented by hard law sources. In particular, the latter consist of a series of international agreements with a universal or tendentially universal vocation (such as the International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966, the International Conventions on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women of 1979, the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Ci-

vilian Persons in Time of War of 1949, and the 1998 Statute of the International Criminal Court), but also of a regional nature. Excluding to recall important acts, adopted in other regional contexts such as the Belém do Pará Convention on violence against women adopted in 1994 in which express reference is made to the vulnerability of migrant, refugee and displaced women, it is sufficient to mention, for Europe, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings of 2005, the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse of 2007, without excluding the potential impact of a “new generation bill of rights” such as the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Of all the international sources referred to, the Istanbul Convention of the Council of Europe on preventing and combating violence against women and domestic violence acquires a marked (and in some ways predictable) centrality in the economy of this volume. A Convention that can be considered the most important international instrument – adopted in the context of a regional organization – containing provisions that oblige States that have ratified it to adopt internal provisions to prevent not only gender-based but also domestic violence, to protect the victims, and to punish the perpetrators. Indeed, the European Union has recently acceded to the Convention, – followed by a Code of Conduct laying down the internal arrangements regarding the exercise of the rights, and the fulfilment of the obligations under this Convention – which, in the words of the European Parliament, should “be regarded as a minimum standard” that will inspire the Union “to make further progress towards the elimination of gender-based and domestic violence”.

Central to the development of this book is the relationship between legislation and case law, often a harbinger of solutions to unresolved legal issues also through the reference to the simultaneous existence of various international obligations in order to provide a greater and more effective protection. In particular, the examination of international jurisprudence (especially that of the European Court of Human Rights and the Court of Justice) and national jurisprudence (in

particular that of the Italian Court of Cassation) reveals multiple potentialities for overcoming the classic neutral configuration of the issue in light of a series of gender-oriented guidelines.

The research carried out in this book is based on the awareness that the (always) delicate management of the migration phenomenon, aggravated by the particular state of vulnerability of women (but also minors, especially if unaccompanied, as well as LGBT people) continues to be an extremely critical factor for each European State and for the European Union as a whole, as well as for other international organizations, and a general “challenge” for the full guarantee of human rights and their effective protection.

Moreover, considering that international migration also has a series of effects within national legal systems, insofar as it involves multiple subjects and international actors (States, groups of States, international organizations, non-governmental organizations, and individuals, among others), this volume has attempted to find answers to many open questions also at the intersection of national legal systems with those of the European Union and international legal systems. Within the former, as the Italian legal system testifies, legislative innovations highlight singular temporal coincidences with respect to the international and European context, either because they are acts of ratification and implementation of international Conventions (among others, Law no. 77 of 27 June 2013 on the ratifications and implementation of the aforementioned Istanbul Convention), or because they concern the transposition of acts of European Union law (such as Legislative Decree no. 24 of 4 March 2014 implementing Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime), and finally, because they deal with measures that, in a broad sense, are designed as a legal response to the rulings of the Strasbourg Court condemning Italy (Law no. 69 of 19 July 2019, so-called “Codice rosso”, which in addition to being considered in line with the Istanbul Convention, may represent a kind of follow-up to the *Talpis* case).

In summary, and without wishing to anticipate the final remarks that will emerge from the individual contributions, it would seem that the legal issues related to violence against migrant women – regardless of the geopolitical and particularly the ethno-cultural contexts of reference – are partly overlapping and partly not, due to the different incidences of cultural identity and specific regional practices, which continue to pose a threat to the complete universalisation of human rights and the full protection of the most vulnerable, who are often women. Indeed, if in the circulation of cultural models, the relationship between national “statutes” and multi- or supranational “statutes” on human rights could lead to reducing the incompatibility between different legal cultures, the link between migration and forms of gender-based violence affecting migrant women continues to dramatically highlight the difficulty of realising the principle of “one humanity” (according to, *inter alia*, the UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice of 1978).

The hope is that the analyses and reflections presenting in this volume – without claiming to exhaust the multiple facets of a complex prism – will contribute to the consolidation of a vulnerability-based approach to the protection of migrant women, according to an adequate assessment of the individual and collective dimensions of their vulnerability (and possibly of their double vulnerability), and capable of outlining solutions to fill the gaps in existing legal instruments from a human rights-based perspective with regard to the effectiveness, fairness, and strengthening of existing guarantees.

**I SEZIONE/PART I**

**DONNE VITTIME DI VIOLENZA NEL PAESE DI ORIGINE  
WOMEN VICTIMS OF VIOLENCE IN THE ORIGIN  
COUNTRY**



**I SEZIONE/PART I**

**DONNE VITTIME DI VIOLENZA NEL PAESE DI ORIGINE  
WOMEN VICTIMS OF VIOLENCE IN THE ORIGIN  
COUNTRY**



IL DIRITTO ALLA SALUTE DELLE DONNE MIGRANTI:  
GARANZIE COSTITUZIONALI E INTERNAZIONALI  
A CONFRONTO

*Sara Tonolo\* - Davide Monego\*\**

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La tutela del diritto alla salute nell'ambito delle Nazioni Unite. – 3. La tutela della salute delle donne migranti nel sistema delle Nazioni Unite. – 4. La protezione della salute delle donne nei sistemi regionali di tutela internazionale dei diritti umani. – 4.1. Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani. – 4.2. Il sistema africano di tutela dei diritti umani. – 4.3. La Carta Araba dei diritti dell'uomo. – 4.4. Il sistema europeo di tutela dei diritti umani. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 4.5. *Segue*. La Carta Sociale europea. – 5. Gli stranieri e l'accesso al sistema sanitario in Italia. – 6. Le plurime modifiche in tema di inespellibilità (e di permesso di soggiorno) per ragioni di salute. Una storia infinita? – 7. Il nucleo irriducibile: le cure "urgenti" ed "essenziali". Il nesso fra l'art. 35 e l'art. 19 TUI. – 8. Il pregiudizio irreparabile alla salute e il relativo accertamento. – 9. Osservazioni conclusive.

*1. Osservazioni introduttive*

La drammaticità degli eventi internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, e in tale contesto, anche la tutela del diritto alla salute delle donne migranti, stimola alcune riflessioni sulla possibile protezione di tale diritto in ambito giuridico interno ed internazionale.

\* Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli Studi di Padova. Indirizzo e-mail: sara.tonolo@unipd.it. È Autore dei parr. 2, 3, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 e coautore del par. 9.

\*\* Ricercatore di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Trieste. Indirizzo e-mail: davide.monego@dispes.units.it. È Autore dei parr. 1, 5, 6, 7, 8 e coautore del par. 9.

Il quadro normativo è complesso e frammentato anche perché sin dall'emergere della necessità di tutelare il diritto alla salute di ogni individuo, è apparsa evidente la complessità dell'interazione pubblicistica con la natura di diritto individuale; se è chiaro che le esigenze sottese alla dimensione collettiva possono anche comprimere aspettative individuali, rimane la prevalenza del connotato pubblicistico, in base al quale lo Stato risulta l'ambiente naturale entro il quale beneficiare del diritto alla salute<sup>1</sup>.

La dimensione collettiva appare infatti prevalente, rappresentando l'interesse della società a garantire condizioni di vita idonee a prevenire il diffondersi delle malattie; anche l'art. 32 della Costituzione italiana insiste su tale interesse come limite alle libertà individuali (artt. 14 e 16)<sup>2</sup>. E, in maniera analoga, nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla tutela dei diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie<sup>3</sup>, la tutela della salute pubblica può essere richiamata come limite ai diritti dei lavoratori migranti (art. 8, art. 12 come limite alla libertà religiosa dei lavoratori, art. 13 come limite alla libertà di opinione, art. 39 come limite alla libertà di movimento), ed ancora nella Convenzione europea del 1950<sup>4</sup>, la salute rileva come limite alla libertà personale (art. 5), alla libertà di espressione (art. 10) e alla libertà di riunione e associazione (art. 11, par. 2).

Nella sua portata individuale, il diritto alla salute presenta due aspetti distinti: il diritto all'integrità psico-fisica, che implica obblighi negativi di non interferenza da parte dello Stato o di soggetti privati e

<sup>1</sup> Si veda in generale sul punto P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011.

<sup>2</sup> Ciò, pur essendo nota la dimensione individualistica di tale diritto chiaramente affermata nella giurisprudenza Costituzionale, ad es. in Corte Cost., 5 luglio 2001, n. 252. Sul punto si v. G. ALPA, *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1976, I, n. 2, p. 446 ss., nonché, per uno sguardo complessivo sui vari aspetti del diritto in questione, F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 3.

<sup>3</sup> United Nations General Assembly, *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*, A/45/158, 18 dicembre 1990.

<sup>4</sup> Conseil de l'Europe, *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 Novembre 1950.

il diritto all'assistenza sanitaria e all'accesso a farmaci idonei alla cura di malattie, che richiede obblighi positivi da parte dello Stato, come si può leggere anche nell'art. 38 della Costituzione italiana che prevede forme di assistenza pubblica e privata, da interpretare anche alla luce dei principi generali sanciti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione stessa. Nell'ordinamento italiano, infatti, la tutela della salute e il rapporto medico-paziente appare fortemente fondato sulla "libertà di autodeterminazione"<sup>5</sup> del paziente, che viene garantita dall'art. 2 della Costituzione che tutela i diritti fondamentali della persona umana nella sua identità e dignità.

In tale contesto, rilevano gli ostacoli e le limitazioni del diritto alla salute delle donne, soprattutto con riguardo alla salute riproduttiva, limitazioni e ostacoli che variano in ragione di specifici fattori quali, ad esempio, l'età, la razza, la religione, l'orientamento sessuale, l'eventuale condizione di disabilità, e la localizzazione geografica, circostanza quest'ultima che rende le donne migranti spesso vittime di multiple discriminazioni, che si aggiungono a quelle ordinariamente concernenti tutti i migranti.

Si pensi, ad esempio, al fatto che il fattore migrazione è considerato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità come un fattore indipendente di rischio di HIV per le donne<sup>6</sup>, incidente tuttavia anche sulla diffusione della malattia nel contesto sociale di riferimento. Per far fronte a tale problema, alcuni Paesi come ad esempio il Portogallo e il Regno Unito distribuiscono i farmaci antiretrovirali indipendentemente dallo *status* di migrante, ritenendo di tutelare la salute pubblica attraverso la tutela della salute individuale, a differenza di altri Stati, in cui conseguentemente l'incidenza incrementale dell'HIV tra i migranti discende da queste scelte politiche. Studi dell'Organizzazione Mondiale della Sanità evidenziano inoltre gravi problemi di salute mentale tra i migranti costretti a tale condizione dalle situazioni di conflitto, disa-

<sup>5</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro italiano*, 2007, I, 3025.

<sup>6</sup> UNAIDS, *The gap report*, 2014, [https://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/UNAIDS\\_Gap\\_report\\_en.pdf](https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_Gap_report_en.pdf).

stri ambientali, povertà estrema, persecuzioni religiose, razziali, etniche, ecc.<sup>7</sup>.

## 2. La tutela del diritto alla salute nell'ambito delle Nazioni Unite

Come diritto umano individuale, la salute ha trovato il suo primo riconoscimento internazionale nel preambolo della Costituzione dell'OMS del 22 luglio 1946<sup>8</sup>, poi richiamato dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'art. 25<sup>9</sup>. In tale contesto, il diritto alla salute viene collegato al soddisfacimento di altri bisogni, quali il cibo, l'alloggio, le cure mediche e la sicurezza sociale.

Una disposizione analoga è contenuta nell'art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966<sup>10</sup>, che conferma la necessaria realizzazione progressiva dei diritti fondamentali degli individui, rendendo chiara la serie non esaustiva di "steps" che gli Stati contraenti devono compiere ai fini di consentire la piena realizzazione del diritto, senza alcuna discriminazione<sup>11</sup>: a) ridurre la mortalità pre-natale e infantile e assicurare la sana crescita dei bambini; b) migliorare tutti gli aspetti della salute ambientale e industriale; c) prevenire, curare e monitorare le malattie epidemiche, endemiche, professionali e altre; d) creare le condizioni che assicurino a tutti servizi medici e assistenza medica in caso di malattia<sup>12</sup>. L'art. 2, par. 2, del Patto assicura a questo

<sup>7</sup> WHO, *Human Resources for mental health: workforce shortages in low-and-middle income countries*. *Human Resources for Health Observer*, 2011, n. 8. <https://www.hrresourcecenter.org/node/3551.html>.

<sup>8</sup> Costituzione WHO "The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social conditions", vol. 14, p. 185.

<sup>9</sup> Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, del 10 dicembre 1948, Risoluzione n. 217-A del 09/12/1948.

<sup>10</sup> *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976)*, 1993, p. 3.

<sup>11</sup> Sul punto si veda K. HENRARD, *Equality of Individuals*, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, par. 3; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, 2011, p. 175 ss.

<sup>12</sup> Si vedano il *General Comment No. 14 (2000): The right to the highest attainable standard of health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and*

– come a tutti gli altri diritti garantiti dal Patto – il godimento privo di qualsiasi discriminazione sulla base di motivi di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altro *status*. Il controllo sul rispetto delle disposizioni del Patto è rimesso al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali a far data dall'entrata in vigore del Protocollo del 2008 (all'inizio del 2014), che esamina i rapporti nazionali, ha poteri di inchiesta e può esaminare ricorsi individuali<sup>13</sup>.

La necessità di riconoscere adeguata tutela al diritto alla salute di cittadini e stranieri, uomini e donne, migranti e residenti, da parte degli Stati aderenti al Patto sui diritti economici, sociali e culturali è stata ribadita dapprima, nel 1985, dalla “*Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*”<sup>14</sup>, e successivamente, nel 2003, dalla relazione finale “*Prevention of Discrimination - The rights of non-citizens*”<sup>15</sup>.

Il divieto di discriminazione ha pertanto trovato riconoscimento in merito alla tutela dei diritti fondamentali dei migranti. Tale attenzione per i diritti dello straniero è confermata dalla nomina, ad opera della

*Cultural Rights*), doc. E/C.12/2000/4, dell'11 agosto 2000, e il *General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, doc. E/C.12/GC22 del 2 maggio 2016, e sul punto in generale J. TOBIN, *The Right to Health in International Law*, Oxford, 2012.

<sup>13</sup> United Nations General Assembly, *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, A/RES/63/117, 10 dicembre 2008, Art. 2: “*Communications may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant by that State Party. Where a communication is submitted on behalf of individuals or groups of individuals, this shall be with their consent unless the author can justify acting on their behalf without such consent*”.

<sup>14</sup> United Nations General Assembly, *Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live*, A/RES/40/144, 13 dicembre 1985.

<sup>15</sup> *Final report of the Special Rapporteur, D. WEISSBRODT*, submitted in accordance with Sub-Commission decision 2000/103, Commission resolution 2000/104 and Economic and Social Council decision 2000/283, doc. E/CN.4/Sub.2/2003/23 del 26 maggio 2003.

Commissione dei diritti dell'uomo, di un Relatore speciale "per i diritti umani dei migranti", con il compito di verificare e controllare la condotta degli Stati in materia di tutela dei diritti umani, inviare comunicazioni ai Governi, effettuare visite, condurre studi tematici<sup>16</sup>. I rapporti annuali presentati all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite hanno messo in luce gli aspetti più critici del tema in oggetto, che possono incidere anche sulla tutela della salute dei migranti, siano essi uomini o donne, come ad es. nel Rapporto del Relatore Crépeau del 2015<sup>17</sup> in ordine alle problematiche concernenti la gestione dei migranti entro l'Unione europea, connotata da una chiara percezione di crescenti sentimenti di xenofobia e razzismo.

Più specificamente, la condizione della donna e la valorizzazione dei suoi diritti sono da tempo al centro dell'attenzione delle Nazioni Unite; l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile ha posto la parità di genere fra i 17 *goals* da soddisfare entro il 2030<sup>18</sup>.

Si tratta di un'azione molto vasta e interdisciplinare, ma priva di effetti vincolanti nei confronti degli Stati, che divengono oggetto di mere raccomandazioni, quali ad esempio quelle adottate dagli organi competenti a monitorare i risultati delle conferenze mondiali sui diritti delle donne: dalla commissione sullo *status* della donna istituita il 21 giugno 1946, come organo sussidiario del Consiglio economico e sociale, alla più recente *UN Women* per la promozione e la protezione dei diritti delle donne<sup>19</sup>. In tale contesto, al fine di realizzare la visione dell'Agenda per lo sviluppo sostenibile entro il 2030 – non lasciare

<sup>16</sup> Il mandato del 1999 è stato prorogato e rinnovato negli anni successivi, da ultimo fino al 2023 con decisione della Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite del 19 giugno 2020, ris. 43/6.

<sup>17</sup> Rapporto del Relatore CRÉPEAU, Doc. A/HRC/29/36 dell'8 maggio 2015.

<sup>18</sup> A/RES/70/1 del 25 settembre 2015, p. 10.

<sup>19</sup> A/RES/64/289 del 2 luglio 2010, p. 49. Le precedenti divisioni, oggi unificate, erano: la Divisione per l'avanzamento delle donne (DAW); l'Istituto internazionale di ricerca e formazione per la promozione delle donne (INSTRAW); l'Ufficio del consigliere speciale per le questioni di genere e sulla promozione delle donne; il fondo ONU per lo sviluppo delle donne (UNFEM). Sul punto v. P. ALSTON, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, New York, 1992; D. JAIN, *Women, Development, and the UN. A Sixty-Year Quest for Equality and Justice*, Indianapolis, 2005.



nessuno indietro (*leave no one behind*) – è necessario assicurare la tutela della salute di migranti e rifugiati; la World Health Assembly nel 2017 adottò una risoluzione rivolta a tal fine<sup>20</sup>, per sollecitare gli Stati a cooperare in tale ambito. Nel 2020, l'Organizzazione Mondiale della Sanità adottò l'*Health and Migration Programme (PHM)* per coordinare le questioni concernenti la salute dei migranti nel quadro del *Global Action plan: promoting the health of refugees and migrants 2019-23*<sup>21</sup>.

Tra le Convenzioni adottate sotto l'egida delle Nazioni Unite per vincolare gli Stati al rispetto di norme poste a tutela dei diritti fondamentali delle donne<sup>22</sup>, rileva in maniera particolare, ai fini della tutela del diritto alla salute, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, del 18 dicembre 1979, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (d'ora in avanti *CEDAW*)<sup>23</sup>. Richiamando espressamente quanto stabilito dalla Dichiarazione universale nel Preambolo, tale atto codifica all'art. 1 una puntuale definizione delle pratiche discriminatorie nei confronti delle donne<sup>24</sup> e stabilisce un programma delle attività nazionali destinate a porvi fine.

<sup>20</sup> WHA, *Promoting the health of refugees and migrants*, 70.15 del 31 maggio 2017.

<sup>21</sup> WHO, *Refugee and migrant health*, [https://www.who.int/health-topics/refugee-and-migrant-health#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/refugee-and-migrant-health#tab=tab_1).

<sup>22</sup> V. ad es. la Convenzione sui diritti politici della donna del 31 marzo 1953 e resa esecutiva dall'Italia con l. n. 326 del 24 aprile 1967; la Convenzione sulla cittadinanza delle donne coniugate, del 29 gennaio 1957, che l'Italia non ha nemmeno firmato; la Convenzione sul consenso al matrimonio, l'età minima e la registrazione dei matrimoni, del 7 novembre 1962. Sul punto v. in generale L. PANELLA, *La Dichiarazione Universale e i diritti delle donne*, in S. TONOLO, G. PASCALE, (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2020, p. 378.

<sup>23</sup> L'Italia ha reso esecutiva tale Convenzione con legge n. 132 del 14 marzo 1985. La Convenzione è poi entrata in vigore il 10 giugno 1985. Come sovente avviene nella prassi delle Nazioni Unite, la Convenzione è stata preceduta dalla Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne, adottata il 7 novembre 1967 dall'Assemblea generale, con la risoluzione n. 2263 (XII) del 7 novembre 1967.

<sup>24</sup> Secondo l'art. 1 “ai fini della presente Convenzione, l'espressione “discriminazione nei confronti della donna” concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio da parte delle donne, quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo

La Convenzione prevede un meccanismo di promozione e monitoraggio delle disposizioni in essa contenute a cura del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (articoli 17-22)<sup>25</sup>. Tale Comitato, costituito da ventitré membri che siedono a titolo personale, sulla base di un criterio di ripartizione geografica, opera secondo il tradizionale sistema dei rapporti degli Stati. I limiti di tale meccanismo sono simili a quelli che si riscontrano in analoghi sistemi disposti dai trattati di protezione dei diritti umani, ovvero la dipendenza dell'attività di controllo dalla buona fede e dalla cooperazione degli Stati nella redazione dei rapporti nazionali, nonché la mancanza di poteri vincolanti nell'adozione delle decisioni, e l'assenza di competenza in merito a ricorsi individuali<sup>26</sup>.

Per attribuire una maggiore efficacia alle disposizioni pattizie è stato adottato il Protocollo facoltativo alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna, che ha ampliato le competenze del Comitato<sup>27</sup>. All'art. 2 esso prevede che la possibilità di presentare comunicazioni a titolo individuale o a nome di gruppi di persone, le quali rientrino sotto la giurisdizione di uno Stato Parte, che lamentino di essere stati vittime della violazione di uno dei diritti sanciti dalla convenzione. La possibilità di presentare ricorso è quindi riconosciuta alle associazioni o ai gruppi non autonomamente ma solo in rappresentanza degli interessi dei singoli. La procedura si basa sul dialogo tra Stato e Comitato, potendosi concludere soltanto con raccomandazioni e osservazioni indirizzate agli Stati, anche nelle ipotesi di violazioni gravi e sistematiche (artt. 8 e 9).

Il Comitato è inoltre titolare di un potere di inchiesta nei casi di violazioni gravi o sistematiche (art. 8 parr. 1 e 2). Incide negativamente su tale competenza la clausola di *opting out* prevista dall'art. 10, cioè la

civile, culturale, economico, politico, sociale o in ogni altro campo, su base di parità tra l'uomo e la donna".

<sup>25</sup> Sul Comitato, v. H.B. SCHÖP, SCHILLING, C. FLINTERMAN (eds.), *The Circle of Empowerment. Twenty-five Years of the UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, New York, 2007.

<sup>26</sup> L. PANELLA, *La Dichiarazione Universale e i diritti delle donne*, cit., p. 367 ss.

<sup>27</sup> United Nations General Assembly, *Optional Protocol to the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, RES A/54/4, del 6 ottobre 1999.

possibilità riconosciuta agli Stati di dichiarare, al momento della firma o della ratifica del Protocollo, di non riconoscere le competenze del Comitato di cui agli articoli 8 e 9 relativi alla procedura di indagine.

La tutela del diritto alla salute viene richiamata sia nella norma specificamente rivolta a tale ambito (art. 12), entro la quale si prevede accesso paritario delle donne alle cure mediche, ai servizi di programmazione familiare, nonché ad adeguate cure per la gravidanza, la maternità e l'allattamento, sia nel quadro dell'art. 10 con riferimento alla necessaria informazione delle pratiche di programmazione familiare, sia all'art. 11 rispetto alla tutela del lavoro femminile in cui "*The protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the functioning of reproduction*", sia all'art. 14 relativamente alla salute delle "*rural women*", per consentire loro adeguato accesso alle cure mediche, entro le quali si ricomprendono anche le informazioni, l'assistenza e i servizi concernenti la programmazione familiare. Ciò in ragione del fatto che le donne che vivono in un contesto rurale spesso incontrano molteplici difficoltà a utilizzare la contraccezione, anche quella d'emergenza, per assenza di farmacie geograficamente accessibili, e pertanto non hanno l'opportunità di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei propri figli<sup>28</sup>.

All'interno della CEDAW particolare importanza viene data alla tutela della salute riproduttiva femminile, dato che la Convenzione è l'unico trattato sui diritti umani che afferma i diritti delle donne in materia di procreazione e punta sulla cultura e sulla tradizione quali "forze autorevoli" per modellare i ruoli di genere e le relazioni familiari<sup>29</sup>. Lo scopo della Convenzione è quello di eliminare la discriminazione basata sul sesso, anche quando quest'ultima dipende da consuetudini legate alla cultura di determinati Paesi. Sul punto giova ricordare le indicazioni fornite dal Comitato<sup>30</sup>, e il fatto che per i suoi contenuti la

<sup>28</sup> L.R. PRUITT, *Toward a Feminist Theory of the Rural*, in *Utah Law Review*, 2006, p. 522; ID, *Migration, Development, and the Promise of CEDAW for Rural Women*, in *Michigan Journal of International Law*, 2009, p. 3 ss.

<sup>29</sup> C. BUSTELO, *Reproductive Health and CEDAW*, in *The American University Law Review*, 1995, p. 1145.

<sup>30</sup> Si v. ad es. la *General Recommendation No. 14: Female Circumcision*, in *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, 9<sup>th</sup> Sess., U.N. Doc. A/45/38 (1990). Si vedano inoltre le indicazioni del Comitato sull'Arabia Saudita

Convenzione sia stata oggetto di diverse riserve da parte degli Stati in cui è in vigore la *sharia*<sup>31</sup>.

### *3. La tutela della salute delle donne migranti nel sistema delle Nazioni Unite*

Difficile e complessa è la ricostruzione della tutela della salute delle donne migranti nel sistema delle Nazioni Unite.

Nell'ambito del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, la tutela della salute, sia pure nei limiti del meccanismo di controllo previsti per tale sistema di garanzie, può dirsi estesa alle donne migranti grazie alla norma dell'art. 2, par. 2 che consente di garantire i diritti previsti dal Patto senza alcuna discriminazione sessuale o di "status". Nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, l'accesso alla assistenza sanitaria, previsto dagli artt. 28 e 43, è garantito senza discriminazione alcuna a uomini e donne, e quindi anche alle donne migranti, in virtù della generale codificazione del principio di non discriminazione all'art. 1 della stessa Convenzione.

e sul diritto alla salute delle donne migranti, non cittadine saudite, ma residenti prevalentemente per motivi di lavoro domestico in tale Stato: Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding Comments: Saudi Arabia, 40th Sess.*, 2008, p. 23, U.N. Doc. CEDAW/C/SAU/CO/2; analoghe considerazioni in merito alla condizioni delle donne migranti negli Emirati Arabi Uniti sono state espresse in Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding Observations: United Arab Emirates, 45th Sess.*, 2010, p. 36, U.N. Doc. CEDAW/C/ARE/CO/1. In particolare si evidenzia la situazione di vulnerabilità di tali donne, in quanto private del passaporto e dei documenti di viaggio: "The Committee urges the State party to strengthen the legal protection of foreign workers by adopting legislation and policies aimed at preventing abuses ... and to prosecute offenders, both recruiters and employers, and at raising awareness of workers' rights and ensuring their access to legal aid and complaint mechanisms. The committee also urges the State party to guarantee equal application of all labour laws to women and men regardless of their nationality".

<sup>31</sup> Per un esame delle riserve apposte alla Convenzione, cfr. M.C. MAFFEI, *La condizione della donna tra protezione e divieto di discriminazione*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2015, p. 186.

Appare pertanto critica l'assenza di una considerazione c.d. intersezionale<sup>32</sup> entro la CEDAW. Come si è detto, tale trattato mira a vietare ogni discriminazione nei confronti delle donne<sup>33</sup>, ma non è possibile identificare, all'interno della Convenzione, alcuna disposizione che consideri la situazione in cui una donna subisca una discriminazione c.d. "multipla"<sup>34</sup>, ovvero derivante da un particolare *status* in quanto fondata su motivi razziali, religiosi, etnici, di orientamento sessuale, per condizioni particolari quali ad esempio la disabilità, l'età, la povertà, la migrazione, la circostanza di essere richiedente protezione internazionale.

Grazie all'interpretazione del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne si è chiarito che le norme della Convenzione "*establish a comprehensive obligation to eliminate discrimination in all its forms*"<sup>35</sup>. Pertanto se una donna subisce una discriminazione fondata sulla base del genere, ed in connessione con altre violazioni dei diritti fondamentali, concernenti aspetti della sua identità e della sua vita, potrà avvalersi delle garanzie della CEDAW<sup>36</sup>, come evidenziato dal Comitato nella *General Recommendation No. 24- Women and Health*<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> M. CAMPBELL, *CEDAW and Women's Intersecting Identities: A Pioneering New Approach to Intersectional Discrimination*, in *Revista Direito GV*, 2015.

<sup>33</sup> V. *supra* par. 2.

<sup>34</sup> Ad eccezione delle donne che si trovino in una condizione rurale e per le quali l'art. 14 sancisce diverse garanzie che considerano l'accesso alle cure mediche, ai trasporti, all'abitazione, alla sicurezza sociale, all'acqua, alle comunicazioni ecc.

<sup>35</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 18*, par. 10.

<sup>36</sup> F. RADAY, *Gender and Democratic Citizenship: the Impact of CEDAW*, in *Journal of International Constitutional Law*, 2012, p. 512.

<sup>37</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation – Women and Health*, 1999, par. 6: "*While biological differences between women and men may lead to differences in health status, there are societal factors that are determinative of the health status of women and men and can vary among women themselves. For that reason, special attention should be given to the health needs and rights of women belonging to vulnerable and disadvantaged groups, such as migrant women, refugee and internally displaced women, the girl child and older women, women in prostitution, indigenous women and women with physical or mental disabilities*".

Così è accaduto ad es. nel noto caso *Teixeira*<sup>38</sup>, nell'ambito del quale il Comitato ha affermato la responsabilità del Brasile per non aver assicurato adeguati *standard* sanitari a tutela della salute riproduttiva di una donna afro-brasiliana (in condizione di particolare vulnerabilità economica, sociale e territoriale), deceduta per non aver ricevuto cure adeguate in occasione del parto.

Più generalmente, è grazie all'interpretazione delle norme della CEDAW ad opera del Comitato che si è chiarita l'operatività delle garanzie dalla stessa Convenzione previste a tutela delle donne che si trovino in una condizione di multipla vulnerabilità<sup>39</sup>, attraverso principi interpretativi chiaramente elaborati per le diverse situazioni, quali ad esempio lo *status* di donne migranti<sup>40</sup>, apolidi<sup>41</sup>, anziane<sup>42</sup>, coinvolte in situazioni di conflitto armato<sup>43</sup>, di violenza<sup>44</sup>, principi che tuttavia lo stesso Comitato non riesce sempre ad applicare in maniera lineare e coerente, come ad esempio nella valutazione della protezione delle lavoratrici domestiche in Giordania e in Egitto, rispetto alle quali non appare alcun riferimento ad elementi razziali ed etnici, che invece dovrebbero essere presi in considerazione in base a quell'approccio intersezionale raccomandato dallo stesso Comitato<sup>45</sup>, soprattutto alla luce del fatto che in tale area geopolitica l'Organizzazione internazionale del lavoro ha da tempo rilevato una elevata presenza di lavoratrici migranti<sup>46</sup>.

<sup>38</sup> *Da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil* (2011), CEDAW/C/49/D/17/2008.

<sup>39</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 25*, par. 3.

<sup>40</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 28*.

<sup>41</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 32*.

<sup>42</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 27*.

<sup>43</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 30*.

<sup>44</sup> CEDAW Committee, *General Recommendation No. 19*. Tale atto evidenzia in maniera chiara il nesso tra violenza nei confronti delle donne e violazione del loro diritto alla salute, violenza in molti casi determinata dall'operatività di alcune regole culturali e religiose, quali ad es. i regimi alimentari dietetici imposti in gravidanza, le mutilazioni genitali femminili, la preferenza per il sesso maschile dei nascituri che può indurre a porre in essere sterilizzazioni e aborti forzati.

<sup>45</sup> CEDAW Committee, *Concluding Observations*, Jordan par. 44; CEDAW Committee, *Concluding Observations*, Egypt, par. 35.

<sup>46</sup> ILO, *Domestic Workers Around the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, 2013.

Pertanto, seppure nei limiti dettati da tale complessa ricostruzione della tutela della salute delle donne migranti entro il sistema delle Nazioni Unite, non si può non riconoscere la rilevanza di tale tutela che – accanto agli atti di *soft law* in precedenza considerati – disegna un quadro flessibile e rivolto a considerare in teoria tutte le possibili vulnerabilità del caso di specie<sup>47</sup>.

#### 4. *La protezione della salute delle donne nei sistemi regionali di tutela internazionale dei diritti umani*

Nell'evoluzione della tutela internazionale dei diritti umani, un ruolo di sicuro rilievo viene generalmente riconosciuto ai sistemi regionali sviluppati sotto l'impulso di organizzazioni internazionali a dimensione continentale, operanti come "*the local carriers of a global message*"<sup>48</sup>, per favorire la promozione e la protezione dei diritti umani e la definizione di obblighi di rispetto degli stessi supportati da procedimenti di controllo.

Tali sistemi, sin dalla loro origine, hanno affrontato il problema della coesistenza e del coordinamento rispetto ad atti e meccanismi di protezione internazionale a portata universale<sup>49</sup>. La Dichiarazione di

<sup>47</sup> Sul punto v. in generale v. M.E. GALEY, *International Enforcement of Women's Rights*, in *Human Rights Law Quarterly*, 1984, p. 463 ss.; N. BURROWS, *The Convention on The Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 149 ss.; M.A. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford, 2012; I. WESTENDORP (ed.), *The Women's Convention Turned 30: Achievements, Setbacks and Prospects*, Cambridge, 2012.

<sup>48</sup> R. J. VINCENT, *Human Rights and International Relations*, Cambridge, 1986, p. 101.

<sup>49</sup> Come ad es. nel caso della consultazione preventiva avviata nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) rispetto al *Draft* della Convenzione americana dei diritti umani e allo studio comparativo con il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: v. OAS, Doc.OEA/Ser. G. IV Rev.3,4 (1967) e OAS, Doc.OEA/Ser. L/II.19, doc.26 (1968). In dottrina, v. A. CANÇADO TRINDADE, *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)*, in *Recueil des cours*, 1988, vol. 202, p. 9 ss.

Vienna, adottata dalla Conferenza mondiale sui diritti umani promossa dalle Nazioni Unite (14-25 giugno 1993), chiarisce il rapporto tra universalismo e regionalismo nella tutela internazionale dei diritti umani, sottolineando “la natura universale di questi diritti e delle libertà” (par. 1), affermando al contempo che “gli accordi regionali svolgono un ruolo fondamentale nella promozione e nella tutela dei diritti umani. Essi dovrebbero rafforzare gli standard universali dei diritti umani e la loro protezione” (par. 37)<sup>50</sup>.

La conferma di tale nesso fondamentale tra tutela universale e regionale dei diritti umani si può peraltro leggere proprio in alcuni atti internazionali concernenti la tutela dei diritti delle donne quasi contemporanei alla Dichiarazione di Vienna, quali la Dichiarazione sull’eliminazione della violenza contro le donne<sup>51</sup>, che completa la CEDAW e influisce sull’adozione, nel 1994, della Convenzione interamericana sulla prevenzione, la punizione e lo sradicamento della violenza contro le donne<sup>52</sup>.

È chiaro, infatti, che la regionalizzazione consente di rispettare le diversità culturali, religiose e storiche di alcuni ambiti geopolitici, pur operando nel quadro dell’universalismo che non consente violazioni in ossequio a imperativi religiosi o culturali<sup>53</sup>.

#### 4.1. *Il sistema interamericano di tutela dei diritti umani*

Nel sistema interamericano di tutela dei diritti umani, il diritto alla salute non è espressamente considerato nella Convenzione del 22 novembre 1969<sup>54</sup> – Patto di San José di Costa Rica – ed è stato sancito

<sup>50</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF 157/23.

<sup>51</sup> La Dichiarazione è stata adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni unite nella sessione plenaria del 20 dicembre 1993, A/RES/48/104; sul punto v. H. CHARLESWORTH, *The UN Declaration on Violence Against Women*, in *Social Justice*, 1990, vol. 17, p. 53 ss.

<sup>52</sup> Convenzione di Belém do Pará, adottata il 9 giugno 1994. Sul punto v. in generale P. DEGANI, *Diritti umani e violenza contro le donne: recenti sviluppi in materia di tutela internazionale*, Padova, 2000, p. 48 ss.

<sup>53</sup> Sul punto J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, III ed., Ithaca, 2013.

<sup>54</sup> Convenzione interamericana dei diritti umani, o Patto di San José, 1969, OAS.,



dall'art. 10 del Protocollo addizionale sui diritti economici e sociali adottato a San Salvador il 17 novembre 1988<sup>55</sup>, ove ricorre in maniera molto evidente la dimensione pubblica e privata del diritto alla salute<sup>56</sup>.

Tuttavia l'evoluzione giurisprudenziale della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, che, com'è noto, integra le attività di *fact-finding* e *conciliation* svolte dalla Commissione, ha evidenziato la necessità di tutelare il diritto alla salute, e specificamente, il diritto alla salute delle donne, in connessione con altri diritti sanciti dalla Convenzione, come ad es. nel caso *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*<sup>57</sup>, o come nei casi delle sterilizzazioni forzate, che oltre a risultare atti di violenza, sono atti lesivi della salute delle donne di cui provocano in taluni casi la morte<sup>58</sup>, nel quadro di politiche nazionali del controllo demografico<sup>59</sup>.

Treaty Series No. 36, sul punto v. in generale A. DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani. Circolazione e mutamento di una internazionale legal tradition*, Torino, 2004, p. 223 ss.; M. SERRANO, V. POPOVSKI (eds.), *Human Rights Regimes in the Americas*, New York, 2010; P. ENGSTROM (ed.), *The Inter-American Human Rights System. Impact Beyond Compliance*, Cham, 2019.

<sup>55</sup> Protocollo di San Salvador del 17 novembre 1988 sui diritti umani in materia di diritti economici, sociali e culturali, in *ILM*, 1989, p. 161 ss.

<sup>56</sup> Corte interamericana, *Vera Vera et al. c. Ecuador*, serie C n. 224, par. 43, sentenza del 19 maggio 2011: “*Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. En este sentido, el artículo 10 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público*”.

<sup>57</sup> Corte interamericana, *Artavia Murillo et al. c. Costa Rica*, *Merits, Reparation and Costs, Judgment*, serie C, n. 257, sentenza del 28 novembre 2012, parr. 142-147; nel caso si afferma che il divieto di fecondazione assistita previsto in Costa Rica configura una violazione del diritto alla privacy e del diritto a una famiglia.

<sup>58</sup> Corte interamericana, *Mamérta Mestanza Chavez c. Perù*, Case 12.191, Report No. 71/03, OEA/Ser.L/V/II.1 18, doc.5 rev. 2, 2003, in cui il Perù è stato ritenuto responsabile della violazione delle norme CEDAW in contrasto con la sterilizzazione forzata; CEDAW Committee (*A.S. v. Hungary*), Communication No. 4/2004, U.N. Doc. CEDAW/C/36/D/4/2004 (2006), nell'ambito della quale l'Ungheria è stata ritenuta responsabile di aver violato la CEDAW per le sterilizzazioni forzate.

<sup>59</sup> Come noto, la strategia del Presidente Fujimori ha comportato la sterilizzazione forzata di oltre 300.000 donne. Sul punto V. V. JAICHAND, C. O' CONNELL, *Bringing it*

Sempre in via giurisprudenziale si è attuata la declinazione del principio di uguaglianza con riferimento al godimento dei diritti fondamentali<sup>60</sup>. Soprattutto grazie ai pareri consultivi della Corte interamericana, si è chiarita la necessità di equiparare tutte le persone soggette alla giurisdizione di uno Stato, indipendentemente dalla loro nazionalità o dallo *status* di migrante<sup>61</sup>.

Particolare enfasi alla tutela del diritto alla salute delle donne migranti viene rivolta nel quadro dell'attività di monitoraggio svolta negli organi interamericani di tutela dei diritti umani<sup>62</sup>. Il *report* intitolato "Access to Information on Reproductive Health from a Human Rights Perspective"<sup>63</sup> elabora gli effetti della discriminazione sul godimento dei diritti alla salute riproduttiva delle donne con specifico riferimento alle necessità che alcuni gruppi di donne possono avere, in ragione dei contesti di esclusione, marginalizzazione o discriminazione, comprese le donne di etnia africana, le adolescenti, le donne che vivono in aree rurali e le donne migranti.

Nonostante le affermazioni degli organi interamericani di tutela dei diritti umani, la protezione della salute delle donne presenta molteplici

*Home: The Inter-American System and State Obligations- Using a gender approach regionally to address women's rights violations domestically*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2010, p. 58 ss.

<sup>60</sup> Sul richiamo dei principi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte inter-americana, si v. A. DI STASI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nella giurisprudenza della Corte interamericana*, in S. TONOLO, G. PASCALE, (a cura di), *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo*, cit., p. 67 ss.

<sup>61</sup> Corte interamericana, parere consultivo OC-18/03, *Conduzione giuridica e diritti dei migranti clandestini*, del 17 settembre 2003 "[e]n relación con las disposiciones de la Declaración universal – exceptuando los artículos 21 y 13 – existe acuerdo en que, bajo normas de derecho consuetudinario, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales a los extranjeros bajo su jurisdicción, incluidos los que se encuentren residiendo en forma irregular [...]".

<sup>62</sup> Special Rapporteur on the Rights of Women, *Access to Maternal Health Services from a Human Rights Perspective*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69 (2010), <https://www.oas.org/en/iachr/women/docs/pdf/saludmaternaeng.pdf>.

<sup>63</sup> Special Rapporteur on the Rights of Women, *Access to Maternal Health Services from a Human Rights Perspective*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 (2011), <http://cidh.org/women/saludmaterna10eng/MaternalHealthChap1eng.htm>.

profili di criticità nel contesto geopolitico considerato. Si pensi ad es. all'aborto che viene praticato in maniera differente entro i singoli Stati e anche all'interno del medesimo Stato, ad es. in Messico l'unico luogo in cui una donna può accedere all'aborto è Città del Messico, a causa del consistente movimento dell'obiezione di coscienza tra i medici operanti nelle altre città del paese<sup>64</sup>, e non sempre in condizioni adeguatamente coerenti agli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali<sup>65</sup>.

#### 4.2. *Il sistema africano di tutela dei diritti umani*

Nell'ambito del sistema africano di tutela dei diritti umani, che si fonda sulla Carta africana dei diritti umani e dei popoli e prevede due organi di controllo: la Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, prevista dalla stessa Carta africana, e la Corte africana dei diritti umani e dei popoli, istituita con il Protocollo<sup>66</sup>, la tutela del diritto alla salute ricorre secondo la duplice dimensione collettiva e individuale. Da un lato, infatti, si prevede che la protezione della famiglia quale base naturale della società sia temperata dagli obblighi dello Stato di

<sup>64</sup> D. BECKER, C. DIAZ OLAVARRIETA, *Decriminalization of Abortion in Mexico City: the effects on women's reproductive rights*, in *American Journal of Public Health*, 2013, p. 1.

<sup>65</sup> Come nel caso *Paulina del Carmen Ramirez Jacinto c. Mexico, Friendly Settlement agreement*, Inter-Am. Comm. Report No. 21/07 (2007): una ragazza di 14 anni, vittima di una violenza sessuale commessa da parte di un estraneo introdottosi in casa a tale scopo, voleva abortire e ne aveva diritto in base alle leggi messicane, ma a causa dei condizionamenti ricevuti in ambito ospedaliero, connessi anche ai timori per la propria salute, è stata costretta a rinunciarvi.

<sup>66</sup> La Carta africana è stata adottata il 27 giugno 1981 a Nairobi, sotto l'egida dell'Organizzazione per l'Unità africana (oggi sostituita dall'Unione africana), è entrata in vigore il 21 ottobre 1986. Il Protocollo istitutivo della Corte africana è stato approvato a Ouagadougou il 9 giugno 1998, è entrato in vigore il 25 gennaio 2004. La fusione della Corte africana con la Corte di giustizia dell'Unione africana in una nuova Corte africana unica, prevista dal Protocollo di Sharm el-Sheikh del 2008, difficilmente sarà realizzata a breve termine, dato che finora pochissimi Stati hanno proceduto alla ratifica del suddetto Protocollo. Lo stesso vale (e a maggior ragione) per il Protocollo di Malabo del 2014, che mira a estendere la competenza della futura Corte unica a fattispecie riconducibili al diritto internazionale penale.

salvaguardarne la salute fisica e la morale e, specialmente, di assisterla nella sua funzione di “custode” dei valori tradizionali africani (art. 18, paragrafi 1 e 2), dall’altro si afferma la necessità di tutelare la salute come diritto individuale nell’art. 16 della Carta africana dei diritti dell’uomo e dei popoli.

Al diritto individuale alla tutela della salute corrispondono obblighi positivi in capo agli Stati, la cui attuazione è condizionata dalle risorse disponibili dagli Stati e rivela quindi un carattere progressivo, come nel caso della *Sanità mentale in Gambia*, nell’ambito del quale la Commissione non ha riscontrato alcuna violazione della Carta<sup>67</sup>. Grazie all’interpretazione della Commissione, in altri casi, il diritto alla salute, come sancito dall’art. 16 della Carta, ha costituito la premessa per affermare la necessità di tutelare altri diritti, come nel caso degli *Ogoni*, abitanti dell’Ogoniland, territorio della Nigeria ricco di risorse petrolifere, che lamentavano la violazione di numerosi diritti in seguito alle attività estrattive poste in essere da due multinazionali (una nigeriana e l’altra olandese), rispetto ai quali la Commissione, nella Relazione finale, ha introdotto la tutela del diritto all’abitazione e al cibo, deducendo il primo da una lettura combinata delle norme poste a garanzia del diritto alla proprietà privata (art. 14), del diritto alla salute (art. 16), e del diritto alla tutela della vita familiare (art. 18)<sup>68</sup>.

Relativamente alla tutela della salute delle donne migranti, rileva il Protocollo sui diritti delle donne in Africa, adottato durante la Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell’1 luglio 2003 a Maputo, ed in vigore dal 25 novembre 2005<sup>69</sup>. Tale atto mira a prevedere la parità

<sup>67</sup> Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, Comunicazione n. 241/2001, *Purboit e Moore c. Gambia*, rapporto del 29 maggio 2003, par. 84.

<sup>68</sup> Commissione africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, *Comunicazione 155/96, Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, rapporto del 27 ottobre 2001, par. 60.

<sup>69</sup> *Protocol to the African Charter on Human and Peoples Rights on the Rights of Women in Africa*, O.A.U. Doc. CAB/LEG/66, del 13 settembre 2000. Sul punto v. F. BANDA, *Protocol to the African Charter on the rights of Women in Africa*, in M. EVANS ET AL. (eds.), *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: the System in Practice*, 2008, p. 40 ss.; A. DEL VECCHIO, *La tutela dei diritti delle donne nelle Convenzioni internazionali*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Il contributo di Luigi Sico agli studi di diritto internazionale e di diritto dell’Unione europea*, Napoli, 2011, p. 315 ss.

tra uomo e donna in tutte le sue disposizioni ed evidenzia una definizione molto ampia di “violenza nei confronti della donna”, includendovi non solo la violenza sessuale o la violenza di genere, ma anche tutti gli atti privativi della libertà personale (art. 1, lett. j). Il Protocollo obbliga gli Stati aderenti a favorire l’eliminazione di pratiche connaturate al modello culturale africano e incidenti sul diritto alla salute delle donne, quali ad es. le mutilazioni genitali femminili, e tutela la salute femminile e il controllo del corpo e dell’apparato riproduttivo all’art. 14<sup>70</sup>.

Il par. 2 dell’art. 14 prevede la possibilità che gli Stati adottino misure rivolte a proteggere i diritti riproduttivi delle donne “*by authorising medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus*”. Si tratta di una disposizione che codifica, a livello internazionale, il diritto delle donne all’aborto, in presenza delle circostanze indicate nella norma, con evidenti effetti benefici sulla tutela della salute femminile, diversamente compromessa dalla pratica di aborti clandestini, che ricorre di solito in presenza di leggi nazionali rivolte a vietare l’aborto o a criminalizzarlo. Il riferimento al danno alla salute della donna, da intendersi anche come salute morale, come condizione per richiedere l’aborto è possibile grazie all’evoluzione interpretativa realizzata dagli organi delle Nazioni Unite a partire dall’*International Conference on Population and Development*<sup>71</sup>, in cui si afferma che la libertà nella decisione di intraprendere una gravidanza e di diventare madre è fondamentale per la salute mentale e fisica femminile<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Norma rispetto alla quale sono state formulate diverse riserve da parte di Burundi, Libia, Ruanda, Senegal, Sudan.

<sup>71</sup> *United Nations, Population and Development, Programme for Action Adopted at the International Conference on Population and Development*, Cairo 5-13 Sept. 1994, Doc. ST/ESA/SERA/149.

<sup>72</sup> *United Nations, Population and Development, Programme for Action*, adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo 5-13 Sept. 1994, cit., par. 7.2. Sul punto si v. C.G. NGWENA, *Protocol to the African Charter on the Rights of Women: Implications for access to abortion at the regional level*, in *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 2010, p. 163.

Sulla codificazione del diritto all'aborto appare pertanto evidente l'influenza degli organi di monitoraggio delle Nazioni Unite, che hanno supportato tale diritto, già tramite le raccomandazioni rivolte a liberalizzare e ad abrogare le leggi nazionali restrittive in materia, che soprattutto nei Paesi dell'Africa sub-sahariana si sono rivelate tra le cause degli aborti clandestini con rischio di morte incrementale, documentato dall'Organizzazione mondiale della Sanità (680 donne morte su 100.000 aborti, rispetto al numero comunque elevato di 330 donne morte su 100.000 aborti nei paesi in via di sviluppo)<sup>73</sup>. In molti casi, nelle *Concluding Observations*, il Comitato CEDAW ha raccomandato la liberalizzazione e la depenalizzazione delle leggi sull'aborto come oggetto dell'obbligo degli Stati di proteggere i diritti fondamentali delle donne, quali il diritto alla vita, alla salute, all'uguaglianza e al divieto di discriminazione, come ad es. nel caso dello Zimbabwe nel 1998<sup>74</sup>. Anche il Comitato sui diritti umani è intervenuto rispetto all'ordinamento del Gambia nell'ambito del quale, ancora nel 2004, era in vigore una legge che criminalizzava l'aborto anche quando la vita della gestante era in pericolo o la richiesta dello stesso era motivata da una violenza sessuale, e pertanto il Comitato promuoveva l'introduzione di adeguate eccezioni a tutela dei diritti fondamentali delle donne<sup>75</sup>.

Tali indicazioni appaiono essere recepite, seppure entro atti di *soft law*, come ad esempio *l'African Common Position*, che sottolinea come la gestione delle migrazioni non debba frammentare la tutela dei diritti fondamentali dei rifugiati<sup>76</sup>, la *Joint Africa – EU Declaration on migration and Development*, rivolta a promuovere la tutela dei diritti fondamentali dei migranti<sup>77</sup>, la *Declaration Africa and Migration*, in cui un

<sup>73</sup> WHO, *Unsafe Abortion: global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2003*, Geneva, WHO, 2005.

<sup>74</sup> CEDAW, Committee, CEDAW/C/ZWE/1, 1998, par. 159.

<sup>75</sup> Human Rights Committee, CCPR/CO/75/GMB, 2004, par. 17.

<sup>76</sup> African Union Executive Council, *African Union Common position on migration and development*, 2006, [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd486/files/2018-07/african\\_common\\_position\\_md.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd486/files/2018-07/african_common_position_md.pdf).

<sup>77</sup> *Joint Africa - EU Declaration on migration and development*, Tripoli 22-23 Novembre 2006, [https://au.int/sites/default/files/pages/32899-file-4\\_the\\_joint\\_africa\\_eu\\_declaration\\_on-migration\\_and\\_development\\_2006.pdf](https://au.int/sites/default/files/pages/32899-file-4_the_joint_africa_eu_declaration_on-migration_and_development_2006.pdf).

*focus* specifico è riservato alla salute dei migranti, esortando gli Stati di accoglienza ad assicurare agli stranieri gli stessi diritti fondamentali dei cittadini in termini di educazione e salute<sup>78</sup>, e le numerose dichiarazioni approvate dai governi degli Stati africani per tutelare la salute dei migranti e dei rifugiati<sup>79</sup>.

#### 4.3. *La Carta araba dei diritti dell'uomo*

La Carta araba dei diritti dell'uomo, del 2004, prevede e tutela una serie di diritti fondamentali, tra i quali ricorre anche il diritto alla salute.

Tale diritto rileva, anche in questo atto, secondo la duplice dimensione collettiva ed individuale, essendo richiamata la tutela della salute pubblica come limite all'esercizio dei diritti politici (art. 24), della libertà religiosa (art. 30), e riconoscendosi all'art. 39 il diritto individuale alla salute.

Rispetto alla condizione femminile, la norma dell'art. 3 par. 3 della Carta prevede una disposizione che per le discriminazioni tra uomo e donna fa riferimento alla *Sharia*, stabilendo che uomini e donne sono uguali quanto a dignità umana, diritti e doveri, in un quadro di discriminazioni positive previste in favore delle donne dalla *Shari'ah* islamica, da altre leggi divine e dalle pertinenti leggi e strumenti giuridici. Pertanto, seguendo la regola in base alla quale nel Corano le donne sono uguali agli uomini, ma poiché hanno un ruolo particolare nella famiglia e nella società, devono sottostare a una serie di prescrizioni nell'abbigliamento, nella frequentazione e anche nelle cure mediche (ad es. essere visitate da un medico dello stesso sesso), non è chiaro come tale regola della Carta araba, per quanto limitata nella sua porta-

<sup>78</sup> African Parliamentary Union, *Africa and Migration: Challenges, problems and solutions, Final Declaration*, 2008, <http://archive.ipu.org/splze/rabat08/declaration.pdf>.

<sup>79</sup> Ad es. l'Abuja Declaration on HIV/AIDS, tuberculosis and other related infectious diseases, 200, <https://au.int/sites/default/files/pages/32894-file-2001-abuja-declaration.pdf>. Ministry of Health meeting, *Catalytic Framework To End Aids, Tb And Eliminate Malaria In Africa By 2030*, 2016, [https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/27513-wdsa16949\\_e\\_catalytic\\_framework.pdf](https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/27513-wdsa16949_e_catalytic_framework.pdf).

ta applicativa da organi di monitoraggio (Corte, Comitato), che però non sono competenti ad esaminare ricorsi individuali, possa assicurare un'effettiva tutela alla salute delle donne, nei Paesi entro i quali vigono discipline che ad es. escludono che le donne possano essere visitate da un medico di sesso maschile, senza il consenso del loro padre, fratello, marito.

Alcune criticità si profilano inoltre nell'effettiva attuazione della regola secondo la quale le donne non possono viaggiare senza il marito, il padre o il fratello, da risolvere conciliando le norme internazionali con le norme nazionali degli Stati membri, secondo quanto prevede l'art. 43 della Carta<sup>80</sup>.

Profili problematici complessi derivano poi dalla previsione dell'art. 39 della Carta, che afferma che le misure adottate dagli Stati membri per garantire il diritto alla salute devono includere la soppressione delle pratiche tradizionali che sono dannose alla salute degli individui; dovrebbero pertanto essere vietate, secondo quanto stabilito dalle Nazioni Unite, le mutilazioni genitali femminili, l'infanticidio femminile, la gravidanza precoce, la violenza contro le donne<sup>81</sup>.

#### 4.4. *Il sistema europeo di tutela dei diritti umani. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

Nell'ambito della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, non vi è una disposizione specifica che tuteli il diritto alla salute, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo lo ha indirettamente garantito, applicando alcune norme della Convenzione (artt. 2, 3 e 8). Grazie all'art. 14 della Convenzione viene inoltre assicurato il diritto a non essere discriminati per ragioni legate alla condizione fisica o mentale<sup>82</sup>. In linea

<sup>80</sup> M.Y. MATTAR, *Article 43 of the Arab Charter on Human rights: reconciling national, regional and international standard*, in *Harvard Human Rights Law Journal*, 2013, p. 110.

<sup>81</sup> U.N. Office of the High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 23, *Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children*, 1995, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet23en.pdf>.

<sup>82</sup> Si v. in generale sul punto D. J. HARRIS, M. O' BOYLE, E. P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, V ed., Oxford, 2023, p. 543 ss.



generale, la Corte di Strasburgo afferma di non valutare in astratto la politica sanitaria dello Stato contraente<sup>83</sup>, ma di considerare in concreto e nelle specifiche circostanze di ogni singolo caso, l'idoneità di tale politica a proteggere l'integrità psico-fisica delle persone soggette alla giurisdizione dello Stato, ad assicurare un accesso non discriminatorio alle cure mediche e a garantire rimedi effettivi ove gli obblighi positivi incombenti allo Stato non vengano correttamente attuati<sup>84</sup>.

Più specificamente, la Corte di Strasburgo ha ricondotto il diritto all'assistenza sanitaria ad un aspetto dell'integrità morale e fisica dell'individuo, facendolo pertanto rientrare nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), ritenendo che "*the right to effective respect for the physical and psychological integrity*" sia elemento essenziale della vita privata di ogni persona<sup>85</sup>. Grazie all'art. 8 della Convenzione di Roma, molte questioni eticamente sensibili sono state sottoposte al giudizio della Corte, quali ad esempio quelle relative alla salute sessuale e riproduttiva femminile<sup>86</sup>, e quelle riguardanti l'inizio e la fine della vita di ogni individuo<sup>87</sup>. In altre situa-

<sup>83</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 novembre 2012, ricorso n. 47039/11 e 358/12, *Hristozov e a. c. Bulgaria*, par. 105.

<sup>84</sup> Si v. ad es. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2001, ricorso n. 25781/94, *Cipro c. Turchia*, par. 219; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 21 marzo 2002, ricorso n. 65653/01, *Nitecki c. Polonia*, par. 53; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 aprile 2013, ricorso n. 13423/09, *Mehmet Sentürk c. Turchia*, parr. 95-97.

<sup>85</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 febbraio 2001, ricorso n. 44599/98, *Bensaid c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 dicembre 2010, ricorso n. 25579/05, *A, B e C. c. Irlanda*, § 245.

<sup>86</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 marzo 2007, ricorso n. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 novembre 2011, ricorso n. 27617/04, *R. R. c. Polonia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 gennaio 2013, ricorso n. 57375/05, *P. e S. c. Polonia*: in questi casi la Corte considera la mancanza di informazioni adeguate o il mancato accesso a una procedura di aborto legale in Polonia una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea.

<sup>87</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito* (suicidio assistito); Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2007, ricorso n. 4362/04, *Dickson c. Regno Unito*, par. 66; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 agosto 2012, ricorso n., 54270/10, *Costa Pavan c. Italia*, par. 57; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 ago-

zioni, la Corte ha riconosciuto la responsabilità di uno Stato membro nel violare il diritto alla vita (art. 2), per il fatto che le autorità nazionali avessero messo a rischio la vita di una persona, negandole, tramite azioni od omissioni l'assistenza sanitaria individuale di cui può invece generalmente usufruire la popolazione<sup>88</sup>. L'art. 3 della Convenzione europea è stato richiamato nei casi in cui uno Stato non riesca a fornire adeguati trattamenti medici<sup>89</sup>, o non protegga la salute dei detenuti<sup>90</sup>.

Per quanto riguarda il diritto alla salute dei migranti, si è evidenziata la difficile applicazione delle cure mediche come scudo contro l'espulsione; solo in casi limitati e in presenza di circostanze molto gravi è stato richiamato l'art. 3 della Convenzione europea quale norma rivolta a definire la responsabilità di uno Stato che aveva autorizzato l'allontanamento di uno straniero malato terminale in un Paese in cui, in assenza di cure mediche e in ragione della drammaticità della situazione presente in tale ambito, sarebbe stato sottoposto a un trattamento disumano e poi a morte certa<sup>91</sup>. A partire da tale caso, la Corte ha sviluppato una giurisprudenza in cui la tutela della salute ricorre nel divieto di *refoulement* desunto dall'art. 3 della CEDU in presenza di

sto 2015, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, parr. 158-159 (procreazione medicalmente assistita).

<sup>88</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 maggio 2000, ricorso n. 45305/99, *Powell c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 novembre 2004, ricorso n. 48939/99, *Öneryıldız c. Turchia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 giugno 2010, ricorso n. 4864/05, *Oyal c. Turchia*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 aprile 2013, ricorso n. 13423/09, *Mehmet Sentürk c. Turchia*, parr. 95-97; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 luglio 2014, ricorso n. 47848/08, *Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Campeanu c. Romania*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 dicembre 2015, ricorso n. 56080/13, *Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo*.

<sup>89</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 giugno 2000, ricorso n. 22277/93, *Ilhan c. Turchia*, par. 87.

<sup>90</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 aprile 2001, ricorso n. 22229/95, *Keenan c. Regno Unito*, par. 91, sulla mancanza di cure mediche effettive in caso di suicidio; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 marzo 2016, ricorso n. 47152/06, *Blokbin c. Russia*, sulla tutela della salute di un minore in stato di detenzione.

<sup>91</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, *D. c. Regno Unito*.

tre circostanze: a) la gravità e lo stadio della malattia; b) la disponibilità e accessibilità di cure mediche nello Stato di destinazione; c) la disponibilità, entro tale Stato di assistenza familiare o sociale.

Con riferimento alla gravità della malattia, non vi è alcuna violazione imputabile allo Stato, dal momento che il malato terminale rischia di morire per cause oggettive<sup>92</sup>.

Nelle ipotesi di mancanza di cure mediche nello Stato di destinazione, rileva invece la responsabilità diretta o indiretta dello Stato nell'accesso alle stesse, che ha ad esempio indotto la Corte ad escludere la violazione dell'art. 3 nel caso in cui una prassi discriminatrice dello Stato non fosse stata accertata<sup>93</sup>; al contrario, vi può essere responsabilità dello Stato di destinazione nel caso di un estradato che rischi di essere sottoposto a un trattamento carcerario incompatibile con le sue patologie<sup>94</sup>.

In altri casi, la semplice prova della possibilità di una qualche forma di trattamento medico nel paese d'origine è stata dalla Corte ritenuta sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 3 della Convenzione, come nel caso dell'espulsione di un soggetto schizofrenico a rischio suicidio<sup>95</sup>, di una donna kosovara affetta da depressione secondaria cronica<sup>96</sup>, di persone affette da HIV<sup>97</sup>, come la donna ugandese espulsa

<sup>92</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, *D. c. Regno Unito*: nel caso, il rischio di danno per lo straniero, malato terminale, assume rilievo sulla base di circostanze oggettive.

<sup>93</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 febbraio 2015, ricorso n. 1412/12, *M. T. c. Svezia*, par. 50.

<sup>94</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 16 aprile 2013, ricorso n. 17299/12, *Aswat c. Regno Unito*: nel caso l'extradizione del ricorrente negli USA lo avrebbe esposto a un aggravamento della schizofrenia paranoide di cui lo stesso era affetto in ragione della prevista detenzione in condizioni di massima sicurezza.

<sup>95</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 6 maggio 2001, ricorso n. 44599/98, par. 37, *Bensaid c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 aprile 2015, ricorso n. 65692/12, par. 46, *Tatar c. Svizzera*, nell'ambito della quale la Corte non approfondisce la comparazione tra le cure offerte al ricorrente in Svizzera e in Turchia, ma si accontenta del fatto che il ricorrente sarebbe stato comunque sottoposto a cure in Turchia.

<sup>96</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 novembre 2014, ricorso n. 35226/11, *V.S.e altri c. Francia*, nel caso la depressione era stata diagnosticata come conseguenza delle violenze sessuali subite dalla ricorrente nel suo Paese d'origine.

dal Regno Unito, nonostante avesse lamentato la circostanza che i farmaci per curare la sua malattia non fossero accessibili per l'alto costo e per la mancanza di un adeguato sistema di assistenza sanitaria, in ragione della situazione dello Stato di origine<sup>98</sup>.

La mancanza di assistenza familiare e/o sociale nello Stato d'origine viene considerata un criterio utile per valutare la violazione dell'art. 3, ma non ha mai assunto un rilievo autonomo, come nel caso in cui il richiedente, un invalido che aveva subito l'amputazione di una gamba per l'esplosione di una bomba in Afghanistan, non lamentava l'assenza di cure mediche, ma il rischio di subire un trattamento disumano e degradante per la mancanza di una famiglia che lo sostenesse; la Corte tuttavia rigettò il ricorso, ritenendo che il richiedente non fosse riuscito a fornire la prova delle "circostanze eccezionali" cui sarebbe stato esposto al rientro in Afghanistan e che avrebbero potuto prevenire il suo allontanamento dal Regno Unito<sup>99</sup>.

Ad una diversa valutazione delle "circostanze eccezionali", che possono influire sulla salute del migrante respinto, è pervenuta la Grande Camera della Corte europea, anche grazie alle opinioni dissenzianti e separate di alcuni giudici<sup>100</sup>, nel caso *Paposhvili c. Belgio*<sup>101</sup>, concernente un cittadino georgiano, malato di leucemia linfatica cronica e di tubercolosi, che per effetto dell'espulsione per i precedenti penali, avrebbe visto aggravarsi il proprio stato di salute fino alla morte: in tal caso, la Corte evidenzia nuovi criteri per la violazione di cui all'art. 3, riferendosi, da un lato, alla mancanza o inaccessibilità di un trattamento sanitario, e, dall'altro lato, al nesso causale tra tale circo-

<sup>97</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 dicembre 2011, ricorso n. 10486/10, *Yob-Ekale Mwanje c. Belgio*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 maggio 2012, ricorso n. 34724/10, *E. O. c. Italia*.

<sup>98</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 maggio 2008, ricorso n. 26565/05, *N. c. Regno Unito*.

<sup>99</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 gennaio 2013, ricorso n. 60367/10, *S.H.H. c. Regno Unito*.

<sup>100</sup> Sul punto si v. in generale: G. CARELLA, *Il divieto di allontanamento dello straniero per ragioni di salute e il c.d. Decreto Salvini*, in *Liber amicorum A. Davì*, Napoli, 2019, p. 473.

<sup>101</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 dicembre 2016, ricorso n. 41738/10, *Paposhvili c. Belgio*, parr. 181, 193.

stanza e un peggioramento grave e irreversibile delle condizioni di salute, causa di intensa sofferenza o di riduzione dell'aspettativa di vita.

#### 4.5. Segue. *La Carta Sociale europea*

L'affermazione della necessità di tutelare il diritto alla salute è stata specificamente codificata nella Carta sociale europea del 1996<sup>102</sup>, all'art. 11, ove però tale diritto rimane soggetto al regime opzionale come previsto dalla Parte III della Carta<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Carta sociale europea, Strasburgo, 3 maggio 1996, in *ETS* n. 163. Tale atto rappresenta il punto di arrivo di un processo di revisione della Carta, originariamente adottata a Torino il 17 ottobre 1961. Tale processo, segnato in maniera decisiva dai tre Protocolli del 1988, 1991, e 1995, ha condotto alla Carta sociale "riveduta" del 1996, che ha aggiunto altri importanti diritti a quelli già presenti nella Carta originaria, realizzando il sistema di protezione dei diritti sociali più evoluto ed esteso nel contesto giuridico internazionale attuale. Non tutti gli Stati parti alla Carta del 1961 hanno ratificato la Carta riveduta: ad oggi (ultimo accesso 27 marzo 2023), 42 Stati europei sono parti alla Carta del 1996 e 7 sono ancora parti della Carta del 1961, <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/signatures-ratifications>. L'art. 11 sul diritto alla salute è tuttavia presente, con la stessa previsione, in entrambe le versioni della Carta. Sulla Carta si v. in generale: J.F. AKANDJI, KOMBÉ, S. LECLERC (eds.), *La Charte Sociale Européenne (Actes des Premières Rencontres Européennes de Caen organisées à Caen, le 17 mars 2000)*, Bruxelles 2001; J. DARCY, D. HARRIS, *The European Social Charter*, 2d ed., New York, 2001; O. DE SCHUTTER (ed.), *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe*, Bruxelles, 2010; M. D'AMICO, G. GUGLIA (eds.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*, Napoli, 2014; G. PALMISANO, *L'obbligo dello Stato di tutelare il diritto alla salute ai sensi della Carta Sociale Europea*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, p. 189 ss.

<sup>103</sup> Secondo l'art. A della Parte III della Carta del 1996, ogni Stato parte si impegna: "(...) b) to consider itself bound by at least six of the following nine articles of Part II of this Charter: Articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 and 20; c) to consider itself bound by an additional number of articles or numbered paragraphs of Part II of the Charter which it may select, provided that the total number of articles or numbered paragraphs by which it is bound is not less than sixteen articles or sixty-three numbered paragraphs". L'Armenia è l'unico Paese a non aver accettato l'art. 11 della Carta sociale, sulla base della incapacità attuale a garantire a tutta la popolazione l'accessibilità e la sostenibilità economica di tutte le cure sanitarie, <https://rm.coe.int/table-esc-coe-eu-provisions/1680aa6508>.

Il contenuto del diritto alla salute è stato inoltre definito in via interpretativa dal Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora in avanti CEDS) – organo di controllo della Carta sociale – che ha chiarito le implicazioni dell'obbligo dello Stato di garantire la salute, sia nell'ambito della valutazione dei rapporti presentati periodicamente da parte degli Stati, sia nel quadro dell'esame e della decisione di alcuni “reclami collettivi” presentati contro gli Stati per violazione dell'art. 11<sup>104</sup>. Secondo tale norma, gli Stati si impegnano ad assicurare l'esercizio effettivo del diritto alla salute, così come definito dalla Costituzione dell'OMS accettata da tutti gli Stati membri<sup>105</sup>, mediante l'adozione di misure volte a: “1. *To remove as far as possible the causes of ill-health*; 2. *To provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health*; 3. *To prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents*”.

La rilevanza del diritto individuale all'assistenza sanitaria incide solo parzialmente sulla dimensione collettiva e generale della tutela della Carta Sociale europea del diritto alla salute, inteso con riguardo agli obblighi dello Stato di assicurare alla popolazione il migliore stato di salute possibile<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Il Comitato europeo dei diritti sociali è un organo composto da 15 esperti indipendenti eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Esso ha competenza in tema di valutazione periodica dei rapporti presentati dagli Stati sull'attuazione della Carta nel loro ordinamento e nella prassi interna (*reporting procedure*), al termine della quale il Comitato può adottare “conclusioni di conformità” o di “non conformità” della situazione presente nello Stato per ogni disposizione esaminata, ed in tema di “reclami collettivi” nei confronti degli Stati che abbiano accettato tale procedura. Il mancato rispetto della Carta da parte di uno Stato parte alla stessa può essere rilevato, con riguardo a situazioni specifiche, da parte di organizzazioni sindacali internazionali o nazionali, e da parte di organizzazioni non governative dotate di *status* consultivo presso il Consiglio d'Europa. Attualmente solo 16 Stati hanno accettato tale procedura e solo la Finlandia ha accettato la possibilità che siano presentati reclami anche da ONG nazionali rappresentative e competenti nel settore oggetto del reclamo.

<sup>105</sup> Ovvero come “*the state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”, vd. European Committee of Social Rights, *Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11*.

<sup>106</sup> G. PALMISANO, *L'obbligo dello Stato di tutelare il diritto alla salute*, cit., p. 191.

Garantire alla popolazione il miglior stato di salute possibile impone agli Stati l'obbligo di organizzare un sistema sanitario in grado di corrispondere ai rischi sanitari evitabili<sup>107</sup>; per valutare l'adempimento di tale obbligo, vengono in considerazione vari indicatori statistici, quali la speranza di vita, le cause di mortalità, il tasso di mortalità infantile (entro il primo anno di vita), e materno (durante la gravidanza o entro 42 giorni dal termine). Il CEDS constata spesso situazioni di non conformità in molti Stati europei, come ad es. nelle Conclusioni del 2021, nell'ambito delle quali, tra l'altro, i dati relativi alla speranza di vita evidenziano notevoli differenze tra uomini e donne, tra regioni, aree urbane e rurali, livelli di istruzione e di reddito<sup>108</sup>.

Il CEDS sottolinea, inoltre, l'importanza della sostenibilità economica dell'accesso alle cure sanitarie, puntualizzando l'obbligo esistente in capo agli Stati di assicurare le cure mediche indipendentemente dalle risorse economiche degli individui malati, con la conseguente necessità che i costi siano sostenuti, almeno in parte, dalla comunità statale<sup>109</sup>, e ribadendolo anche all'esito dei complessi effetti della crisi economica globale<sup>110</sup>. Ciò nonostante, i complessi effetti della crisi economica globale e la pandemia da Covid 19 hanno evidenziato molti casi di non conformità con lo standard di tutela della salute previsto dalla Carta Sociale europea, proprio a causa della mancanza di risorse con conseguenti discriminazioni ed inaccessibilità ai servizi essenziali per le fasce più deboli della popolazione (poveri, anziani, donne, minori).

L'art. 13 della Carta prevede poi il diritto all'assistenza medica, che viene ritenuto applicabile ai migranti in situazione irregolare. Nel caso *FIDH c. Francia*<sup>111</sup>, la Federazione internazionale dei diritti umani aveva sostenuto che la Francia avesse violato il diritto all'assistenza medi-

<sup>107</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions XV-2 (2001), Denmark*.

<sup>108</sup> Consiglio d'Europa, *ECSR conclusions 2021, Several problems relating to health and social protection still persist in Europe*, 2022, <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/several-problems-relating-to-health-and-social-protection-still-persist-in-europe>.

<sup>109</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions I (1969), Statement of Interpretation on Article 11*.

<sup>110</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions 2009, General Introduction*.

<sup>111</sup> European Committee of Social Rights, *Federazione internazionale dei diritti umani c. Francia (FIDH)*, ricorso n. 14/2003, 8 settembre 2004.

ca ponendo fine all'esonazione delle cure medico-ospedaliere per i migranti in situazione irregolare e con redditi molto bassi. Nel caso di specie, la ricorrente aveva sostenuto che il diritto dei bambini alla protezione sociale, giuridica, economica fosse stato violato da una riforma del 2002 che limitava l'accesso ai servizi medici per i minori migranti in situazione irregolare. Il CEDS ha affermato che, nonostante la Carta Sociale Europea sancisca dei diritti che possono essere garantiti solo agli stranieri che sono cittadini di altri Stati membri aderenti alla CSE e che risiedono legalmente o lavorano sul territorio nazionale, essa deve essere interpretata in maniera finalistica e alla luce dei principi della dignità umana individuale, con riguardo ai minori da tutelare ai sensi dell'art. 17, mentre per i migranti adulti non ha riscontrato una violazione dell'art. 13, potendo i migranti irregolari accedere a qualche forma di assistenza medica dopo tre mesi di soggiorno, ed essendo sempre disponibile l'assistenza medica in caso di "emergenze e affezioni potenzialmente letali".

Più in generale, il CEDS, riconoscendo il diritto alla salute come presupposto per il godimento di altri diritti fondamentali, quali la dignità umana<sup>112</sup>, il diritto alla vita, nonché il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti<sup>113</sup>, ha progressivamente dedotto che, in deroga all'Annesso alla Carta sociale, che delimita l'applicazione della tutela del diritto alla salute in capo agli Stati rispetto "ai cittadini di altri Paesi che risiedono legalmente o lavorano regolarmente nel territorio dello Stato", il diritto di accesso alle cure sanitarie deve essere garantito anche alle persone non letteralmente previste da tale norma, come i migranti irregolari, gli stranieri non europei compresi i minori non accompagnati<sup>114</sup>. Una diversa lettura sarebbe in contrasto con l'interpretazione teleologica della Carta e con la necessità di coordinare la sua operatività con le regole generali del diritto internazionale<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> European Committee of Social Rights, *Internationalb Federation of Human Rights Leagues (FIDH) c. Francia* (com. 14/2003), decisione 3 novembre 2004, par. 31.

<sup>113</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11*.

<sup>114</sup> European Committee of Social Rights, *Conclusions 2004, Statement of Interpretation – Personal Scope of the Charter*.

<sup>115</sup> European Committee of Social Rights, *Défense des Enfants International (DEI) c. Belgio* (com. 69/2011), decisione 23 ottobre 2012, par. 28 ss.



### 5. *Gli stranieri non comunitari e l'accesso al sistema sanitario in Italia*

Alla luce di quanto previsto dagli atti internazionali e dall'evoluzione della relativa prassi interpretativa, può essere valutata la disciplina italiana concernente l'accesso degli stranieri al sistema sanitario<sup>116</sup>, come configurata a livello nazionale e, dal punto di vista organizzativo, dalla legislazione regionale, la "tutela della salute" rientrando fra le materie di competenza concorrente fra Stato e Regioni<sup>117</sup>. Ora, che i diritti fondamentali spettino anche agli stranieri è assunto ormai assodato, sia alla stregua dell'interpretazione del testo costituzionale (art. 2 Cost), sia alla stregua delle fonti internazionali sui diritti dell'uomo, e altrettanto può dirsi per il diritto alla salute.

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 ad 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, d'ora in avanti TUI), che, oltre ad equiparare al cittadino lo straniero, "comunque presente alla frontiera o sul territorio dello Stato", nel godimento dei diritti

<sup>116</sup> In questa sede ci si limiterà alla categoria di non cittadini maggiormente vulnerabile, e, come si vedrà, oggetto di perenne "attenzione" da parte del legislatore, ovvero quella degli stranieri non europei, prendendo altresì in considerazione le sole fonti interne rilevanti in materia.

<sup>117</sup> Cfr. sul punto il Decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in GU del 19 agosto 1998, n. 191, artt. 34, 35 e 36, nonché il relativo regolamento di attuazione (artt. 42, 43, 44 del d.P.R. 31 agosto 1999, 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 GU del 3 novembre 1999, n. 190). Sul riparto della potestà legislativa in materia sanitaria, cfr. D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2018, n. 1, pp. 1-25.

fondamentali previsti dalla normativa interna ed internazionale (art. 2, comma 1), delinea una disciplina specifica proprio per ciò che attiene alla “materia sanitaria” (Capo I, Titolo V), in cui sussiste una sorta di gradazione a seconda della posizione dello straniero, muovendosi da una tutela piena, o comunque parametrata a quella riconosciuta all’italiano, ad una più ridotta per lo straniero non legalmente soggiornante.

Per gli stranieri regolarmente presenti vale infatti l’obbligo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, nonché l’obbligo di copertura sanitaria mediante iscrizione volontaria al Servizio sanitario nazionale o polizza assicurativa. Si delineano quindi due categorie, a seconda del titolo di soggiorno posseduto dall’interessato. La prima – quella degli obbligati all’iscrizione, cui consegue piena parità di diritti e doveri rispetto al cittadino italiano – è quella maggiormente comprensiva, posto che molti sono i permessi di soggiorno contemplati dall’art. 34, commi 1 e 2, TUI (lavoro, protezione internazionale, minori non accompagnati, in attesa di adozione, persone richiedenti la cittadinanza, cure mediche, per fare alcuni esempi<sup>118</sup>), oltre che da altre specifiche disposizioni<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> Va altresì evidenziata la portata interpretativo-integrativa assunta sul punto dall’Accordo siglato in Conferenza Stato Regioni nel 2012, contenente *Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l’assistenza sanitaria alla popolazione straniera*, successivamente recepito da molte Regioni (cfr. ad es. l’art. 21 della legge regionale Friuli Venezia Giulia del 9 dicembre 2015, n. 31, pubblicata nel BUR del 9 dicembre 2015, n. 46), ma non da tutte (ad es. non dal Veneto come evidenziato da Corte di Appello di Venezia, sentenza del 15 aprile 2022, n. 429, con cui accerta la natura discriminatoria del divieto, opposto da un’azienda sanitaria della Regione, di iscrizione obbligatoria al SSN del genitore straniero ultrasessantacinquenne convivente con il figlio italiano, in violazione di norme primarie ma anche dell’Accordo in questione): accordo finalizzato a scongiurare il ripetersi delle difformità riscontrate nell’applicazione del Testo unico nelle varie Regioni, posto che esse finiscono per tradursi in lesioni di un diritto fondamentale.

<sup>119</sup> Altri titoli possono individuarsi in base a diverse fonti normative, come nel caso dei detenuti, ai sensi dell’art. 1 del decreto legislativo del 2 giugno 1999, n. 230, *Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell’articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419*, in GU del 10 luglio 1999, n. 165, o in base ad interpretazioni estensive (così per i permessi per motivi di salute in caso di scadenza di precedente titolo e sopraggiunta malattia che non consenta di lasciare il paese, stando alla Circolare inter-

Come appena ricordato, non sempre la presenza legale sul territorio si risolve nella necessità di iscrizione al Servizio sanitario nazionale, residuando ipotesi in cui ciò che preme al legislatore è che un'assicurazione sanitaria comunque sussista, che si tratti di quella pubblica, mediante iscrizione al SSN o che consista invece nella stipula di una polizza assicurativa per malattia, infortunio e gravidanza. L'individuazione di questa ulteriore categoria in parte avviene in maniera espressa, in parte per differenza. Nel primo ambito rientrano gli stranieri entrati in Italia per motivi di studio e quelli collocati alla pari (art. 34, comma 4, TUI), indipendentemente dalla durata del soggiorno. Nel secondo tutti gli altri, quale che sia il (non menzionato) titolo di ingresso e permanenza, purché però quest'ultima si protragga per oltre tre mesi (art. 34, comma 3, TUI e art. 42, comma 6, d.P.R. 394/1999)<sup>120</sup>.

Qualora lo straniero sia invece in una situazione di irregolarità, gli vengono comunque assicurate, presso le strutture pubbliche o private accreditate, "le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio" (art. 35, comma 3, TUI e art. 43 d.P.R. 394/1999), oltre ad 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, benché lo stato di irregolarità ne riduca la portata, sulla base dell'alternativo cri-

pretativa del 25 marzo 2000, n. 5, adottata dal Ministero della Sanità, recante *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 GU del 1 giugno 2000, n. 126).

<sup>120</sup> Così, ad esempio, per il personale religioso, i volontari, i ricercatori. Per una trattazione più estesa delle varie tipologie di permesso di soggiorno rilevanti ai fini del problema relativo alla copertura sanitaria dello straniero cfr. C. CORSI, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2019, n. 1, pp. 45-75. È altresì da ricordare che l'iscrizione volontaria al servizio sanitario nazionale è soggetta al preventivo pagamento di un contributo annuale, calcolato in proporzione al reddito dell'anno precedente, salvo che per gli studenti e i collocati alla pari, per i quali è stabilito in maniera forfettaria. È parimenti da tener presente che la durata dell'iscrizione corrisponde all'anno solare e decorre dal momento in cui è materialmente effettuata presso la struttura sanitaria di residenza (o domicilio) dell'interessato.

terio dell'urgenza della prestazione, o della sua essenzialità. "Urgenza", "essenzialità", anche "continuativa", dell'assistenza sono peraltro formule destinate ad acquisire significato al momento della loro interpretazione/applicazione, potendo estendersi o viceversa contrarsi, soprattutto in riferimento all'essenzialità della cura, trattandosi di locuzione "effettivamente non traducibile in significati univoci, oggettivi"<sup>121</sup>. Soccorrono le linee guida interpretative di matrice ministeriale che, per quanto non vincolanti all'esterno della pubblica amministrazione, trovano talora riscontro nella giurisprudenza. L'urgenza rimanda alle "cure che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute"<sup>122</sup>, il che peraltro non aggiunge molto al senso comune della locuzione. Essenziali sono invece 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)"<sup>123</sup>.

Prevale un'interpretazione ampia dell'art. 35, comma 3, 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 in ogni caso (cioè sia per l'urgenza che per le prestazioni essenziali) l'accertamento medico circa la natura del problema ed i conseguenti trattamenti sanitari, come la Corte Costituzionale ha esplicitamente affermato<sup>124</sup>. 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 contenzioso a dimostrarlo. Anzi, guardando (come si farà *infra*) alla giurisprudenza che si è affer-

<sup>121</sup> A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, n. 6, pp. 1063-1140.

<sup>122</sup> Cfr. la Circolare del 2000, n. 5, cit., p. 41.

<sup>123</sup> Cfr. Circolare del 2000, n. 5, cit., p. 41. Simili formule sono state poi trasfuse nell'art. 63 dei LEA, approvati con D.P.C.M. *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 50*, del 12 gennaio 2017, in GU del 18 marzo 2017, n. 65.

<sup>124</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 5 luglio 2001, n. 252.

mata quanto ai casi di inespellibilità temporanea del migrante irregolare<sup>125</sup> e in tema di sindacato sul diniego del permesso di soggiorno per motivi di salute – che sono poi gli ambiti in cui le condizioni di salute sono giunte all'esame della magistratura – si coglie talora una sfasatura fra la tutela sanitaria *effettivamente* erogata all'interessato e quella ritenuta essenziale, nelle ipotesi dei trattamenti di mantenimento e di controllo, non funzionalmente correlati ad una precedente prestazione indifferibile, per questa ragione considerati estranei all'area coperta ex art. 35, e quindi inidonei a sospendere l'espulsione ai sensi dell'art. 19, comma 2, TUI.

Sul versante delle cure “essenziali”, va infine rilevato che è lo stesso art. 35, comma 3, a qualificare in questi termini l'intera gamma di trattamenti inerenti a determinate situazioni concernenti la persona, quali la gravidanza, la maternità, la minore età, situazioni in cui pertanto, data la natura onnicomprensiva della tutela garantita, sussiste parità di trattamento rispetto al cittadino (e ovviamente allo straniero regolare).

Le coordinate dell'urgenza e dell'essenzialità rappresentano la misura legislativa del nucleo irriducibile del diritto alla salute, affermatosi nella giurisprudenza costituzionale al fine di sottrarre una dimensione prestazionale – funzionale al rispetto della inviolabile dignità umana – al bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale, fra i quali rientrano tanto l'equilibrio di bilancio quanto il controllo dei flussi migratori. In effetti, il testo unico sull'immigrazione sembra porsi in linea di continuità rispetto alle indicazioni emergenti dalla prassi, in cui la Corte lo ha opposto ad un uso irragionevole della discrezionalità legislativa. 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>126</sup> e quello della sua indispensabilità, benché, in ipotesi, non si traduca in un trattamento indifferibile<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> L'art. 19 TUI contiene un elenco di ipotesi in presenza delle quali l'espulsione non è consentita, fra le quali rientrano anche quelle di cui al comma secondo (minorenni, stranieri conviventi con parenti stretti italiani, donne in gravidanza e per i sei mesi successivi al parto e, per quel che rileva in questa sede, prima per implicito, poi espressamente, persone affette da patologie più o meno gravi, secondo le normative succedutesi nel corso del tempo).

<sup>126</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenze del 7 luglio 1998 n. 267, e del 7 luglio 1999,

Proprio in tema di diritto alla salute dello straniero irregolare d'altronde, la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi nel 2001 (con la nota sentenza n. 252) chiarendo che, in quanto persona presente sul territorio, egli beneficia del “nocciolo duro” del diritto in questione<sup>128</sup>; che tale ambito comprende appunto le prestazioni urgenti ed essenziali, di cui parla l'art. 35, comma 3, 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 ad essere impugnato nel caso di specie non fosse l'art. 35<sup>129</sup>, 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, disponibili, salvo il consueto limite della ragionevolezza, da parte del legislatore.

n. 309, 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, ad una preventiva autorizzazione, anche qualora l'intervento fosse indifferibile, e non fosse possibile ottenere tempestiva assistenza nell'ambito del SSN. Nello stesso senso Corte Costituzionale, sentenza del 6 luglio 1994, n. 304, 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>127</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza del 12 ottobre 1988, n. 992, 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.

<sup>128</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 della Corte Costituzionale del 7 luglio 2010, n. 269, del 18 ottobre 2010, n. 299, nonché del 21 febbraio 2011, n. 61.

<sup>129</sup> Ma l'art. 19, comma 2, TUI, relativo alle ipotesi di inespellibilità, sospettato di violare l'art. 32 Cost., poiché non vi includeva anche la necessità di tutela sanitaria (ai sensi del citato art. 35 TUI).

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 SSN o piuttosto ricorrere ad una copertura assicurativa. Altro è distinguere fra la posizione di coloro che, in quanto cittadini o stranieri regolarmente soggiornanti, sono iscritti al SSN e/o tenuti a procurarsi analoga copertura, godendo pertanto di piena tutela sanitaria e coloro i quali, come avviene per gli stranieri irregolari, siano destinatari di una protezione comunque più limitata. Sembra allora più realistico ragionare di sfere di tutela di diversa estensione, in una prospettiva che guarda al contenuto del diritto<sup>130</sup>.

In ogni caso, l'idea che i trattamenti d'urgenza rappresentino il contenuto irrinunciabile del diritto costituzionale in questione non è di certo nuova, dal momento che la si ritrova anche nella legislazione sanitaria antecedente al testo unico del 1998, quanto alle "urgenti cure ospedaliere" spettanti agli stranieri, secondo quanto stabilito sia dalla c.d. legge Mariotti (legge 12 febbraio 1968, n. 132), che dalla legge n. 833 del 1978<sup>131</sup>. E risulta confermata, con inclusione del trattamento essenziale delle malattie (e in tempi ben più recenti) dalla Direttiva "Rimpatri", che chiede agli Stati membri di garantire, nella misura maggiore possibile, "le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale della malattia" ai migranti in attesa di rimpatrio e a quelli in stato di detenzione amministrativa<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Per una serie di rilievi critici su questa distinzione cfr. A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale 'dimezzato'*, in *Consulta online*, 2012, pp. 1-31, e A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, n. 2, pp. 1-27, il quale osserva che "non è chiaro dove riposi il fondamento della distinzione fra parte e parte della struttura dei diritti".

<sup>131</sup> 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*, 2018, n. 3, pp. 631-652.

<sup>132</sup> Cfr. gli artt. 14, comma 1, lett. b) e 16, comma 3, della Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante *Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, del 16 dicembre 2008, in GUUE L. 348 del 24.12.2008, pp. 98-107.

Vi è dunque una continuità di impostazione fra la legislazione di tipo sanitario e quella (interna ed europea) sull'immigrazione.

6. *Le plurime modifiche in tema di inespellibilità (e di permesso di soggiorno) per ragioni di salute. Una storia infinita?*

Da altro punto di vista, la sentenza n. 252 del 2001 offre lo spunto per evidenziare lo “stato dell’arte” relativamente ai mezzi per assicurare in modo effettivo il diritto alla cura dello straniero “comunque presente” sul territorio nazionale. Come noto il testo unico sull’immigrazione ha subito molteplici modifiche nel corso del tempo, sino alla recentissima conversione in legge del decreto legge 10 marzo 2023, n. 20 (*Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all’immigrazione irregolare*). Per quel che interessa in questa sede anche le norme sui titoli di soggiorno a tutela della salute e sulle ipotesi di inespellibilità – ai primi strettamente connesse, come si dirà – sono cambiate più volte, sicché risulta necessario svolgere (seppure in sintesi) alcuni rilievi di ordine cronologico, per così dire.

Prima del cd. decreto “Salvini”<sup>133</sup> difettava un permesso di soggiorno *ad hoc* per lo straniero bisognoso di cure, che non fosse quello finalizzato all’ingresso nel Paese a tal fine, condizionato per conseguenza ad una serie di particolari requisiti (dichiarazione della struttura sanitaria, cauzione a garanzia del costo presumibile delle prestazioni, disponibilità di un alloggio e via dicendo), relativo dunque a persone entrate legalmente in Italia, in quanto fornite di specifici titoli (visto e permesso per cure mediche) e volto ad includere anche trattamenti eccedenti l’ambito di quanto ritenuto urgente e/o essenziale<sup>134</sup>. Difet-

<sup>133</sup> Decreto legge del 4 ottobre 2018, n. 113 recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, pubblicato in GU del 4 ottobre 2018, n. 231, convertito con modifiche dalla legge del 1 dicembre 2018, n. 132, pubblicata in GU del 3 dicembre 2018, n. 281.

<sup>134</sup> Si veda l’art. 36, comma 1, TUI, mentre il comma 2 contempla l’ingresso dello



tava parimenti una previsione *espressa* volta a garantire che la somministrazione delle cure non fosse vanificata da un provvedimento prefettizio di espulsione, ovviamente sempre possibile data la situazione di irregolarità dell'interessato.

Quanto allo stato di salute del singolo, infatti, l'art. 19 TUI si limitava a garantire (attraverso una specifica clausola di non espellibilità temporanea) la tutela della donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi al parto, successivamente estesa al marito convivente<sup>135</sup>. All'impugnativa di tipo additivo, incentrata sulla supposizione che fosse consentito l'allontanamento dell'immigrato nonostante necessitasse di cure mediche, la Corte ha risposto con la già ricordata sentenza n. 252, una decisione interpretativa di rigetto, costituzionalmente orientata in modo da ravvisare nell'art. 19 un divieto di espulsione qualora quest'ultima comporti un "irreparabile pregiudizio" al diritto alla salute, nei limiti delle cure assicurate dall'art. 35, comma 3, TUI.

In questa logica, la protezione dello straniero viene assicurata mediante una soluzione diversa dalla spettanza di uno specifico titolo di soggiorno (tema peraltro del tutto estraneo al *thema decidendum*), l'inespellibilità operando, in concreto, all'interno del procedimento amministrativo finalizzato all'allontanamento e poi, in caso di esito sfavorevole, in sede di giudizio di convalida del provvedimento espulsivo avanti al giudice di pace, infine, se del caso, di fronte alla Corte di Cassazione (chiamata a sindacare la decisione del medesimo giudice di pace). Soluzione non del tutto appagante, non solo nel caso di espulsione con accompagnamento immediato alla frontiera, con conseguente necessità di impugnare l'atto quando ormai si è fuori dal paese<sup>136</sup>, ma anche in senso più in generale, essendo chiaro che per tutelare al meglio la posizione del non cittadino irregolare, è preferibile un titolo di soggiorno che ne garantisca la permanenza (sino alla conclusione del ciclo terapeutico, ovviamente) *ex ante*, e dunque in occasione di un

straniero per cure mediche in attuazione di un intervento umanitario autorizzato dal Ministro della Salute od organizzato dalle Regioni di intesa con il medesimo.

<sup>135</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 12 luglio 2000, n. 376.

<sup>136</sup> A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 908-909.

qualsiasi controllo, piuttosto che disporre di una difesa *ex post*, ad espulsione già decretata.

È probabilmente per questa ragione, pur non esplicitata, che la giurisprudenza ha affrontato il problema, dando vita peraltro ad orientamenti ben diversi, non solo sulla base della contrapposizione a seconda che si ritenesse possibile o meno il rilascio di un permesso per cure mediche, ma, in caso di risposta affermativa, anche in relazione al suo fondamento normativo. Alcune sentenze hanno infatti evocato il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, concludendo che l'unico permesso in materia fosse quello contemplato dall'art. 36 TUI, inapplicabile al migrante irregolare presente sul territorio, in quanto finalizzato ad 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, come già evidenziato<sup>137</sup>.

L'orientamento favorevole al rilascio di un titolo di soggiorno per motivi di salute si dipana invece fra differenti argomentazioni, ragionando a volte di un'autorizzazione atipica<sup>138</sup>, a volte valorizzando il combinato disposto di cui agli artt. 35 e 36 TUI, o quest'ultimo precetto in via esclusiva<sup>139</sup>. In altre ipotesi, infine, utilizzando – con soluzione che pare la più convincente quanto a base giuridica – il permesso per

<sup>137</sup> Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sentenza del 8 settembre 2011, n. 700, e del Piemonte, sentenza del 5 febbraio 2010, n. 665.

<sup>138</sup> Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sentenza 11 luglio 2011, n. 1168, che fonda tale conclusione 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.

<sup>139</sup> Nel primo senso cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 27 luglio 2010, n. 4863, Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sentenze del 21 luglio 2015, n. 3847 e dell'8 maggio 2014, n. 2530: nel secondo vedi invece Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, sentenza del 26 novembre 2009, n. 1872. In altre decisioni la base appare ancora più indefinita. Talora la possibilità del rilascio di un permesso di soggiorno per cure mediche è data per implicita (Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sentenza del 9 maggio 2012, n. 139, Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, sentenza del 9 maggio 2011, n. 276), in altri casi evocandosi il complessivo quadro normativo-giurisprudenziale ormai affermatosi (Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza del 29 gennaio 2014, n. 315).

“seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali”, previsto in passato nell’art. 5, comma 6, TUI, con formula tanto flessibile da poter accogliere anche i casi in discussione<sup>140</sup>. Come noto, questa norma configurava una forma di protezione complementare attuativa del diritto di asilo (art. 10, comma 3, Cost.)<sup>141</sup>, come tale connessa alla lesione dei diritti fondamentali, tale da compromettere la dignità stessa dell’individuo se reinserito nel contesto di origine<sup>142</sup>. Essa copriva dunque, insieme ad altre condizioni di vulnerabilità, anche il pregiudizio alla salute, posto che la natura fondante di tale diritto nel sistema costituzionale non era (e non è) in discussione<sup>143</sup>.

Sul quadro normativo appena descritto hanno inciso molteplici interventi, a partire dal decreto legge n. 113, il quale, una volta abolita la protezione umanitaria<sup>144</sup>, ha introdotto il permesso per cure mediche, ora esplicitamente menzionato nell’art. 19, comma 2, TUI, in cui viene inserita la nuova lettera d-*bis*), ovvero un’ulteriore ipotesi di divieto di

<sup>140</sup> Cfr. Tribunale di Roma, ordinanza del 4 maggio 2012, che accoglie la domanda di protezione umanitaria presentata, ai sensi dell’art. 5, comma 6, TUI, 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. Sul regime della protezione umanitaria, anche alla luce delle modifiche successivamente intervenute (mediante il decreto “Salvini” e i successivi decreti legge di cui alle note seguenti), si veda G. TRAVAGLINO, *La protezione umanitaria tra passato e futuro*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, n. 1, pp. 97-139. Sul punto, che non è possibile trattare in questa sede, è opportuno almeno ricordare che, dopo aver eliminato il permesso atipico per motivi umanitari sostituendolo (almeno in parte) con alcuni titoli di soggiorno tipizzati (per cure mediche, per casi speciali ai sensi degli artt. 18, 18 bis, 22, comma 2, *quater* e *sexies*, TUI, per protezione sociale, ai sensi dell’art. 19, comma 1 e 1.1, TUI), il legislatore è intervenuto nel 2020 per integrare nell’art. 19, comma 1.1 anche l’ipotesi del pregiudizio alla vita privata e familiare, per poi, nel 2023, ripensarci.

<sup>141</sup> Corte Costituzionale, sentenza del 20 giugno 2019, n. 194, che ricostruisce anche la posizione della Corte di Cassazione, consolidatasi nella medesima prospettiva.

<sup>142</sup> Fra le molte si veda Corte di Cassazione, sentenza del 23 febbraio 2018, n. 4455.

<sup>143</sup> Cfr. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 1, pp. 1-32 e M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2, pp. 99-107.

<sup>144</sup> Decreto legge del 2018, n. 113, cit.

espulsione con riguardo agli “stranieri che versano in condizioni di salute di 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, in caso di rientro nel paese di origine o di provenienza”<sup>145</sup>. Divieto questa volta opportunamente collegato all’adozione, da parte del Questore, di un correlato titolo di soggiorno per cure mediche, che consente la permanenza dell’interessato per il tempo stabilito da apposita certificazione sanitaria, “comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di particolare gravità debitamente certificate”<sup>146</sup>. Tale titolo di soggiorno implica altresì l’iscrizione obbligatoria al SSN<sup>147</sup>.

Sono dunque i presupposti ostativi all’allontanamento a fissare i confini del nuovo permesso per motivi di salute. E tali presupposti sono cambiati sin dal passaggio dal testo del decreto legge a quello della legge di conversione: dall’ “eccezionale gravità” alla “particolare gravità” delle condizioni di salute; dall’ “irreparabile” al “rilevante” pregiudizio in caso di esecuzione del provvedimento espulsivo, all’evi-

<sup>145</sup> Vedi l’art. 1, comma 1, lett. g), del decreto legge n. 113, come modificato in sede di conversione. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2019, n. 1, pp. 1-39, rileva che la tipizzazione di una serie di ipotesi applicative già emerse nella prassi sui permessi per motivi umanitari, salute inclusa, può ritenersi utile in funzione garantista, nella misura in cui concorra a scongiurare, grazie alla formulazione espressa, interpretazioni riduttive da parte dell’amministrazione e della giurisdizione, in ipotesi ancorate all’indeterminatezza del “vecchio” art. 5, comma 6, TUI.

<sup>146</sup> La disciplina relativa alla durata del permesso di soggiorno in questione sembra quindi gravare l’interessato dell’onere di ottenere un’ulteriore certificazione sanitaria, decorso il primo anno, quand’anche la valutazione clinica iniziale prevedesse un trattamento di durata eccedente tale lasso temporale, non potendo spiegarsi diversamente il riferimento alla necessaria proroga oltre quel termine, condizionata ad ulteriore accertamento medico. C’è da chiedersi se non sarebbe stato ben più ragionevole parametrare la durata del permesso al tempo originariamente stabilito dalla struttura sanitaria, eventualmente prorogabile sulla base di una rivalutazione dello stato di salute alla fine del periodo medesimo.

<sup>147</sup> In tal senso è stato novellato l’art. 34 TUI, per effetto di quanto disposto dall’art. 1, comma 1, lett. o), del decreto legge n. 113, cit., come modificato in sede di conversione.

dente scopo di alleggerire i due concorrenti presupposti che giustificano la permanenza, seppur temporanea, in Italia. Sul primo dei quali (cioè la patologia da curare) è nuovamente intervenuto il legislatore, una volta mutata la maggioranza di governo nel passaggio dal cd. Conte I al Conte II nel settembre del 2019, al fine di assicurare un maggior *favor* al diritto alla salute dello straniero irregolare, collegandolo al fatto di versare in “gravi condizioni psicofisiche o derivanti da gravi patologie”<sup>148</sup>: il tutto nell’ambito di un complessivo alleggerimento di molte delle scelte operate dal precedente Esecutivo<sup>149</sup>. Il contrario può dirsi invece circa l’ultima variazione sopravvenuta (sempre guardando anche oltre al profilo specifico che qui interessa), determinata dal cd. decreto “Cutro”, appena convertito in legge, che ragiona di “condizioni di salute derivanti da patologie di particolare gravità, non adeguatamente curabili nel paese di origine”<sup>150</sup>. Ciò che determina la chiusura di un percorso circolare in cui alla fine si torna da dove si era partiti.

<sup>148</sup> Decreto legge del 21 ottobre 2020, n. 130 *Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, in GU del 21 ottobre 2020, n. 261, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 173, in GU del 19 dicembre 2020, n. 314, che invece non tocca l’altro requisito, quello dell’irreparabile pregiudizio. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d.l. n. 130 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2021, n. 1, pp. 74-86, sottolinea la formulazione tutt’altro che lineare della disposizione, sia per la parte in cui sembra orientata ad includere la salute psichica nel suo campo di applicazione, posto che il diritto alla salute implica di per sé questa dimensione, accanto a quella dell’integrità fisica; sia dal punto di vista sintattico, poiché non è per nulla chiaro che cosa sia “derivante” dalle citate gravi patologie.

<sup>149</sup> C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell’immigrazione e dell’asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2021, n. 1, pp. 67-73, che tuttavia, pur segnalando gli aspetti positivi del provvedimento, lo qualifica alla stregua di un aggiustamento, che non segna una netta cesura rispetto alla logica dei decreti sicurezza. Per un’analisi delle modifiche apportate cfr. anche E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno*, cit., pp. 74-86.

<sup>150</sup> Cfr. l’art. 7, comma 1, lett. c), n. 3.1) del Decreto legge del 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*, in GU del 10 marzo 2023,

Ragionando sul piano delle varie formulazioni legislative succedutesi, si può osservare che la duplice attenuazione dei requisiti della protezione per ragioni di salute, derivante dalle modifiche approvate in sede di conversione del decreto n. 113 del 2018, probabilmente vale a salvarne la costituzionalità, poiché non si vede come possa dirsi conforme all'art. 32 Cost., in combinato con gli articoli 2 (principio di solidarietà) e 3 Cost. (sotto il profilo della necessaria tutela della dignità dell'uomo ma anche in termini di uguaglianza-ragionevolezza) squalificare gli stati di salute che, pur risultando di particolare gravità, dal punto di vista clinico, non raggiungano il livello dell'eccezionalità, comunque possa essere inteso dalla scienza medica. E altrettanto dicasi per l'abbandono dell'idea che il danno alla salute dovesse essere "irreparabile", anziché soltanto "rilevante"<sup>151</sup>.

In secondo luogo, distinguere fra malattia grave e particolarmente grave non sembra semplice, una volta che si passi dalla lettura in astratto all'applicazione in concreto. Specie alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela della persona bisognosa di cure, è auspicabile (e, a quanto sembra dai casi considerati *infra*, confermato dalla prassi) che lo stesso personale medico, al momento di rilasciare la documentazione sanitaria, anche su specifica richiesta dell'interessato e/o della Questura, a fronte del rischio di espulsione del soggetto malato, si orienterà a favore di una lettura estensiva del requisito, dalla quale, se adeguatamente motivata sotto il profilo clinico, sarà difficile possa legittimamente discostarsi l'autorità

convertito con modifiche dalla legge del 5 maggio 2023, n. 50, in GU del 5 maggio 2023, n. 104.

<sup>151</sup> Su tali aspetti si veda Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sentenza dell'11 novembre 2020, n. 515, in cui si contesta il rigetto di una richiesta di permesso per cure mediche effettuata dalla Questura sulla base del parametro della gravità eccezionale anziché "particolare". Trattandosi di un malato oncologico recidivo sottoposto a chemioterapia, verrebbe da chiedersi in realtà come tale situazione possa esser stata considerata di non eccezionale gravità. Cfr. poi Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sentenza del 18 novembre 2020, n. 61, relativa ad un caso simile (crisi epilettiche), in cui il giudice amministrativo osserva che le modifiche in sede di conversione imponevano all'autorità di pubblica sicurezza di tener conto che "anche situazioni molto difficili ma non necessariamente irreparabili rientravano nel campo di applicazione della norma", onerando la Questura del conseguente approfondimento istruttorio circa la possibilità di cura nel paese di origine.

di pubblica sicurezza, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica<sup>152</sup>.

Infine, la gravità rappresenta un concetto relativo, in quanto parametrata alla situazione sanitaria verso cui lo straniero rischia di essere immerso, ragion per cui dovrebbe dirsi che anche una patologia che nel nostro paese non verrebbe qualificata come particolarmente rischiosa, *in quanto* curata adeguatamente, debba essere intesa come tale qualora si accerti che nello stato di destinazione così non sia.

Sullo sfondo, resta comunque fermo che l'art. 19, comma 2, TUI è stato oggetto di 4 modifiche nel giro di pochi anni, con il conseguente bagaglio di incertezze che ciò comporta, sia sul piano sostanziale, dovendosi chiarire se alle nuove disposizioni corrispondano (come dovrebbe essere ma non è sempre detto che sia) nuove norme, e in tal caso quali siano; sia sul piano processuale, dovendosi stabilire quali e quante novità siano suscettibili di applicarsi ai procedimenti amministrativi e ai processi giurisdizionali in corso. Sarebbe auspicabile che le regole si stabilizzassero e che magari il legislatore affrontasse una rivisitazione globale della "materia immigrazione", nei suoi molteplici versanti, anziché stratificare interventi parcellizzati, spesso occasionati da singoli accadimenti<sup>153</sup>.

<sup>152</sup> Men che meno se ne potrà discostare nell'ipotesi di cui all'art. 32, comma 3.1 del D.lgs. del 28 gennaio 2008, n. 25 *Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato*, in GU del 16 febbraio, n. 40, qualora cioè siano le Commissioni territoriali, incaricate di vagliare le domande di protezione internazionale, a segnalare, in caso di rigetto delle protezioni "maggiori", al Questore la presenza dei presupposti per il rilascio del permesso per cure mediche.

<sup>153</sup> E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno*, cit., pp. 85-86. In astratto si potrebbe anche contestare il mezzo utilizzato per apportare le modifiche di cui si parla nel testo, cioè il decreto legge, ma è noto che la decretazione d'urgenza è ormai divenuta uno strumento di legislazione ordinaria, sicché è più produttivo concentrare l'attenzione sui contenuti introdotti piuttosto che sul "vettore" che li ha introdotti.

7. *Il nucleo irriducibile: le cure “urgenti” ed “essenziali”. Il nesso fra l’art. 35 e l’art. 19 TUI*

Per vagliare la fondatezza dei rilievi precedenti appare utile un esame, seppur non esaustivo, della giurisprudenza che ha caratterizzato le varie fasi sopra indicate, a partire da quella precedente alle novità del 2018 e ad eccezione ovviamente dell’epilogo di cui al decreto legge n. 20 del 2023.

Nel contesto precedente alle modifiche del 2018, definire la portata operativa delle cure spettanti ai sensi dell’art. 35, comma 3, TUI equivaleva (ed equivale ancora) ad individuare i confini dell’inespellibilità implicita, secondo la Corte Costituzionale, nell’art. 19, comma 2, del medesimo testo unico. Allo stesso tempo, l’interpretazione delle formule legislative (urgenza ed essenzialità del trattamento) che definiscono il nucleo irriducibile del diritto alla salute, misura la distanza rispetto alla tutela (piena) assicurata invece allo straniero regolare ed al cittadino, ed è chiaro che assume grande peso il momento applicativo, da parte dell’amministrazione (sanitaria e di pubblica sicurezza), e poi, in sede di controllo, da parte della giurisdizione.

Come già anticipato, sembra che le strutture sanitarie si preoccupino (fortunatamente) di curare piuttosto che di circoscrivere l’assistenza sulla base dei presupposti più volte ricordati<sup>154</sup>. Ed è probabile che ciò accada anche per la determinazione di cosa sia essenziale, 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 era (e forse è tutt’ora) più rischioso, probabilmente, chiedere alla questura un permesso per cure mediche, che potrà essere rifiutato con conseguente emersione dello stato di irregolarità, piuttosto che rivolgersi alla struttura sanitaria, facendo per il resto affidamento sullo stato di inespellibilità ai sensi dell’art. 19 TUI, per come inteso dalla Corte costituzionale, che pure ha dei “costi” quanto alla precarietà di una condizione non riconosciuta in un apposito titolo di soggiorno.

In ogni caso, il contenzioso in materia non riguarda il rifiuto di cure, bensì le contestazioni contro il rigetto di permessi di soggiorno

<sup>154</sup> In tal senso C. CORSI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 58, e dottrina ivi ricordata.



chiesti per motivi sanitari, oppure contro i decreti di espulsione adottati in spregio ad analoghe esigenze di cura. La magistratura (amministrativa nel primo caso<sup>155</sup>, ordinaria nel secondo) si è mossa nella prospettiva delineata dalla Corte Costituzionale e dal testo unico sull'immigrazione, confermando l'esistenza di un nucleo irriducibile protetto dall'art. 32 Cost., in presenza del quale cedono tutti gli altri interessi confliggenti<sup>156</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<sup>157</sup>, nonostante le indicazioni ministeriali già ricordate (Circolare n. 5 del 2000). Due punti fermi vanno tuttavia rimarcati. Da una parte la patologia deve essere di significativa gravità, il che d'altronde sembra implicito nel riferimento ai "seri" motivi di ordine umanitario evocabili in tal senso. Dall'altra la prestazione erogata (o da erogare), deve essere funzionale alla prima in senso stretto.

Nella categoria rientrano, pertanto, oltre alle prestazioni per così dire "principali", in quanto indifferibili rispetto allo stato morboso in atto, anche "quegli interventi, e solo quelli che, successivi alla rimozione chirurgica della patologia, od alla somministrazione immediata di

<sup>155</sup> Ma anche ordinaria, perché spetta alla giurisdizione ordinaria il contenzioso sulla protezione complementare, a prescindere dai motivi in concreto dedotti, trattandosi di diritto soggettivo, come peraltro ammesso da una parte della giustizia amministrativa (Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sentenza del 3 febbraio 2022, n. 20, secondo cui quando entra in gioco il nucleo essenziale del diritto alla salute non residua alcuno spazio per valutazioni discrezionali, nemmeno di natura tecnica, in capo all'amministrazione, che deve pertanto limitarsi a prendere atto della certificazione clinica attestante "*la situazione di essenzialità della cura*", rilasciando il relativo permesso di soggiorno), fermo restando che tale posizione non è unitaria, come dimostrato dalle varie decisioni dei giudici amministrativi che si sono utilizzate in questo scritto.

<sup>156</sup> Così Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, sentenza del 16 maggio 2016, n. 1325, 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>157</sup> D. MORANA, *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)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, p. 3238 ss.

farmaci essenziali per la vita, siano indispensabili al completamento dei primi od 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"<sup>158</sup>. Ne segue che è essenziale un trattamento di dialisi<sup>159</sup>, mentre non lo sono i controlli per prevenire una recidiva dopo l'asportazione di un sarcoma, oppure una terapia anti-coagulante accompagnata da controlli della coagulazione o un trattamento di mantenimento su soggetto affetto da diabete, correlato al "monitoraggio dei parametri biomorali...pur indispensabile per il paziente"<sup>160</sup>. Distinzione questa (fra trattamenti *quoad vitam* e finalizzati ad assicurare invece una *spes vitae*) frutto di un'interpretazione restrittiva rispetto alle potenzialità espansive consentite dal riferimento all'essenzialità, anche continuativa, in relazione all'importanza del bene garantito *ex artt.* 32 e 2 Cost.<sup>161</sup>, ma probabilmente comprensibile alla stregua della legislazione vigente che, piaccia o meno, segna una differenziazione nel contenuto del diritto alla salute a seconda della regolarità dell'ingresso e soggiorno.

La giurisprudenza formatasi alla stregua del decreto sicurezza (come convertito in legge) appare esigua, sia perché modificato nel 2020, sia perché quest'ultima disciplina ha previsto la propria applicazione retroattiva, nei procedimenti sia amministrativi che giurisdizio-

<sup>158</sup> Corte di Cassazione, sentenze del 26 marzo 2019, n. 8371, dell'8 marzo 2017, n. 6000, del 24 aprile 2011, n. 7615 e del 24 gennaio 2008, n. 1531. Analogamente Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sentenza del 1 agosto 2022, n. 10856 e della Campania, sentenza del 17 maggio 2021, n. 3070.

<sup>159</sup> Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, sentenza n. 1168, cit.

<sup>160</sup> Vedi, rispettivamente, Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, sentenza n. 276, cit. e Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, sentenza n. 139, cit., Corte di Cassazione, sentenza n. 1531, cit. La Corte di Cassazione ha sottolineato che queste cure, pur non garantite, possono invece essere prestate allo straniero che si munisca di un permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 36 TUI sopra ricordato, così da rimarcare la separazione fra i due ambiti di cura.

<sup>161</sup> B. PEZZINI, "Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali", Relazione al Convegno nazionale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, versione provvisoria, Cagliari, 2009, pp. 1-35.

nali pendenti alla sua entrata in vigore<sup>162</sup>, ragion per cui non se ne possono trarre indicazioni di particolare rilievo. Anche perché nei casi reperiti le situazioni cliniche erano tanto serie da rientrare senz'altro nel parametro della "particolare gravità"<sup>163</sup>.

A conclusioni analoghe si può giungere con riguardo alle fattispecie decise alla luce del decreto legge 130 del 2020, anch'esse connotate da quadri clinici alquanto preoccupanti, rientranti senza dubbio nel più largo parametro della malattia (soltanto) grave, ma certamente anche in quello precedente<sup>164</sup>. Può forse leggersi un superamento del criterio della particolare gravità in un provvedimento cautelare che ha sospeso il rigetto di un'istanza di permesso di soggiorno per motivi sanitari in quanto aveva disconosciuto la condizione del richiedente, bisognoso non solo di una certa terapia, ma di "assidui e regolari controlli che proseguiranno incessantemente negli anni a venire"<sup>165</sup>, che potrebbe rappresentare un'attenuazione dell'orientamento che esclude dal novero dei trattamenti rilevanti quelli che si traducono in controlli destinati a protrarsi *sine die*<sup>166</sup>.

Analogamente per le "cure farmacologiche e gli esami strumentali costanti", consistenti in "terapie a vita" da garantire, secondo quanto afferma la Corte di Cassazione (e in antitesi a quanto previsto nel decreto prefettizio di espulsione), ad un malato di HIV<sup>167</sup>. Decisioni que-

<sup>162</sup> Così l'art. 15 del decreto legge del 2020, n. 130, cit.

<sup>163</sup> Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sentenza n. 515, cit., relativa ad un paziente oncologico recidivo sottoposto a chemioterapia, e dell'Emilia Romagna, sentenza n. 61, cit., relativa ad un malato epilettico.

<sup>164</sup> Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza del 21 giugno 2022, n. 622, in cui è evidenziata la presenza di plurime gravi patologie (insufficienza renale, diabete, retinopatia, amputazione di un arto ed altre ancora), e, per un'ipotesi simile, Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sentenza del 13 marzo 2023, n. 132 (tumore alla prostata, asma, disturbi respirato e via dicendo).

<sup>165</sup> Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, ordinanza del 12 gennaio 2023, n. 3.

<sup>166</sup> Ma il condizionale è d'obbligo, sia perché trattasi di una decisione cautelare, con una motivazione alquanto stringata, sia perché il tipo di terapia non è menzionata e quindi è difficile inquadrare correttamente la situazione clinica del malato.

<sup>167</sup> Corte di Cassazione, ordinanza del 25 novembre 2022, n. 710, in cui peraltro è richiamato l'assunto tradizionale secondo cui la garanzia del diritto alla salute comprende "non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche

ste che in ogni caso sembrano derogare allo schema legislativo, stando al quale il permesso per cure mediche, cui lo straniero ha diritto in simili circostanze, ha una durata limitata, di certo legata alla durata della patologia, ma – almeno stando alla lettera dell’art. 19 – non idonea a legittimare la permanenza stabile del medesimo, come invece accade in queste ipotesi. Deroga più che giustificata alla luce del principio della continuità del trattamento sanitario, sancito anche dalla già ricordata Circolare ministeriale n. 5 del 2000.

#### 8. *Il pregiudizio irreparabile alla salute e il relativo accertamento*

Una volta inquadrata la patologia nell’ambito protetto dall’art. 35, comma 3, è poi necessario valutare – ai fini del divieto di espulsione – l’indisponibilità di una cura almeno di efficacia equivalente nel paese di destinazione, secondo l’impostazione fatta propria dalla stessa Corte Costituzionale nel momento in cui ha condizionato la permanenza in Italia al fatto che l’esecuzione del provvedimento rechi “irreparabile pregiudizio” alla salute dello straniero<sup>168</sup>.

Quest’ultimo presupposto mira a contemperare il diritto alla salute con l’interesse pubblicistico al controllo del territorio, ma pone (o può

tutte le altre prestazioni essenziali per la vita”, il che potrebbe significare che nel caso di specie la somministrazione dei farmaci rientrasse appunto fra i trattamenti essenziali *quoad vitam*.

<sup>168</sup> Il rilievo sulla disponibilità o meno, nel paese di origine dello straniero, delle cure richieste in Italia si ritrova ad esempio in Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sentenze n. 2530, cit., e sentenza n. 3847, cit., Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, sentenza n. 276, cit., nonché in Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sentenza del 23 febbraio 2023, n. 3142 (anch’essa riferita alla normativa precedente il decreto n. 113 del 2018). Quanto alla magistratura ordinaria, si veda Corte di Cassazione, ordinanza del 21 settembre 2022, n. 27544, che, ai fini del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, consistenti nel precario stato di salute del richiedente, impone di accertare la presenza di “gravi carenze nel sistema sanitario del paese di provenienza”. Anch’essa si riferisce al regime anteriore al decreto n. 113, ma ciò vale a maggior ragione per quello successivo, che impone di accertare il pregiudizio connesso all’eventuale espulsione o, nell’ultima versione (decreto legge n. 20 del 2023), di verificare se le cure accessibili nel paese di rimpatrio siano adeguate.

porre) problemi di non semplice soluzione. Valutare se il migrante sottoposto ad un trattamento in Italia, o che necessita di un trattamento sanitario, sia o meno in condizione di viaggiare verso una determinata destinazione implica conoscenze mediche, di cui la struttura sanitaria (pubblica o privata accreditata) di certo dispone, quanto meno nel senso di decidere se l'interruzione di una terapia in corso (o la sua mancata erogazione) comprometta in modo serio lo stato di salute del soggetto. Ben diversa è invece la verifica relativa ad aspetti ulteriori, ma altrettanto importanti, concernenti la tipologia di trattamento disponibile, le modalità tecniche di erogazione di prestazioni pur esistenti nel relativo sistema sanitario, l'accessibilità delle medesime, sia in termini di costi eventualmente posti a carico sull'assistito che in termini di collocazione fisica della struttura rispetto alla residenza dell'interessato (che dunque potrebbe avere enormi difficoltà materiali a raggiungerla in tempi compatibili con le esigenze sanitarie).

A partire dal decreto Salvini (e senza significative variazioni successive) la lettera *d-bis* dell'art. 19 si limita a menzionare la certificazione sanitaria (pubblica o "privata convenzionata") quale strumento di accertamento della patologia (e della sua rilevanza più o meno grave), senza ulteriori precisazioni quanto all'autorità cui spetta verificare l'efficienza del servizio sanitario del paese di espulsione, aspetto ovviamente ben diverso ed eccedente la competenza clinica strettamente intesa. La Circolare ministeriale n. 400/A/2019<sup>169</sup>, di natura interpretativa, ha posto qualche problema... di interpretazione, laddove, indicando alle Questure l'opportunità di rivolgersi, allo scopo, alle rappresentanze diplomatiche (italiane e/o estere), "sulla base della documentazione sanitaria prodotta", precisa altresì che quest'ultima, ai fini della ricevibilità della domanda, "dovrebbe già contenere i presupposti di legge", e dunque – se ne dovrebbe dedurre – una dichiarazione dell'autorità sanitaria circa "la mancanza della possibilità del richiedente di fruire di tali tipologie di cure mediche nel paese di origine o di provenienza".

Trattasi peraltro di un onere pressoché inesigibile dal personale medico, e che forse potrebbe immaginarsi, seppure anche qui con no-

<sup>169</sup> Adottata dal Ministero dell'Interno il 18 gennaio 2019, a seguito della conversione in legge del decreto legge n. 113 del 2018.

tevolissime problematiche in concreto, a carico di uffici amministrativi che le Regioni potrebbero attrezzare alla bisogna, peraltro con le inevitabili disparità conseguenti alle diverse capacità (e possibilità) organizzative delle singole autonomie territoriali<sup>170</sup>. Nella prassi si riscontra invece il coinvolgimento delle rappresentanze diplomatiche, che spesso però sembra tradursi in affermazioni prive di adeguata motivazione, come tali ritenute insufficienti dalla magistratura ai fini di supportare il mancato rilascio del titolo di soggiorno richiesto<sup>171</sup>. *A contrario* attestazioni adeguatamente argomentate sullo stato dell'assistenza sanitaria relativa alla specifica tipologia di trattamento necessario nel caso concreto possono rappresentare una base idonea all'individuazione del rilevante pregiudizio, specie se corroborate da ulteriori fonti di informazione<sup>172</sup>, che è interesse dello straniero allegare, ma che potranno essere acquisite mediante un'integrazione istruttoria d'ufficio ad opera del giudice. D'altronde, è quanto meno auspicabile che le note diplomatiche siano valutate con cautela, posto che presumibilmente si basano su notizie ottenute dalle autorità sanitarie del luogo, che per prime potrebbero avere interesse a celare l'inefficienza del proprio servizio sanitario<sup>173</sup>.

Il decreto c.d. "Cutro" cambia ancora una volta la più volte citata lettera *d-bis*. Menzionando la certificazione sanitaria ma in rapporto non solo, come sempre avvenuto, alle "condizioni di salute derivanti

<sup>170</sup> Qualche spunto in questa direzione appare nella giurisprudenza. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza n. 622, cit., rileva che in fase istruttoria avrebbe dovuto essere acquisito il parere dell'Assessorato regionale alla salute.

<sup>171</sup> Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna, sentenza n.132, cit., osserva che, a fronte di allegazioni atte a dimostrare una situazione clinica compromessa, risulti apodittica una nota diplomatica attestante che in Marocco tale patologia sia curabile "senza problemi", essendo necessario quanto meno che siano precisate "il tipo di cure che sarebbero fornite, i costi delle stesse, quante e dove sono collocate le strutture ospedaliere che possono fornirle", e quali siano i protocolli applicati. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza n. 622, cit., nello stesso senso, svaluta il doppio parere dell'ambasciata italiana ottenuto dalla Questura.

<sup>172</sup> Provenienti ad es. da ONG operanti in quel contesto territoriale.

<sup>173</sup> Cfr. i rilievi sul punto di ASGI, *Il permesso di soggiorno per cure mediche. Salute assistenza minori. Condizioni di salute e protezione internazionale speciale*, 2021, par. 2.2, [www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/06/Scheda-salute.pdf](http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/06/Scheda-salute.pdf), 2021.

da patologie di particolare gravità”, ma anche al fatto che si tratti di patologie “non adeguatamente curabili nel paese di origine” forse se ne potrebbe indurre, alla lettera, che gravi sulla struttura sanitaria non solo – come è ovvio – la diagnosi, ma anche il dovere di accertare l’assenza di tale adeguatezza. Tuttavia, per le ragioni di cui si è già detto, è più conforme al bene costituzionalmente tutelato pensare che la sostanza delle cose non muterà, e che pertanto la documentazione clinica verrà integrata, se lacunosa sulla situazione del paese di destinazione<sup>174</sup>, con gli strumenti impiegati sinora a tal fine.

### 9. Osservazioni conclusive

Il confronto delle garanzie internazionali e costituzionali rispetto alla tutela del diritto alla salute si scontra purtroppo con le difficoltà evidenziatesi negli ultimi anni in seguito alla crisi economico-finanziaria, alle conseguenti misure di austerità e alla pandemia da Covid 19.

Si va inevitabilmente creando una situazione che è fonte di disuguaglianze crescenti, caratterizzate da inaccessibilità ad alcuni servizi essenziali per le fasce più deboli della popolazione e dall’offerta di servizi meno adeguati che in passato; in tale contesto è evidente la critica situazione delle donne migranti, il cui accesso alle cure sanitarie può essere ostacolato da barriere linguistiche, religiose, culturali, politiche, ecc.

I problemi maggiori si pongono, infatti, proprio sul piano dell’effettività, condizionata anche dalla disomogeneità nella distribuzione (e organizzazione) territoriale dei servizi sanitari<sup>175</sup>, prima che dai continui interventi che negli ultimi anni hanno (troppo) di frequente riguardato la condizione degli stranieri, specie di quelli semplicemente

<sup>174</sup> Il che è probabile possa accadere con una certa frequenza, sia perché tali informazioni di norma non fanno parte del patrimonio conoscitivo clinico, sia perché può essere assai complicato rapportarsi con realtà lontane e poco note. Senza contare che anche in quelle note possono ben verificarsi cambiamenti, in meglio o in peggio, circa la qualità delle prestazioni sanitarie.

<sup>175</sup> A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, n. 1, pp. 37-67.

“presenti” sul nostro territorio. Interventi che peraltro risultano spesso (e di certo alla stregua della disciplina di recente approvazione) di segno restrittivo, quanto meno nelle intenzioni e salva l’applicazione in concreto, che è ipotizzabile (ed auspicabile) non registri passi indietro sul piano della tutela sanitaria sin qui conseguita, anche grazie agli arresti giurisprudenziali della giustizia costituzionale, ordinaria ed amministrativa.

Si tratta allora di far funzionare le garanzie internazionali e costituzionali, ad esempio rendendo effettivo l’obbligo degli Stati di assicurare che via sia un numero adeguato di operatori e di attrezzature sanitarie e che l’organizzazione del sistema sanitario non determini ritardi nella somministrazione delle cure, tali da causare rischi di peggioramento della salute. Gli Stati dovrebbero garantire che la gestione delle liste e dei tempi di attesa delle cure sanitarie sia idonea ad assicurare cure adeguate<sup>176</sup>, anche in ordine ai diritti delle donne, e delle donne migranti<sup>177</sup>.

Forse non sarebbe inutile una novella legislativa, che provasse ad agganciare a certe tipologie di trattamento previste dai LEA la nozione di cura essenziale, così da scongiurare alla radice possibili interpretazioni restrittive, senza con ciò esaurire il margine di apprezzamento dell’amministrazione nei casi concreti.

E ciò senza tralasciare la più generale incidenza e rilevanza degli obblighi internazionali e costituzionali nell’ambito dei diritti fondamentali, che dovrebbe valere, quanto meno a livello interpretativo, a correggere eventuali interventi normativi in violazione di tali obblighi.

<sup>176</sup> V. in tal senso European Committee of Social Rights, *Conclusions XV-2 (2001), United Kingdom*.

<sup>177</sup> Per i problemi che si verificano in Italia in ordine alle interruzioni volontarie di gravidanza che non vengono attuate nei tempi previsti dalla legge per un forte movimento di medici obiettori di coscienza, v. European Committee of Social Rights, *IPPF EN c. Italia* (com 87/2012), decisione 10 settembre 2013, par. 69; *CGIL c. Italia* (com 91/2013), decisione 12 ottobre 2015, par. 166-167.



*Abstract*

La drammaticità degli eventi internazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, e in tale contesto, anche la tutela del diritto alla salute delle donne migranti stimola alcune riflessioni sulla possibile tutela di tale diritto in ambito giuridico interno ed internazionale. Rileva in tale contesto la duplicità della salute come bene pubblico, da un lato, sia nel quadro dell'ordinamento interno che in quello internazionale, e, dall'altro, come diritto individuale, in rapporto e potenzialmente in conflitto con altre discipline, come ad esempio la libertà di circolazione o la libertà di commercio e di investimenti. Il quadro normativo è alquanto frammentato anche perché sin dall'emergere della necessità di tutelare il diritto alla salute, è apparsa evidente la complessità dell'interazione pubblicistica con la natura di diritto individuale; se è chiaro che le esigenze sottese alla dimensione collettiva possono anche comprimere aspettative individuali rimane la prevalenza del connotato pubblicistico, in base al quale lo Stato risulta l'ambiente naturale entro il quale beneficiare del diritto alla salute.

KEYWORDS: Donne migranti – diritti umani – diritto alla salute – diritto internazionale – diritto costituzionale

THE RIGHT TO HEALTH OF MIGRANT WOMEN:  
CONSTITUTIONAL AND INTERNATIONAL  
NORMS COMPARED

The dramatic nature of international events concerning the protection of the individual's fundamental human rights, and specifically the protection of migrant women's right to health, stimulates some reflections on the possible protection of this right in the domestic and international legal context. Indeed, it is possible to notice a duality of health as a public good, on the one hand, within the framework of both domestic and international law, and as an individual right, on the other, in relation to and potentially in conflict with other disciplines, e.g. freedom of movement, or freedom of trade and investment. The regulatory framework is somewhat fragmented also because ever since the need to protect the right to health emerged, the complexity of the

interaction of the public sphere with the nature of an individual right has become evident; while it is clear that the needs underlying the collective dimension can also compress individual expectations, the prevalence of the public sphere connotation remains, according to which the State is the natural environment within which to benefit from the right to health.

**KEYWORDS:** Migrant women – human rights – right to health – international law – constitutional law