



N. 1 (Nuova serie)

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DI RICERCA BIOETICA
con sede in via Mezzocannone, 8 – 80134 Napoli

UNIVERSITÀ CONVENZIONATE E ADERENTI:
Università degli Studi di Napoli Federico II
Pontificia Facoltà Teologica dell'Italia Meridionale – Sez. S. Tommaso
Seconda Università degli Studi di Napoli
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa - Napoli
Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"
Università degli Studi Parthenope

DIRETTORE: Lorenzo Chieffi
VICE DIRETTORE: Adolfo Russo

CONSIGLIO DIRETTIVO: L. Berrino; R. Bonito Oliva; C. Buccelli; P. Buono;
L. Chieffi; A. Barbarisi; L. D'Alessandro; M.V. Del Tufo; E. Di Salvo; P.
Giustiniani; G. Lissa; S. Lugnano; C. Matarazzo; R. Pascali; A. Postigliola;
A. Roselli; A. Russo; G. Russo.

COMMISSIONE SCIENTIFICA: S. Aceto di Capriglia; G. Aliotta; F. Amato; L.
Battaglia; G. Cacciatore; G. Cantillo; E. Capozzi; V. Caprara; P. Casoria;
G. Chieffi; E. D'Antuono; F. D'Onofrio; F. De Marco; C. Donisi; F. Fichera;
R. Gallinaro; P. Gritti; A. Lucisano; E. Mazzarella; F. Mazzeo; L. Melillo; S.
Papparella; A. Patroni Griffi; P.V. Pedone; R. Piccoli; C. Polito; R. Prodomo;
A. Rodriguez; I. Schinella; G. Tajana; A.M. Valentino; P. Valerio; A. Vicini.

"QUADERNI DI BIOETICA" NUOVA SERIE

DIRETTORE: Lorenzo Chieffi

COMITATO SCIENTIFICO: L. Berrino; A. Bondolfi (Université de Genève); R.
Bonito Oliva; C. Buccelli; P. Buono; A. Carmi (Chairholder of the Unesco
Chair in Bioethics); L. Chieffi; A. Barbarisi; L. D'Alessandro; M.V. Del Tufo;
E. Di Salvo; P. Giustiniani; J. R. Salcedo Hernández (Universidad de
Murcia); G. Lissa; S. Lugnano; C. Matarazzo; R. Pascali; A. Postigliola;
A. Mordechai Rabello (Università di Gerusalemme e di Safed); J. Robelin
(Université de Nice Sophia Antipolis); A. Roselli; A. Russo; G. Russo.

COMITATO DI REDAZIONE:
C. Buccelli; G. Chieffi; L. Chieffi; C. Donisi; G. Lissa; A. Vicini

BIOETICA PRATICA E CAUSE DI ESCLUSIONE SOCIALE

a cura di
Lorenzo Chieffi



MIMESIS
Quaderni di Bioetica

Il testo è stato pubblicato con il contributo del C.I.R.B. – Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica di Napoli.

Atti del Convegno svoltosi a Napoli nei giorni 18 e 19 novembre 2010.

© 2012 – MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)

Collana: *Quaderni di Bioetica*, n. 1

Isbn: 9788857512754

www.mimesisedizioni.it / www.mimesisbookshop.com

Via Risorgimento, 33 – 20099 Sesto San Giovanni (MI)

Telefono +39 02 24861657 / 24416383

Fax: +39 02 89403935

E-mail: mimesis@mimesisedizioni.it

INDICE

IL FEDERALISMO IN SANITÀ E LA TUTELA DEI SOGGETTI DEBOLI

- SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE INTORNO ALLA “BIOETICA PRATICA”
di Lorenzo Chieffi p. 11
- BREVI CONSIDERAZIONI DI UN ECONOMISTA PREOCCUPATO
PER IL SUD (E NON SOLO)
di Marco Musella p. 33
- IL FEDERALISMO FISCALE E L’ASSISTENZA SOCIO-SANITARIA
AI SOGGETTI DEBOLI (UNA ECCEZIONE DI INCONSTITUZIONALITÀ)
di Ettore Jorio p. 41

LA SALUTE DEL DETENUTO

- SALUTE E CARCERE
di Marco Ruotolo p. 55
- LE DINAMICHE MULTILIVELLO DELL’AMMINISTRAZIONE
DELLA MEDICINA PENITENZIARIA NEI PIÙ RECENTI
PROVVEDIMENTI DI RIFORMA
di Emilio Di Somma p. 67
- LA PROBLEMATICHE GESTIONE DELLA SALUTE DEL DETENUTO
di Elvio Damoli p. 77
- LA SALUTE DELLE PERSONE “RISTRETTE”
di Luigia Melillo p. 87

LA SALUTE DEGLI IMMIGRATI

- IMMIGRAZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE
di Emanuele Rossi, Francesca Biondi Dal Monte p. 97
- MIGRANTI ED EMANCIPAZIONE UMANA NEL MERCATO MONDIALE
DELLA GLOBALIZZAZIONE CAPITALISTICA
di Giuseppe Antonio Di Marco p. 119
- LA SALUTE DEGLI IMMIGRATI
di Fabio Ciciliano, Laura Moscatello p. 173
- L'IMPEGNO DELLA CARITAS NELLA SALVAGUARDIA
DELLA SALUTE DEI MIGRANTI
di Giancamillo Trani p. 181
- SALUTE DEI MIGRANTI E LAVORO DI CURA: LE UCRAINE
NEL NAPOLETANO
di Fabio Amato p. 191
- LA TUTELA DEI MINORI IMMIGRATI: L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO
NELLE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE
Laura Tricomi p. 209
- FEDELI E CITTADINI. IL RIFIUTO DEI TRATTAMENTI SANITARI
PER MOTIVI RELIGIOSI NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO
di Enrique Guillén Lòpez p. 215

LA SALUTE DEL MALATO MENTALE

- OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE
di Carmine Donisi p. 235
- LA FOLLIA. PER UNA LOGICA DELL'OSSIMORO
di Mariapaola Fimiani p. 239
- STIGMA ED ESCLUSIONE SOCIALE NELLE MALATTIE MENTALI:
UN PROBLEMA IRRISOLTO
di Paolo Gritti, Silvana Gagliardi p. 253

MALATO DI MENTE AUTORE DI REATO E ESCLUSIONE SOCIALE
di Giuliano Balbi p. 271

LIVELLI ESSENZIALI E RAGIONEVOLEZZA DELLA FUNZIONE PUBBLICA
SANITARIA: LA PROSPETTIVA DELLA LEGGE N. 180 DEL 1978
di Raffaele Manfredi p. 281

INDAGINI GENETICHE, IMPUTABILITÀ E LIBERO ARBITRIO:
QUESTIONI GIURISPRUDENZIALI E NUOVI BISOGNI DI TUTELA
DELLA PERSONA
di Roberta Catalano p. 297

IL DISTURBO DELL'IDENTITÀ DI GENERE TRA ESCLUSIONE ED INCLUSIONE SOCIALE

ALCUNE NOTE SUL "FENOMENO TRANSESSUALE"
OGGI: UN DISTURBO DA DEPATOLOGIZZARE?
di Paolo Valerio, Paolo Fazzari p. 307

CONCLUSIONI

CONSIDERAZIONI A MARGINE
di Giuseppe Lissa p. 329

NOTIZIE SUGLI AUTORI p. 339

IL FEDERALISMO IN SANITÀ
E LA TUTELA DEI SOGGETTI DEBOLI

LORENZO CHIEFFI

SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE INTORNO ALLA “BIOETICA PRATICA”

1. *Premessa*

Nel riprendere il titolo di un noto saggio pubblicato nel 2000 da Giovanni Berlinguer sulla “bioetica quotidiana”¹, contrapposta da questo stesso Autore alla cosiddetta “bioetica di frontiera”, il Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (C.I.R.B.) di Napoli ha deciso di dedicare uno spazio di riflessione, in occasione del tradizionale Convegno annuale, ad alcune delle più delicate questioni collegate ai concreti sviluppi della relazione terapeutica, con riguardo alle condizioni soggettive di particolare fragilità.

L’approfondimento dell’analisi bioetica secondo un modo di procedere, per così dire, *pratico e quotidiano* potrà rendere possibile un approccio di questo importante filone della ricerca speculativa più attento alle effettive implicazioni, per la salute psico/fisica del malato, di un impiego degli ordinari rimedi della medicina nelle prassi cliniche ed assistenziali, con l’effetto di allontanare, per un momento, il fulcro principale dell’attenzione dalle più sofisticate problematiche connesse all’inizio e alla fine della vita umana, indotte dalle più avanzate applicazioni delle tecnologie biomediche, che generalmente impegnano i cultori di questa disciplina delle scienze umanistiche.

Attraverso il ricorso ad un metodo pragmatico, l’analisi bioetica e biogiuridica intende soprattutto richiamare, secondo l’attenta analisi condotta dal Presidente onorario del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), «l’attenzione, che è ora concentrata in modo quasi esclusivo sui casi estremi di intervento della vita, cioè su ciò che prima degli sviluppi recenti delle scienze biomediche era impraticabile e a volte persino impensabile (come la procreazione assistita, i trapianti d’organo, la sopravvivenza artificiale, le mutazioni genetiche guidate, la creazione di nuove specie viventi), sull’esistenza di un’altra bioetica, più vicina all’esperienza di tutte le per-

1 G. BERLINGUER, *Bioetica quotidiana*, Firenze, 2000, VII.

sone e di ogni giorno”, in modo da riflettere su “*ciò che accade ai più*”, sulla “vita e il benessere delle popolazioni”»².

Tale indagine, svolta alla luce di accorte scelte di politica pubblica di tipo prevalentemente economico ad opera degli organi della rappresentanza popolare (a livello statale, regionale o, comunque, locale), si propone di valutare la qualità delle prestazioni sanitarie, la loro capacità di soddisfare i bisogni, le attese di prevenzione e di cura da parte dell’individuo.

Da qui l’esigenza manifestata dal C.I.R.B. di invitare i massimi esperti del settore di diversa provenienza culturale, per appartenere alle scienze mediche oltre che a quelle filosofiche, giuridiche e teologiche, come è del resto nella tradizione del dibattito bioetico, ad un confronto sulla capacità del sistema sanitario nazionale e regionale di assicurare adeguati livelli di assistenza, con particolare attenzione alle categorie ritenute più deboli, come potrebbero certamente essere i detenuti, gli immigrati extracomunitari, soprattutto se clandestini, i malati di mente, i transessuali.

2. Tutela del diritto alla salute e trasformazioni dello Stato sociale

L’elevato costo di una medicina altamente tecnologizzata, il progressivo invecchiamento della popolazione, associati ad una limitazione delle risorse disponibili per un’incipiente crisi fiscale degli Stati, inducono gli organi di governo ad una selezione delle prestazioni, attraverso scelte di politica sanitaria e di allocazione delle risorse disponibili, che forniscono, per ciò stesso, la dimensione della protezione oggi assicurata che dovrà, comunque, tendere ad un “elevato livello di protezione della salute” (come preteso dall’art. 168 del Trattato di Lisbona³) ovvero ad assicurare quei “livelli essenziali delle prestazioni” assistenziali, secondo quanto prescritto dall’art. 117, 3° comma lett. m) della Costituzione novellata nel 2001.

Quanto precede anche in forza dell’assunto – richiamato dalla stessa Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 356 del 1992⁴ – in virtù del

2 G. BERLINGUER, *op. ult. cit.*, 193.

3 Tra i propositi perseguiti dall’U.E. (cfr. *Conclusioni* del Consiglio dell’Unione Europea 2011/C 359/05, in *G.U.C.E.* C 359/5 del 9 dicembre 2011) rientra quello di “promuovere l’effettiva attuazione dell’approccio basato sulla “salute in tutte le politiche” con attenzione all’equità, per incoraggiare e coordinare tutti i settori pertinenti nello svolgimento del loro ruolo in vista della riduzione dei divari in materia di sanità all’interno dell’UE” (n. 22) ritenuti “in contrasto con i valori basilari” di quest’ultimo “quali la solidarietà, l’equità e l’universalità” (n. 1).

4 Corte Cost. sent. 23 luglio 1992, n. 356, in *www.giurcost.org*.

quale l'esigenza di commisurare la spesa alle "effettive disponibilità finanziarie", in grado di condizionare la "qualità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità", non potrebbe tuttavia pregiudicare le "fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute", rese possibili proprio attraverso la promozione di politiche di "inclusione sociale" dirette a assicurare adeguata assistenza ai soggetti più deboli e disagiati della società⁵. Anche se poi questo stesso giudice, ricorrendo alle suggestioni tipiche dell'analisi economica del diritto, è poi costretto ad ammettere la precarietà di una impostazione secondo cui qualunque pretesa, compresa quella di essere curato, possa trovare piena affermazione, non potendo di certo consentirsi un impiego di risorse illimitato "avendo riguardo soltanto ai bisogni, quale che ne sia la gravità e l'urgenza". Sarà "viceversa la spesa a dover essere commisurata" – secondo la Corte – alle "effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la qualità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e compatibilità e tenuto conto, ovviamente, delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute"⁶. La qual cosa non potrebbe, tuttavia, comportare – nella interpretazione garantistica offerta nel corso del Convegno da Marco Musella⁷, di impostazione autenticamente personalista – che le "logiche meramente economiche" possano prendere il "sopravvento accettando sempre e solo lo scambio salute/profitto", in presenza di un valore, la vita umana, di rilievo primario, non suscettibile di subire insopportabili compressioni.

5 M. BUQUICCHIO, *Introduzione*, in Idem (a cura di), *Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale*, Bari, 2010, 7. Per I. CAVICCHI, *Malati e governatori. Un libro rosso per il diritto alla salute*, Bari, 2006, 45, pur non potendo definirsi anticostituzionale la gestione "con efficienza ed economicità", tuttavia, "se la gestione compromette in qualche modo il diritto alla salute, i suoi esiti finiranno con l'essere anticostituzionali".

6 Corte Cost. sent. 23 luglio 1992, n. 356, *cit.* Per questo giudice (Corte Cost. sent. 12 ottobre 1990, n. 455, in www.giurcost.org), il carattere condizionato del diritto alla salute, "comune a ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato" delle medesima Corte "nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa".

7 Cfr. M. MUSELLA, *infra*

Coerentemente ai principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale, i sistemi sanitari, afflitti da una critica congiuntura finanziaria, dovranno, per ciò stesso, rinvenire un giusto punto di equilibrio tra “sostenibilità economica in un contesto di spesa crescente”, per tutte le ragioni in precedenza esplicitate, progressivo “decentramento dell’organizzazione dei servizi e delle prestazioni”, riconoscimento di livelli omogenei di assistenza⁸, indipendentemente dal luogo di residenza del paziente.

La realizzazione di questi obiettivi ha indotto gli Stati (a cominciare proprio da quelli europei, sottoposti ai vincoli imposti dal Patto di stabilità) ad avviare politiche sanitarie in grado di migliorare l’efficienza dei servizi erogati all’utenza, attraverso una razionalizzazione della spesa e una riduzione degli sprechi, in modo da contenere gli eccessi del debito pubblico, seppure cercando di evitare pericolosi ridimensionamenti dei livelli di assistenza fino ad ora assicurati.

In questa direzione si inoltrano, nel nostro Paese, i numerosi interventi legislativi (dal d.lgs. n. 502 del 1992, al d. lgs. n. 517 del 1993, fino alla riforma *ter* del 1999, introdotta dal d. lgs. n. 229 del 1999) che, a Costituzione invariata, avviarono un processo di aziendalizzazione delle USL (poi divenute ASL) cui veniva riconosciuta una maggiore responsabilità nella gestione dei servizi sanitari in modo da introdurre, grazie ad un decentramento della spesa pubblica, un più attento monitoraggio della stessa⁹.

Attraverso una “sostanziale” riforma del SSN tali decreti hanno avviato, coerentemente agli sviluppi del principio di sussidiarietà, una progressiva regionalizzazione nella “gestione ed erogazione dei servizi sanitari”, in modo da avvicinare i luoghi della decisione politica alle comunità territoriali di riferimento e, conseguentemente, da amplificare i controlli sulla gestione dei servizi, senza, peraltro, sottrarsi ai possibili vantaggi, preordi-

8 R. BALDUZZI, *Prefazione*, in Idem (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l’analisi comparata*, Bologna, 2009, 14. Analogamente per C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution, diritti, identità: la tutela della salute fra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in op. ult. cit., 52, “sul versante dei diritti individuali, una certa misura (essenziale) di uguaglianza al pari di una determinata (non eccessiva) cifra di diversificazione sono necessarie al fine, da un lato, di non tradire lo spirito distintivo che anima le esigenze del decentramento e, dall’altro, di non trasformare ragionevoli distinzioni in illegittime disuguaglianze”.

9 I. MARINO, *Nelle tue mani. Medicina, fede, etica e diritti*, Torino, 2009, 183. Cfr. anche R. FINOCCHI GHERSI, A. TORDIOLA, *Il federalismo istituzionale e fiscale e l’assetto di governance del Ssn*, in C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi, A. Tardiola (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2011, 23 ss.

nati ad assicurare maggiori benefici al *démos*, di un reale coinvolgimento di soggetti privati ricorrendo a modelli di collaborazione quando non di competizione con le strutture pubbliche ¹⁰.

La disarticolazione del sistema delle autonomie ha poi trovato definitiva conferma nel nuovo Titolo V della Costituzione, come novellato nel 2001 ¹¹, cui ha fatto seguito, in applicazione del principio di sussidiarietà, l'avvio della riforma fiscale, sul modello di tipo federale - consentita dalla legge n. 42 del 2009 ¹² e successivi decreti attuativi ¹³, a cominciare da quello sui costi *standard* nella sanità (d. lgs. n. 68 del 2011) - che, attraverso l'abbandono del criterio della *spesa storica*, calcolata utilizzando la cd. quota capitaria ponderata ¹⁴, rivelatosi in passato causa di "sprechi, derespon-

10 Cfr. E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *Introduzione*, in Idem (a cura), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, VII.

11 Alla luce della novella costituzionale del 2001 la "tutela della salute" rientra tra le materie attribuite alla competenza concorrente delle Regioni. La competenza residuale viene, invece, estesa ai "profili organizzativi delle strutture sanitarie" e agli interventi di tipo socio/sanitario. Per la dottrina cfr. E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *Introduzione*, cit., VII.

12 La legge n. 42 del 2009 è stata preceduta da altri significativi interventi sul federalismo fiscale, a cominciare dal d. lgs. n. 446 del 1997, sull'IRAP e istituzione di addizionale regionale sull'IRPEF, dalla legge n. 133 del 1999, in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale.

13 Allo stato sono stati emanati otto decreti legislativi attuativi della delega contenuta nella legge n. 42 del 2009: d.lgs. n. 85 del 2010, sull'attribuzione a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni di un loro patrimonio; d. lgs. n. 156 del 2010, in materia di ordinamento transitorio di Roma capitale; d. lgs. n. 216 del 2010, in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province; d. lgs. n. 23 del 2011, in materia di federalismo fiscale municipale; d. lgs. n. 68 del 2011, in materia di autonomia di entrata delle Regioni a statuto ordinario e delle Province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario; d. lgs. n. 88 del 2011, in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali; d. lgs. n. 118 del 2011, in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi; d. lgs. n. 149 del 2011, sui meccanismi sanzionatori e premiali relativi a Regioni, Province e Comuni.

14 Attraverso tale metodo, l'individuazione del fabbisogno regionale avrebbe dovuto considerare "diverse variabili - sesso, tasso di mortalità, indicatori epidemiologici, densità della popolazione -" assegnando "peso di gran lunga rilevante, in linea con le maggiori esperienze estere, al dato della popolazione residente ponderata per classi di età" (G. MURARO, *Federalismo fiscale e sanità*, Società italiana di economia pubblica, XIV Conferenza, *Il futuro dei sistemi di Welfare nazionali tra integrazione europea e decentramento regionale. Coordinamento, competizione,*

sabilizzazione e disparità di trattamento”, si propone più attentamente di contemperare l’efficienza amministrativa, nel rapporto costi/benefici, con la solidarietà interregionale ¹⁵.

Da questo progressivo impegno riformatore, mostrato dal legislatore costituzionale e da quello ordinario, ne è derivata una diversa distribuzione dei livelli di governo, al punto di indurre una recente dottrina ¹⁶, in presenza di alcune proposte di *devolution* ¹⁷ avanzate dalla regione Lombardia, ad ipotizzare un “superamento del sistema” unitario di sanità, fino a chiedersi se “esiste ancora un SSN”.

Il contemporaneo sviluppo dell’autonomia di entrata e di spesa - in modo da collegare, in capo all’ente territoriale, le funzioni di esattore dei tributi e di erogatore dei servizi, e per ciascun cittadino, i ruoli di contribuente/utente dei servizi sociali/elettore - avrebbe l’effetto di amplificare gli ambiti di visibilità dei governi regionali e, conseguentemente, di re-

mobilità, Pavia, Università, 4-5 ottobre 2002, in <http://www-3.unipv.it/websiepl/wp/133.pdf>). A giudizio di taluni, il meccanismo della quota capitaria ponderata è stato il principale “corresponsabile nel percorso di indebolimento delle Regioni del Sud, quanto della loro cultura di governo”(L. ANTONINI, *Sprechi finalmente “tracciabili”*, in *Il Sole 24 ore* del 3 ottobre 2010) e di una loro progressiva de-responsabilizzazione finanziaria avendo “sistematicamente premiato e favorito l’inefficienza” (E. JORIO, *Federalismo fiscale e sanità*, 15 dicembre 2008, in www.federalismi.it). A giudizio di questo Autore tale condizione è finita per protrarre una “inadeguatezza nella gestione della spesa” offrendo una “immagine di un meridione spendaccione e irresponsabile che spreca risorse pubbliche senza produrre alcunché”.

- 15 V. TEUTONICO, *La “tenuta” dello Stato sociale tra lavoro, sussidiarietà e federalismo (fiscale)*, in M. BUQUICCHIO (a cura), *Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale*, cit., 30.
- 16 R. BALDUZZI, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, in M. RICCA - L. CHIEFFI (a cura di), *Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Formez, Roma, 2005, 23 ss.
- 17 Nella misura consentita dall’art. 116 Cost. con l’intento di “sviluppare un’identità regionale” (I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Il governo della salute. Forma e contenuti dell’emancipazione*, Torino, 2001, 39). Per M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CAELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, cit., 25, “l’art. 116 introduce un indubbio elemento di regionalismo competitivo, non bilanciato da chiari contrappesi di regionalismo cooperativo (in particolare, non sono ben definite le procedure di raccordo tra i livelli territoriali, né è prevista una Camera delle Regioni)”. Anche se questo Autore ammette poi che la “previsione di livelli essenziali tempera opportunamente (..) gli elementi di regionalismo competitivo che – pure – la legge cost. 3/2001 ha introdotto nel corpo vivo della Costituzione”.

sponsabilità degli stessi amministratori locali¹⁸. Gli inesorabili sacrifici (in termini di addizionali Irpef, aumento delle accise sul carburante e di introduzione o aggravamento dei *ticket*) cui sarebbero costretti gli amministratori, in presenza di maggiori costi provocati da una cattiva gestione della sanità, darebbero sicuro impulso ad un più attento sindacato politico nei confronti di quanti si fossero resi responsabili di fenomeni di *maladministration* che, sotto il profilo della responsabilità, potrebbero dare avvio alla attivazione di “meccanismi automatici sanzionatori degli organi di governo e amministrativi nel caso di mancato rispetto degli equilibri e degli obiettivi economico/finanziari” [art. 17, comma 1, lett. e) della legge n. 42 del 2009¹⁹].

Accanto ad un’amplificazione dell’autonomia tributaria, intesa a porre rimedio ad una finanza essenzialmente derivata, cui facevano in passato seguito i cd. “ripiani a piè di lista dei debiti prodotti dalle Regioni”²⁰, che non avevano certamente consentito al sistema delle autonomie di mantenere una consapevole e responsabile capacità di spesa, tali riforme intendono assicurare un miglioramento della stessa qualità della spesa²¹ attraverso la previsione di meccanismi procedurali che siano nella condizione di assicu-

18 Per L. RICOLFI, *La Repubblica delle tasse. Perché l’Italia non cresce più*, Milano, 2011, 119, “per rendere gli enti territoriali veramente responsabili occorrerebbe un rafforzamento ben più radicale della loro autonomia tributaria, con una drastica limitazione non solo dei trasferimenti statali ma anche delle compartecipazioni al gettito dei tributi erariali e dei meccanismi perequativi, che rischiano di riprodurre – sotto un’etichetta nuova – i vecchi trasferimenti statali”.

19 Le sanzioni che potranno essere adottate contemplano la “ineleggibilità nei confronti degli amministratori responsabili degli enti locali per i quali sia stato dichiarato lo stato di dissesto finanziario” ovvero “l’interdizione dalle cariche in enti vigilati o partecipati da enti pubblici” [art. 17, lett. e) della legge n. 42 del 2009].

20 L. ANTONINI, *Il federalismo fiscale e l’impatto sulle Pmi* (dicembre 2010), in www.reteimpresaItalia.it.

21 Costante è la giurisprudenza del giudice costituzionale impegnata ad ammonire il legislatore regionale a mantenere una “fondamentale esigenza di chiarezza e solidità di bilancio cui l’art. 81 Cost. si ispira” (sent. n. 359 del 31 ottobre 2007, richiamata nella sent. n. 100 del 17 marzo 2010, in www.giurcost.org) in modo che la “copertura di nuove spese” sia “credibile, sufficientemente sicura, non arbitraria o irrazionale, in equilibrato rapporto con la spesa che si intende effettuare in esercizi futuri” (sent. n. 213 del 18 giugno 2008, in www.giurcost.org). Secondo questo giudice, “nel rispetto delle esigenze di funzionalità degli essenziali servizi offerti” rientrerebbe, perciò, nella “sfera di discrezionalità del legislatore regionale (..) la modulazione degli strumenti volti al contenimento della spesa pubblica” nel settore sanitario (nella specie realizzata attraverso la “rideterminazione del numero di posti letto ospedalieri”) (Corte Cost. sent. 8 ottobre 2010, n. 289, in www.giurcost.org)

rare una maggiore efficienza nella gestione dei servizi in modo da ottimizzare, secondo l'analisi condotta da Marco Musella²², l'impiego delle risorse, riducendo gli sprechi e le inapproprietezze che, soprattutto nel settore sanitario, hanno in passato condotto alcune Regioni (a cominciare proprio dalla Campania) a enormi dissesti finanziari.

Pur continuando a permanere perplessità sui criteri di definizione della quota capitaria (calcolata sull'età della popolazione²³, a prescindere dall'indice di deprivazione che prende in considerazione il tasso di povertà relativa, i livelli di disoccupazione e di analfabetismo particolarmente elevati nelle Regioni del Sud), tale revisione del sistema, grazie ad una "maggiore tracciabilità dell'imposizione regionale", avrebbe pertanto l'effetto di assicurare un più attento "controllo elettorale, secondo la sequenza *vedo-voto-pago*"²⁴, consentendo a ciascuna comunità regionale di dotarsi di una classe dirigente in grado di sfruttare le opportunità offerte dal federalismo fiscale²⁵, così da rendere possibile quella auspicata inversione di rotta rispetto alle criticità amministrative evidenziate in passato.

Lo stesso criterio dei costi *standard*, che dovrà ispirarsi alle regole di efficienza, qualità e appropriatezza della prestazione, oltre che al reale fabbisogno espresso da ciascuna Regione, si "muove in questa direzione, mantenendo un alto livello di solidarietà, ma rendendo trasparenti gli sprechi"²⁶.

Da ora in poi il fabbisogno sanitario *standard*, per ciascuna Regione a statuto ordinario, dovrà essere, infatti, determinato ricorrendo ai "valori di costo" assunti dalle tre Regioni di riferimento (cd. *benchmark*) scelte dalla Conferenza Stato-Regioni tra le cinque considerate più virtuose per avere le finanze in ordine "in base a criteri di qualità dei servizi erogati, appropriatezza ed efficienza" (art. 27, n. 4 e n. 5 del d. lgs. n. 68 del 2011).

L'inosservanza di questa regola di buona amministrazione, da parte delle Regioni incapaci di fornire (per un superamento dei costi *standard*) adeguati servizi, parificabili a quelli ricevuti dai residenti nei territori più efficienti, avrebbe l'effetto di giustificare l'avvio di azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori rivelatisi inadeguati a gestire il servizio sanitario.

22 Cfr. M. MUSELLA, *infra*.

23 I meccanismi che conferiscono maggior peso all'età della popolazione finiscono, ovviamente, per penalizzare Regioni, come la Campania, con popolazione in media più giovane.

24 L. ANTONINI, *Sprechi finalmente "tracciabili"*, cit.

25 E. JORIO, *infra*.

26 L. ANTONINI, *Sprechi finalmente "tracciabili"*, cit.

3. La rimozione di irragionevoli disparità di trattamento all'interno del territorio nazionale

L'indispensabile promozione delle autonomie locali, in modo da valorizzare le specificità locali e la stessa capacità di autogoverno responsabile, non potrebbe tuttavia ridurre l'impegno dello Stato centrale ad assicurare il godimento uniforme, in tutto in territorio nazionale, dei diritti civili e sociali e, conseguentemente, provvedere alla rimozione, attraverso le molteplici forme di perequazione (pure di tipo infrastrutturale), delle cause dei persistenti divari interregionali in modo da favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, evitando la presenza di ingiustificate forme di esclusione sociale legate ad una differente appartenenza regionale²⁷.

La "determinazione degli *standard* strutturali e qualitativi delle prestazioni, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale"²⁸, tenuto ovviamente conto (in esecuzione del Piano sanitario nazionale) delle diverse esigenze assistenziali manifestate da ciascuna comunità locale, avrebbe l'effetto di assicurare, nelle intenzioni della Corte Costituzionale²⁹, la tenuta del nucleo caratterizzante dei principi di fondo del nostro ordinamento fondamentale, come la solidarietà, l'eguaglianza, la giustizia distributiva, l'unità e indivisibilità della Repubblica, evitando inaccettabili forme di "abbandono" dei territori più disagiati³⁰.

L'auspicabile sviluppo degli ambiti di autonomia territoriale non potrebbe, infatti, andare disgiunto, secondo questo stesso giudice, dalla indispensabile conservazione di una "adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti", indipendentemente dal luogo di residenza³¹,

27 CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Per un Paese solidale. Chiesa italiana e mezzogiorno*, Documento dell'Episcopato italiano, 6 ss., in http://www.chiesacattolica.it/pls/ccci_new_v3/cciv4_doc.edit_documento?p_id=15007.

28 Corte Cost. sent. 14 novembre 2008, n. 371, richiamata nella sent. 27 luglio 2011, n. 248, in www.giurcost.org.

29 Corte Cost. sent. 15 gennaio 2010, n. 10, in www.giurcost.org.

30 F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforme dello Stato*, Torino, 1996, 100 e R. BALDUZZI, *A mo' di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del Servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, in Idem (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 22.

31 Corte Cost. sent. 27 marzo 2003, n. 88, in www.giurcost.org. Cfr. anche Corte cost. 31 marzo 2006, n. 134, *ivi*. Per il giudice costituzionale (sent. 15 gennaio 2010, n. 10, *ivi*) "un tale intervento da parte dello Stato deve, in altri termini, ritenersi ammissibile, nel caso in cui esso risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana (..), deve poter

proprio in considerazione della presenza di un “sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto”.

Sin dalla loro originaria previsione (contenuta nell’art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 502 del 1992, successivamente integrato dal d. lgs. n. 229 del 1999), la delimitazione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza, come delineati dal Piano sanitario nazionale, avrebbe dovuto perciò essere declinata nel pieno “rispetto dei principi di dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell’economicità nell’impiego delle risorse”.

In questa direzione lo stesso Piano sanitario nazionale 2006/2008, elaborato dal Ministero della salute, ha posto tra gli obiettivi proprio quello di confermare le peculiarità “fondamentali” dell’attuale Servizio sanitario nazionale quali: la “universalità”, la “sostanziale gratuità per l’accesso a prestazioni appropriate uniformemente assicurate nel Paese”, il “rispetto della libera scelta”, il “pluralismo erogativo basato sul ruolo delle strutture pubbliche, delle strutture private accreditate non profit e di quelle private accreditate profit”. La realizzazione di una maggiore equità, che non potrebbe trascurare l’“equilibrio nella disponibilità delle risorse”, dovrebbe, inoltre, consentire – a giudizio di questo importante documento programmatico – la “prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione” a favore soprattutto delle “fasce socialmente, economicamente e culturalmente” più “deboli” e “disagiate”.

Possibili diversità nel godimento dei diritti sociali³² – in presenza di Regioni in grado di erogare anche livelli *aggiuntivi*, attraverso il ricorso alla sanità integrativa, a quelli essenziali assicurati in tutto il territorio nazio-

essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo”.

32 Per F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, cit., 42, non potrebbe essere esclusa la “possibilità di un livello di sostenibilità delle disegualanze”. Per M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 10, la “distribuzione” e “differenziazione territoriale delle decisioni sulle entrate e sulle spese”, collegate alla costruzione federale dello Stato, “non comporta, di per sé, una contraddizione con il principio di eguaglianza, né la negazione dei valori universalistici che nell’eguaglianza sono insiti”. Per questo Autore “la storia dimostra (...) che il federalismo ha saputo convivere con il modello dello Stato sociale e con i meccanismi di (egalitario) riequilibrio sociale che lo caratterizzano”.

nale – dovrebbero essere giustificate dalla presenza di differenti capacità organizzative e gestionali – proiettate ad una riduzione degli sprechi – da parte degli amministratori locali, pur sempre sottoposti al periodico giudizio politico degli elettori.

Tali opportunità di autogoverno, volte a favorire una maggiore responsabilità e *accountability* delle Regioni, non dovranno poi essere disgiunte dalla previsione di opportuni rimedi surrogatori, per porre rimedio all'incapacità o inerzia nel soddisfare i livelli prestazionali prefissati dalla Stato, che potranno pure condurre a forme di commissariamento della gestione della sanità pubblica – sul tipo di quelle recentemente imposte alla Regione Campania³³ – accanto alla previsione di Piani di rientro (come inizialmente avviati dalla legge 23 dicembre 1998, n. 448) in modo da condurre ad una revisione degli ambiti di assistenza sanitaria³⁴ e del grado di accessibilità agli stessi.

Nonostante l'importanza di siffatte misure di razionalizzazione per una concreta riduzione degli sprechi e delle inapproprietezze³⁵ (a cominciare dall'eccesso di parti cesarei, all'elevato "tasso di ospedalizzazione" in assenza di un'adeguata "assistenza sul territorio"³⁶), così da porre rimedio a quelle dannose prassi che hanno condotto l'attuale Governatore della Campania³⁷ a classificare la propria Regione tra quelle che "spendono di più e che hanno i servizi peggiori in Italia", occorre comunque evitare che una drastica cura delle finanze regionali possa condurre ad un ulteriore deterioramento della condizione di quanti si trovano a risiedere in un territorio particolarmente disagiato per l'assenza di adeguate dotazione infrastrutturale (di tipo consultoriale, di case protette, di residenze per gli anziani, di

33 Tale Regione è stata interessata da un "indebitamento strutturale di 5 miliardi e mezzo di euro, con un disavanzo medio annuo di 800 milioni" (in *La Repubblica-Napoli* del 7 ottobre 2010) accanto ad una preoccupante crisi di liquidità che ha condotto le stesse Banche ad una interruzione dell'acquisto di crediti certificati vantati dalle case di cura private (in *La Repubblica-Napoli* del 6 ottobre 2010).

34 Cfr. S. GABRIELE, R. SALVINI, *Il federalismo in sanità: alla ricerca della stabilità finanziaria*, in *Rapporto annuale 2004 sull'attuazione del federalismo*, febbraio 2004, in www.isae.it/ra_feder_cap3_2004.pdf.

35 Nel Sud si calcolano il 50 % dei ricoveri inappropriati, rispetto ad un Centro/Nord che si caratterizza per il 36 % di inapproprietezze (S. GABRIELE, R. SALVINI, *Federalismo in sanità: alla ricerca della stabilità finanziaria*, cit.).

36 I. MARINO, *Intervista*, in *La Repubblica - Napoli* del 3 ottobre 2010.

37 S. CALDORO, *Intervista*, in *La Repubblica - Napoli* del 7 agosto 2010. Analogamente per G. PITRUZZELLA, *Sanità e regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1178, "ad un incremento della spesa sanitaria nel mezzogiorno, non ha fatto seguito un serio miglioramento della qualità" delle prestazioni sanitarie, "che anzi restano inferiori alla media nazionale".

Hospice per i malati terminali, ecc.), così da incentivare il saldo migratorio verso altre parti del Paese dotate, per converso, di una rete ospedaliera e di servizi più efficienti.

L'esigenza di pervenire ad un equilibrio finanziario, che ispira gli stessi accordi intervenuti tra Stato e Regioni sui piani di rientro, potrebbe invece pregiudicare, se non attentamente implementata, la realizzazione di una "omogeneità territoriale nel godimento dei diritti di cittadinanza"³⁸ in disprezzo agli obiettivi, di chiara impronta personalista, perseguiti dalla nostra Carta Costituzionale che pone l'individuo e i suoi bisogni al centro dell'attenzione, al punto di impegnare gli stessi organi dello Stato apparato a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che fossero di impedimento ad un'effettiva realizzazione dell'eguaglianza sostanziale.

Pur essendo certamente auspicabile l'obiettivo di assicurare una maggiore visibilità e responsabilità dei governi locali, favorendo così processi di sviluppo endogeno, nessuna delle profonde trasformazioni istituzionali in atto, a seguito della novella costituzionale del 2001 e delle successive leggi attuative (a cominciare proprio da quelle sul federalismo fiscale), potrebbe certamente mettere in discussione i principi di fondo (solidarietà ed eguaglianza dei punti di partenza) contenuti nella Prima Parte del nostro Testo fondamentale che, appartenendo "all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana", sarebbero pure sottratti ad un procedimento di revisione costituzionale diretto a svuotarne la più intima essenza, il loro nucleo di garanzia³⁹.

In considerazione del necessario rafforzamento del ruolo degli enti locali, al fine di consentire un reale avvicinamento della domanda sociale alle autorità che sono poi chiamate a soddisfarla, sarà allora compito dello Stato centrale assicurare, in ogni parte del suo territorio, eguali opportunità di assistenza⁴⁰, in modo da scongiurare eccessive ed irragionevoli disparità

38 G. PITRUZZELLA, *op. ult. cit.*, 1180. Per I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, cit., 21, un indirizzo preordinato ad assicurare una "medicina finanziariamente possibile" (e non solo "scientificamente possibile") potrebbe essere causa di "vere e proprie disparità, per nulla giustificate dalle differenze geografiche, ambientali, epidemiologiche. Sarebbe un bel guaio se in Italia il federalismo fosse causa di nuove disparità di copertura, per cui chi vive in regioni con più bassi livelli di prestazioni rischierebbe di più rispetto ai cittadini di altre regioni".

39 Corte Cost. sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in www.giurcost.org.

40 Come ricorda V. MAPELLI, *Federalismo fiscale e sanità*, in *Giornale dei Lavoratori on line*, 6 dicembre 2009, in www.giornaledeilavoratori.it, "oggi il Servizio sanitario nazionale (SSN) è finanziato attraverso un enorme sforzo di solidarietà tra le regioni, in particolare tra quelle del nord e quelle del sud. Le imposte regio-

di godimento dei diritti sociali ⁴¹, lesive delle insopprimibili garanzie di equità.

Continuando, peraltro, a perdurare una "situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese" ⁴², e in attesa di una più compiuta attuazione, da parte del legislatore ordinario, di quanto disposto dall'art. 119, comma 4 Cost. ⁴³, l'intervento perequativo dello Stato, oltre a soddisfare obiettivi di "egualianza e solidarietà", dovrebbe, ovviamente, rivestire, riguardo alla dimensione nel frattempo assunta, anche i "caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza" ⁴⁴, in modo da ricondurre le funzioni assistenziali, non appena sarà cessato lo stato di emergenza, nell'alveo costituzionalmente più appropriato, rispettoso delle competenze regionali.

D'altra parte, siffatto intervento compensativo ad opera dello Stato centrale, a favore delle Regioni incapaci di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni, relativi a funzioni ritenute fondamentali (a cominciare dai servizi sanitari), non potrebbe, certamente, indebolire l'indispensabile sforzo degli amministratori locali volto a porre rimedio al disavanzo sanitario attraverso l'adozione di "misure di razionalizzazione della rete ospedaliera, i tagli delle prestazioni ritenute non *essenziali* e l'inasprimento delle tasse

nali (Irap, addizionale Irpef, ticket) coprono infatti il 60 % della spesa sanitaria in Lombardia, ma solo il 12 % in Calabria, Basilicata e Molise e il 20 % in Campania e Sicilia. La differenza – il 40 % in Lombardia, ma l'80 % / 90 % al Sud – è data da trasferimenti *perequativi* dello stato".

41 La misura di questa differenziazione è determinata dall'art. 15, n. 7 lett. c) del d. lgs 6 maggio 2011, n. 68, a norma del quale "il principio di perequazione delle differenti capacità fiscali dovrà essere applicato in modo da ridurre le differenze, in misura non inferiore al 75 per cento, tra i territori con diversa capacità fiscale per abitante (...)". Sulla "fisiologica dose di disparità nel godimento di alcuni diritti individuali anche di carattere fondamentale", tra le diverse parti del territorio nazionale, in presenza di un processo di disarticolazione autonomistica politico/amministrativa, cfr. C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution, diritti, identità: la tutela della salute, fra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, cit., 52, a giudizio dei quali "ogni processo di decentramento" presenta inesorabilmente "qualche elemento di asimmetria sia in termini fattuali, in riferimento a differenze di carattere economico, sociale, etnico, e così via, sia in termini di diritto, riguardo alla distinzione della posizione costituzionale di alcune delle entità decentrate".

42 Corte Cost. sent. 15 gennaio 2010, n. 10, *cit.*

43 Che come ricorda la stessa Corte Cost. (sent. 15 gennaio 2010, n. 10, *cit.*) consente il finanziamento integrale delle "funzioni attribuite alle Regioni" attraverso le "fonti di cui allo stesso art. 119 (tributi propri, compartecipazione a tributi erariali e altre entrate proprie)".

44 Corte Cost. sent. 15 gennaio 2010, n. 10, *cit.*

locali”, senza affatto trascurare gli ulteriori interventi “quali l’alienazione del patrimonio immobiliare e provvedimenti di cartolarizzazione”⁴⁵.

In questa direzione si inoltra, ad esempio, la manovra di risanamento introdotta nella Regione Campania⁴⁶ che contempla una pluralità di misure: di tipo tributario, a cominciare dall’aumento dell’imposta regionale sulla benzina, del bollo auto, dei ticket sui farmaci; la razionalizzazione della medicina specialistica, attraverso l’introduzione di limiti di spesa⁴⁷; la previsione di un riequilibrio tra posti letto per acuti e quelli di riabilitazione e/o lungodegenza; la riduzione di 1500 posti letto, accanto alla chiusura di strutture ospedaliere, sia pubbliche che convenzionate, ritenute improduttive anche in considerazione di una scarsa ricettività, avendo meno di 100 posti letto; l’istituzione di strutture polifunzionali per la salute e di “ospedali di comunità”, di presidi cioè che erogano un’assistenza di scarsa complessità, pure di tipo domiciliare, in modo da evitare ricoveri impropri in tradizionali luoghi di degenza.

Ciò che desta preoccupazione, in assenza di un equilibrato ridimensionamento dei livelli di assistenza che si preoccupi soltanto del recupero dei livelli di efficienza, è il possibile aggravamento dei diritti di cittadinanza, accanto ad ulteriore impoverimento delle famiglie residenti in Regioni che si caratterizzano per la presenza di un’alta percentuale di ospedali non a norma (il 74,9 %, contro il 21 % del Nord⁴⁸) e per una forte mobilità sanitaria verso i presidi delle Regioni dell’Italia centro/settentrionale⁴⁹.

Tra i compiti della bioetica *pratica* rientrerà allora quello di verificare l’opportunità e l’equità, e perciò stesso ragionevolezza, di provvedimenti di allocazione delle risorse volti al risanamento delle finanze locali, non solo per gli effetti benefici che ne potranno derivare per le casse della Regione, ma soprattutto per le conseguenze sulla conservazione di un elevato stato di benessere dell’individuo, che giammai potrebbe essere discrimi-

45 S. GABRIELE, R. SALVINI, *Federalismo in sanità: alla ricerca della stabilità finanziaria*, cit.

46 *Commissario ad Acta per la prosecuzione del Piano di rientro del settore sanitario (Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 24 aprile 2010)*, in B.U.R.C. n. 65 del 28 settembre 2010.

47 S. GABRIELE, R. SALVINI, *Federalismo in sanità: alla ricerca della stabilità finanziaria*, cit.

48 Il dato è tratto da *La Repubblica* del 23 settembre 2010.

49 Ad un Sud con un indice di attrazione pari a 4.1, corrisponde un indice di fuga pari all’8.3, di contro a un Nord con un indice di attrazione pari al 9.7 e con un indice di fuga pari al 5.7. La Campania dimostra, invece, un indice di attrazione equivalente a 2.6 e di fuga che raggiunge, in senso opposto, la percentuale dell’8.1.

nato in considerazione delle proprie condizioni sociali ed economiche di particolare fragilità per appartenere a categorie più esposte.

4. *La rimozione delle cause di esclusione sociale nelle concrete prassi*

Le profonde trasformazioni del Servizio Sanitario Nazionale avviate a Costituzione invariata nel corso degli anni novanta del secolo trascorso e, poi, all'esito della novella del 2001, dalla successiva legislazione di attuazione (a cominciare proprio dal d. lgs. n. 68 del 2011, sui costi *standard*), non potrebbero di certo trascurare la posizione degli individui che, proprio per una peculiare debolezza, appaiono bisognosi di una maggiore considerazione, in presenza, viepiù, di una grave congiuntura economica in grado principalmente di incidere su quanti dimostrassero una minore capacità reddituale.

Non potrebbe, infatti, mettersi fondatamente in dubbio che tra i compiti primari di uno Stato, la cui azione dovrà essere informata ai principi della solidarietà e dell'eguaglianza, rientri, in primo luogo, l'impegno a soddisfare i bisogni manifestati dai soggetti più fragili attraverso la previsione, cui fa riferimento Ettore Jorio nel suo saggio⁵⁰, di forme di assistenza "le più integrate possibile", in grado "utilmente" di "incidere nella prevenzione reale dei disagi e delle malattie psicofisiche".

In questa prospettiva di analisi, gli interventi che si sono susseguiti hanno dimostrato come, pur in presenza di un quadro normativo particolarmente avanzato (si pensi alla legge n. 180 del 1978, in tema di accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori, al T.U. sull'immigrazione contenuto nel d.lgs. n. 286 del 1998 e alla più recente riforma introdotta nel settore penitenziario con il d. lgs. n. 230 del 1999, cui ha fatto seguito il DPCM 1° aprile 2008⁵¹), ciò che desta perplessità è principalmente il ritardo, ancora mostrato dagli apparati statali e regionali di riferimento, con cui sono stati effettivamente realizzati nelle concrete prassi i significativi propositi garantistici, anche in considerazione degli straordinari condizionamenti economici determinati dalla persistente crisi finanziaria in atto nel continente europeo.

La profonda ristrutturazione delle dinamiche statali del governo dell'economia, per fronteggiare l'aggravarsi del debito sovrano, non potrebbe,

50 Cfr. E. JORIO, *infra*.

51 Il DPCM 1° aprile 2008 ha dato attuazione all'art. 2, comma 283 della legge finanziaria del 2008 (legge n. 244 del 24 dicembre 2007).

d'altra parte, mettere in discussione il livello essenziale, e per ciò stesso indisponibile, del diritto alla salute che dovrà essere, comunque, assicurato in "modo egualitario per tutti, quali che siano le condizioni di *status* (si pensi ai detenuti o agli stranieri); di condizioni sociali o personali (si pensi a chi si trova, pur temporaneamente, all'estero); di condizioni economiche (si pensi, ovviamente, ai non abbienti)"⁵².

I robusti interventi di contenimento della spesa, introdotti dalle numerose manovre economiche realizzate dai Governi politici e tecnici succedutisi negli ultimi mesi, anche per effetto degli impegni assunti a livello europeo attraverso il Patto di stabilità, accompagnate da una progressiva riorganizzazione delle modalità di gestione secondo un modo di incidere efficiente e responsabile, non potrebbero affatto trascurare i correttivi che, coerentemente al principio di equità, garantiscano gli sviluppi della solidarietà interterritoriale e intergenerazionale, in ossequio ai canoni della giustizia distributiva e dell'eguaglianza sostanziale.

E così, ad esempio, le recenti riforme introdotte nell'ordinamento penitenziario, passate approfonditamente in rassegna da Emilio Di Somma, grazie alla sua lunga esperienza all'interno del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, nonostante le prospettive di miglioramento della "capacità" del sistema carcerario di "intercettare il disagio"⁵³, appaiono troppo spesso "disattese" per essere ancora prive – come ricorda Marco Ruotolo⁵⁴ – dell'indispensabile apporto finanziario per il miglioramento di strutture e ampliamento degli organici, al punto di mettere in discussione gli ambiti minimali di tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e la stessa funzione rieducativa della pena che non può certamente giustificare trattamenti irrispettosi del senso di umanità (art. 27, comma 3 Cost.).

L'insopportabile sovraffollamento delle carceri, per la maggior parte inadeguate per l'assenza di sufficienti spazi, servizi igienici e di luoghi (di lavoro, di ricreazione, ecc.) funzionali al recupero dei detenuti, per una loro "rieducazione e risocializzazione", ha spesso determinato, secondo Elvio Damoli⁵⁵, inaccettabili condizioni di promiscuità causa dell'aumento di talune patologie, come le epatiti e le malattie croniche degenerative, peraltro aggravate nella Regione Campania per le difficoltà incontrate dalle ASL, in un periodo di commissariamento dell'amministrazione sanitaria,

52 M. LUCIANI, *livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, cit., 32.

53 Cfr. E. DI SOMMA, *infra*.

54 Cfr. M. RUOTOLO, *infra*.

55 Cfr. E. DAMOLI, *infra*.

ad assicurare un'assistenza minimale, perdurando la carenza di personale adeguato, anche se proveniente dal terzo settore.

I casi di suicidio o di tentato suicidio, denunciati da Luigia Melillo ⁵⁶, sono un evidente sintomo di un profondo disagio, fisico e psicologico, sofferto da quanti vivono in una condizione troppo spesso ai limiti della decenza per uno Stato che, alle soglie del terzo millennio, voglia realmente definirsi civile, per i livelli di solidarietà realizzati.

Analoghi ritardi nella realizzazione di politiche concretamente inclusive sono rilevati, a distanza di oltre trenta anni dall'entrata in vigore della cd. legge Basaglia, nell'intervento di Paolo Gritti e di Silvana Gagliardi ⁵⁷ i quali rilevano le persistenti inadeguatezze organizzative che hanno impedito la realizzazione, sul territorio nazionale, di una efficace e omogenea rete di assistenza per le persone affette da disturbi psichiatrici. Nonostante la definitiva chiusura delle strutture manicomiali continuano infatti a persistere nel nostro Paese, per questi Autori, condizioni di "marginalizzazione, esclusione sociale, pregiudizio", causa di inevitabili "sofferenze", che inducono, la stessa Paola Fimiani ⁵⁸ a rivedere, sulla scorta dell'insegnamento di Michel Foucault, il difficile rapporto tra potere (politico oltre che scientifico) e autonomia/libertà del malato. Coerentemente all'impostazione garantistica offerta dal nostro giudice costituzionale, su cui si sofferma Raffaele Manfrellotti ⁵⁹, che valuta la malattia mentale come un "problema essenzialmente sanitario o di reinserimento sociale del paziente" piuttosto che come "problema di pubblica sicurezza", appare diffusa, tra gli studiosi, la consapevolezza che solo attraverso lo sviluppo di una psichiatria *di comunità*, in grado di assistere il malato mentale, anche ricorrendo a forme di inclusione sociale, potranno essere rimosse le frequenti tentazioni di un ripristino delle disumane forme di istituzionalizzazione, mediante il suo internamento in strutture di contenimento, che rischierebbero di riportare indietro le lancette della storia della medicina psichiatrica.

Gli sviluppi di questa peculiare assistenza a favore dei disabili mentali ha, purtroppo, dimostrato l'enorme distanza tra le finalità perseguite dalla legge statale e da significativi documenti sovranazionali ⁶⁰ rispetto alla dimensione e qualità del servizio fornito attraverso un'effettiva presa in

56 Cfr. L. MELILLO, *infra*.

57 P. GRITTI, S. GAGLIARDI, *infra*.

58 P. FIMINIANI, *infra*.

59 R. MANFRELOTTO, *infra*.

60 Dall'art. 7 della Convenzione di Oviedo del 1997, agli artt. 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. del 2000, oggi immessa nel Trattato di Lisbona del 2009.

carico. Assolutamente insufficienti, e distribuite in modo disomogeneo sul territorio, sono le strutture intermedie residenziali riabilitative in grado di assicurare “dismissioni protette”, con grave pregiudizio rispetto al grado di tutela che si vorrebbe assicurato dal nostro disposto costituzionale, nonostante la raccomandazione rivolta dal Consiglio d’Europa nel 2004 ⁶¹ per migliorare il livello di protezione dei diritti dell’uomo e della dignità delle persone affette da disturbi mentali. La presenza all’interno delle nostre società di numerosi individui affetti da disturbi psichici, al punto di rappresentare – come ricorda Carmine Donisi - “la prima causa di disabilità”, non ha affatto indotto le stesse autorità preposte nella Regione Campania al governo della sanità ad avviare adeguate politiche di sostegno, in modo da assicurare la necessaria assistenza utile a porre rimedio alle sofferenze di questi individui meno fortunati degli altri.

Relativamente a quanti poi si trovano ricoverati all’interno di OPG, per aver commesso un reato, tali deficienze assistenziali si traducono in un prolungamento custodiale indeterminato, da taluni parificabile alle cd. “morti bianche”, in assoluto dispregio ai propositi di cura che, secondo l’intento del giudice costituzionale ⁶², avrebbe dovuto consentire una “ri-socializzazione” degli internati, in modo da permetterne la “guarigione o quanto meno” il “miglioramento della loro condizione psichica”. Le pur legittime istanze di difesa sociale, in presenza di infermi di mente di indubbia pericolosità, non potrebbero, nella lucida analisi di Giuliano Balbi ⁶³, non convivere con le giuste aspettative terapeutiche necessarie a consentire il reinserimento di questi individui nella comunità di appartenenza, a cominciare proprio da quella familiare che dovrebbe essere, nella prospettiva della chiusura di queste istituzioni “carcerarie” ⁶⁴, adeguatamente sostenuta

61 *Conseil de l’Europe, Comité des Ministres, Recommandation Rec (2004) 10 du Comité de Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l’homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux (adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004, lors de la 896^e réunion des Délégués des Ministres)*, in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=775699&Lang=fr>.

62 Corte Cost. sent. 27 luglio 1982, n. 139 e sent. 28 marzo 1996, n. 111, in www.giurcost.org.

63 G. BALBI, *infra*.

64 Nelle more della pubblicazione del presente saggio, in Commissione giustizia del Senato della Repubblica è stato approvato, in data 25 gennaio 2012, un emendamento (3.04, su iniziativa degli on.li Ignazio Marino e Felice Casson) al testo di legge di conversione (ddl n. 3074) del decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri), che prevede la chiusura degli OPG a decorrere dal 31 marzo 2013.

da presidi socio/sanitari assicurati dal servizio sanitario, sia esso nazionale che, più comprensibilmente, regionale.

La dilatazione delle ragioni psico/somatiche e fisiologiche, comprensive di una presunta "vulnerabilità genetica", su cui si sofferta Roberta Catalano, in grado di ridurre l'imputabilità del colpevole di reato, potrebbe rendere ancor più necessaria la presenza di un adeguato supporto assistenziale idoneo a consentire il recupero di queste forme di disabilità, pur non prescindendo dall'adozione di misure utili ad assicurare la sicurezza degli altri consociati.

Altrettanto problematica è la stessa condizione in cui vengono a trovarsi i transessuali, nonostante l'importante opportunità offerta dalla legge n. 164 del 1982, sulla rettificazione di attribuzione di sesso. Tali individui continuano a subire – a giudizio di Paolo Valerio e Paolo Fazzari⁶⁵ – forme di discriminazione che non agevolano la loro "inclusione" sociale, per la persistenza di teorie che mettono in discussione il loro reale equilibrio mentale a causa della presenza di "disturbi dell'identità di genere", al punto di impedire, attraverso una "corretta presa in carico nei contesti istituzionali", una efficace diagnosi idonea a consentire un "più agevole accesso ai trattamenti, medici e psicologici, richiesti in virtù di un soggettivo senso di disagio e sofferenza"⁶⁶.

Questa distanza, finora riscontrata tra previsione legislativa e effettività della tutela assicurata, riguarda, pure, l'ultima delle categorie soggettive considerate nel corso del Convegno, quella degli immigrati extracomunitari, i quali, nonostante l'ampia protezione accordata per gli interventi sanitari urgenti o comunque necessari (art. 35, n. 3 del T.U. del 1998), a prescindere dalla loro condizione di clandestinità, sono sovente costretti in condizioni igieniche insopportabili, quando non indotti a trascurare le malattie⁶⁷, proprio per non essere intercettati, in ragione di una scarsa propensione, mostrata dai più recenti provvedimenti legislativi (legge n. 94

65 P. VALERIO, P. FAZZARI, *infra*.

66 P. VALERIO, P. FAZZARI, *infra*.

67 Per G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria: spinte in tema di diritto alla salute e immigrazione*, in *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria. Spunti e materiali per l'analisi comparata*, cit., 87, la "fragilità sociale" che accompagna la condizione degli immigrati, "pur nell'ovvia eterogeneità delle origini, mostra situazioni di sofferenza sanitaria comuni (malattie da disagio, infortunistica sul lavoro anche domestico, alto ricorso all'IVG, malattie infettive prevedibili) in gran parte imputabili a politiche di accoglienza ed integrazione non del tutto idonee, a difficoltà di accesso ai servizi, a problematiche legate alle relazioni ed alla capacità di intendere e di lasciarsi intendere".

del 2009⁶⁸), a favore di politiche di inclusione e di solidarietà che vengono sovente mortificate da esigenze di pubblica sicurezza attraverso la previsione di misure di espulsione e respingimento interessate soprattutto ad impedire l'ingresso di questi individui nel territorio nazionale.

L'ostilità che allontana l'immigrato dall'impiego delle opportunità offerte dai servizi socio/sanitari di emergenza, impedisce – secondo Fabio Amato⁶⁹ – l'instaurazione di adeguati rapporti di inclusione sociale, che danno corpo all'affermazione dei diritti di cittadinanza, a favore di quanti, come gli ucraini presenti nella città di Napoli, svolgono lavori particolarmente faticosi ed usuranti, di sicuro beneficio per la comunità ospitante.

La cospicua affluenza di popolazione migrante, sia essa regolare (entro il limite dei flussi periodicamente fissati dai governi europei) che irregolare o clandestina, anche all'esito delle pressioni indotte da esigenze di crescita manifestate dalle economie capitaliste e dalla conseguente globalizzazione dei mercati, induce, nell'attenta analisi condotta da Giuseppe Antonio De Marco⁷⁰, ad evidenziare inaccettabili forme di sfruttamento della forza lavoro, sovente ridotta ai limiti del sostentamento. Il fenomeno migratorio rappresenta, per questo Autore, tra i più attenti interpreti del pensiero marxista, l'effetto di una spinta del potere economico ad aumentare la liquidità dell'occupazione, così da favorire una dilatazione della forza produttiva, in grado di rendere “più precaria la sua funzione come mezzo di valorizzazione del capitale, e quindi più precarie le proprie condizioni di vita”.

L'ampliamento delle incertezze e instabilità delle condizioni di lavoro approfondirebbe, secondo questo orientamento, il disagio, quando non la povertà, di coloro che, a causa di una persistente debolezza, continuano ad essere esclusi, in quanto stranieri, dal godimento di numerosi diritti di cittadinanza.

La “fragilità” che accompagna la condizione degli immigrati nel nostro Paese, soprattutto se in età minorile, per quella condizione di precarietà

68 Il cd. “pacchetto sicurezza” è stato, peraltro, messo in discussione dalla Corte Costituzionale (sent. 27 luglio 2010, n. 249 e sent. 25 luglio 2011, n. 245, in *www.giurcost.org*) e dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea (sent. 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, causa C-61/11 PPU, in <http://www.cortieuropee.unito.it/?p=850>) che, in applicazione della direttiva 2008/115/CEE, ha giudicato illegittima l'irrogazione della pena di reclusione a carico di un extracomunitario il quale non aveva rispettato, senza giustificato motivo, l'ordine di lasciare il territorio dello Stato in cui si trovava irregolarmente. Per la dottrina cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Lo statuto giuridico sovranazionale del migrante e la politica comune europea dell'immigrazione: considerazioni introduttive*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2011/2, 3 ss.

69 F. AMATO, *infra*.

70 G. A. DE MARCO, *infra*.

economica, sociale – su cui si soffermano nel loro intervento Fabio Ciciliano e Laura Moscatiello⁷¹ – è pure conseguenza dell'insorgenza di malattie, non solo di tipo psicologico, legate al disagio sociale (lavoro nero, carenze abitative, IVG, ecc.) in buona parte determinate proprio dalla ridotta "accoglienza" e dalla difficile "integrazione", quando non a "difficoltà di accesso ai servizi" e a "problematiche legate alle relazioni ed alla capacità di intendere e di lasciarsi intendere"⁷².

Nonostante il riconoscimento per ogni straniero, indipendentemente dalla sua "posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno nello Stato"⁷³, di un "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto"⁷⁴, continuano a persistere ingiustificate carenze assistenziali in grado di affiancare all'insopprimibile diritto alla cura (*to cure*)⁷⁵ un impegno verso una maggiore *comprensione* dello straniero (*to care*, nell'accezione di prendersi cura) coerentemente alle proprie sensibilità culturali ed aspirazioni assistenziali, anche attraverso la presenza di opportune forme di mediazione in grado di migliorare la comunicazione linguistica di quanti, per una differente origine etnica, avrebbero estrema difficoltà ad accedere alle necessarie terapie⁷⁶. Indipendentemente dall'urgenza e dalla necessità di assistere lo straniero, compito degli apparati assistenziali, pubblici o comunque accreditati, dovrebbe allora essere quello di assecondare le aspettative di cura e di scelta terapeutica, coerentemente alle specificità culturali del paziente⁷⁷.

71 F. CICILIANO, L. MOSCATIELLO, *infra*.

72 G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria: spinte in tema di diritto alla salute e immigrazione*, cit., 87.

73 Corte Cost. sent. n. 17 luglio 2001, n. 252, richiamata nella sent. 22 luglio 2010, n. 269, in www.giurcost.org.

74 Corte Cost. sent. n. 16 maggio 2008, n. 148, richiamata nella sent. 7 luglio 2010, n. 269, in www.giurcost.org.

75 Che, come ricordano E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, *infra*, dovrà "essere riconosciuto all'individuo a prescindere dalla cittadinanza".

76 Per G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria: spinte in tema di diritto alla salute e immigrazione*, cit., 104, sarà compito dei servizi sanitari regionali avviare una riorganizzazione e riorientamento delle prestazioni, "non solo rendendole più aperte alle culture diverse ed al contempo maggiormente rispondenti alle esigenze peculiari dei contesti territoriali (..), ma anche dimostrando la capacità di elaborare, a livello di singola azienda, progetti specifici e standard di qualità dei servizi espressamente riferibili all'utenza straniera".

77 Sul punto sia consentito rinviare a L. CHIEFFI, *La tutela della salute degli immigrati irregolari*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani (a cura di), *Diritti*

La presenza di un ambito di garanzia irriducibile del diritto alla salute, da riconoscere a qualunque individuo, soprattutto se giustificato da una condizione di urgenza e di necessità, non potrebbe tuttavia impedire al legislatore di prevedere diverse forme di assistenza aggiuntiva a favore di quanti siano iscritti regolarmente al SSN, con esclusione perciò dei clandestini e degli irregolari, la cui ragionevolezza sarebbe, comunque, soggetta - a giudizio di Emanuele Rossi e Francesca Biondi Dal Monte ⁷⁸ - al sindacato del giudice costituzionale.

Le persistenti difficoltà, riscontrate nel corso del Convegno, negli sviluppi delle politiche sanitarie, realizzate da strutture assistenziali, per consentire una progressiva inclusione sociale di quanti si trovino in una condizione di particolare disagio, confermano l'estremo interesse degli approfondimenti compiuti da tutti i relatori intervenuti nel corso delle giornate di studio organizzate dal C.I.R.B. I risultati scientifici conseguiti rappresentano, peraltro, uno stimolo per l'avvio di ulteriori indagini da parte del dibattito bioetico che, proprio in questi *quotidiani* sviluppi dell'assistenza sanitaria, potrà rinvenire ulteriore materia di discussione per stimolare gli apparati pubblici a rinnovare, nonostante la profonda crisi economica in atto, le proprie politiche sanitarie in modo da renderle più coerenti ai principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale, a cominciare dalla solidarietà e eguaglianza sostanziale che, rigettando ogni forma di discriminazione, impongono la rimozione delle cause di esclusione sociale.

Gli importanti risultati raggiunti, grazie all'impegno di autorevoli studiosi, rappresentano certamente un incentivo allo svolgimento, come è d'altronde nelle stesse intenzioni degli organi direttivi del nostro Centro di bioetica, di ulteriori approfondimenti diretti ad analizzare la condizione di altri soggetti (quali potrebbero essere gli anziani, i minori, le donne) costretti, sovente, a doversi confrontare, proprio a causa della loro indubbia debolezza, con situazioni di emarginazione, di carenze ed inadeguatezze assistenziali, come tali degne di altrettanta considerazione.

umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori, Napoli, 2010, 205 ss.

78 E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, *infra*.

MARCO MUSELLA

BREVI CONSIDERAZIONI DI UN ECONOMISTA PREOCCUPATO PER IL SUD (E NON SOLO)

1. La sanità è senz'altro un crocevia importantissimo della società contemporanea. Questioni culturali sul senso e il significato della vita umana e del suo attraversare le diverse stagioni, aspetti medici connessi all'avanzamento nella conoscenza del corpo umano, potenzialità di trattamenti sanitari migliorati dalle nuove tecnologie che rendono possibile ciò che pochi anni prima sembrava del tutto avveniristico, concorrono a porre problemi di architettura istituzionale e di reperimento e gestione delle risorse economiche che vanno considerati attentamente; rispetto ai nuovi scenari che si aprono continuamente devono poter dire la loro discipline diverse sia del campo medico sia delle cd. scienze umane.

Il punto di vista dell'economista spesso viene considerato, soprattutto dagli stessi economisti, essenziale, quasi che sia questo scienziato sociale a dover dettare le regole con le quali organizzare in modo efficiente i processi produttivi in sanità. L'opinione di chi scrive è molto diversa perché considera che, soprattutto con riferimento alla produzione e al consumo di servizi di cura ad alto contenuto conoscitivo e ad alta intensità relazionale, l'economista o è attento agli apporti di altre discipline o rischia di proporre soluzioni che, mutuando acriticamente dagli studi sul settore agricolo e sul settore manifatturiero categorie di analisi e proposte di policy, rischiano di avere impatti indesiderati sugli esiti effettivi dei processi di riorganizzazione e, quindi, sugli stessi diritti della persona.

Ma non mi propongo in questo scritto di entrare nel merito di un dibattito così ampio, né di approfondire dal punto di vista dell'economista sanitario (quale non sono) il tema di come il federalismo all'italiana che sta emergendo nel Paese, ridisegnerà i nostri sistemi sanitari regionali; mi vorrei solo soffermare brevemente, prima di proporre qualche considerazione da economista generale sulla piega che sta prendendo il riassetto dell'organizzazione Stato-regioni rispetto alla sanità nel nostro Paese, su una categoria analitica usatissima da chi progetta riforme micro e macro dei sistemi sanitari: la categoria di efficienza. Forse più di ogni altra parola utilizzata

nei dibattiti sui temi connessi con il diritto alla salute, essa è in grado di mostrare l'errore di una impostazione economicistica delle questioni.

Efficienza non è sinonimo di riduzione dei costi. L'efficienza è sinonimo di ottimizzazione dell'uso delle risorse e, pertanto, richiede sempre un confronto tra due grandezze: es. quantità di prodotto e costi necessari per realizzarla. Nelle produzioni standardizzate (in campo agricolo o manifatturiero in particolare) è facile avere misure della quantità di prodotto ottenuta (e misurare la quantità, quando i prodotti sono standardizzati, significa misurare anche la qualità), ma in settori come quello sanitario, nei quali si offre un prodotto complesso e di difficile misurazione (es. la cura delle persone, dei milioni di persone diverse che popolano un Paese) si rischia spesso di saltare a piè pari la questione del prodotto realizzato e di limitarsi alla mera considerazione della riduzione dei costi: non avendo misure di prodotto che tengono adeguatamente conto di dimensione qualitativa e quantitativa dello stesso, ci si limita ad un confronto un po' rozzo, tra quantità di prestazioni offerte (in qualche modo misurate) e costi o, addirittura, si guarda alla sola riduzione dei costi. Il risultato, a me sembra, è quello di scambiare lucciole per lanterne e di confondere una riduzione dei costi accompagnata da una riduzione della qualità (e talvolta della quantità) delle prestazioni per una maggiore efficienza.

Quanto al federalismo e al tema che mi è stato assegnato della tutela dei soggetti deboli, partirei dalla considerazione che nel nostro Paese si scontrano due visioni del problema, che presenterò come due desideri diversi di federalismo, due culture differenti: c'è una voglia di federalismo ispirata ad un condivisibile desiderio di avvicinare i governi e i processi di governo dell'economia e della società ai cittadini, ispirata a principi di libertà, democrazia e partecipazione dei cittadini alla gestione della cosa pubblica attraverso un diretto coinvolgimento delle istituzioni ad essi più vicine; e c'è una voglia di federalismo ispirata ad un egoismo un po' becero, mi si lasci passare l'espressione, che è tutta ispirata ad una logica di comunità autoctone, poco attenta alla storia che ha segnato i percorsi delle diverse comunità locali, anche in campo di organizzazione dei sistemi sanitari; si tratta di una visione che, a ben vedere, nega il ruolo della reciprocità e della solidarietà come fattore di coesione oggi delle comunità nazionali, ma domani, inevitabilmente, della comunità regionale, poi provinciale, e via di questo passo.

Un avallo culturale a questa seconda idea di federalismo viene dato, a mio parere, dall'idea di fare "classifiche" per ogni cosa; sorprende che un giornale come *il Sole 24 ore* non perda occasione di proporre classifiche su questioni e vicende complesse, spesso basate su indicatori parziali e, soprattutto,

interpretate in modo sbagliato: le classifiche servono per premiare i buoni e punire i cattivi. In moltissime occasioni, ma il discorso sarebbe lungo, le classifiche dovrebbero essere lette in un modo diverso: certo segnalare delle *best practice* (quando realmente ci sono a parità di punti di partenza delle eccellenze da additare ad esempio), ma spesso per aiutare gli ultimi a risalire. Gli ultimi quasi sempre nelle classifiche che misurano performance complesse non vanno puniti, ma aiutati, se non si vogliono allargare i solchi che dividono i primi dai secondi, accentuare i circoli viziosi del sottosviluppo e abdicare totalmente a quel principio di uguaglianza così spesso invocato. Ma sul principio di eguaglianza tornerò in sede di conclusioni.

Ho l'impressione che in Italia – e non è un caso che ho citato *il sole 24 ore* - da un po' di tempo a questa parte prevalga questo secondo modo di intendere e implementare il federalismo. Dirò subito, e senza usare circonlocuzioni inutili, che questa idea di federalismo concretizzandosi in leggi e atti amministrativi specifici, danneggia i deboli nei gruppi forti e, ancor di più, i deboli nei gruppi (comunità, paesi, aree territoriali) deboli, con buona pace del principio di uguaglianza.

Vorrei proporre tre riflessioni molto generali sull'organizzazione dei sistemi sanitari che mi portano a ritenere che la realizzazione del progetto federalista con riguardo al settore sanitario andrebbe fortemente rivisto per tener conto delle caratteristiche di questo settore produttivo e della rilevanza che esso ha rispetto ai diritti fondamentali dei cittadini.

1.1. 1ª riflessione. È bene partire da un'affermazione banale: le risorse economiche sono fattori rilevanti per la produzione di servizi di qualità anche nel settore sanitario. Infatti, se è vero che in nessun attività produttiva come in quella che ha a che fare con il benessere del corpo e della mente degli esseri umani, la qualità del servizio di cura offerto dipende soprattutto dalla qualità (e quantità) delle risorse umane impiegate, è altrettanto vero che le risorse materiali, economiche e finanziarie sono fondamentali. La disponibilità di professionisti e lavoratori a dedicare competenze, passione e impegno alla cura dei malati, infatti, non si avrà se mancano sufficienti risorse economiche, strumentali e se il sistema non offre adeguate garanzie di trasparenza ed efficacia dei percorsi organizzativi e amministrativi, nonché consapevolezza della necessità di un lavoro continuo sulle "motivazioni" degli operatori. Si è, infatti, in un ambito produttivo nel quale a competenze tecniche specifiche vanno associate attitudini psicologiche e valori etici da coltivare costantemente.

Il ruolo dell'etica non si discute, ma la scarsità di risorse economiche rende più difficile rispettare i "valori", mette gli operatori singoli di fronte

a scelte laceranti, fa apparire impossibile la programmazione. Sono limiti che alla lunga intaccano la capacità delle strutture sanitarie di offrire qualità anche quando si parte da situazioni di grande disponibilità e competenza degli operatori. So bene che ponendo le questioni nei termini ora detti tendo a far mia una prospettiva etica nella quale le virtù hanno una debolezza intrinseca e sono affidate non tanto all'intimo imperativo categorico di kantiana memoria, ma a quanto i contesti culturali e sociali premiano comportamenti virtuosi, ma confesso che questa prospettiva mi sembra decisamente più realistica e adatta a ragionare su assetti organizzativi ed esiti produttivi.

1.2. II^a riflessione. La sanità è uno dei luoghi delle nostre società contemporanee nei quali sono più evidenti i segni di processi spontanei per i quali vi è una netta distinzione di trattamento tra ricchi e poveri, colti e ignoranti e – a livello più macro – tra territori sviluppati e in via di sviluppo. Provo qui di seguito ad elencare schematicamente tre motivi che penso possano spiegare questa tendenza del mercato dei servizi sanitari a segnalare “dualismi” di vario genere.

Innanzitutto dobbiamo ricordare che l'ambito dei servizi di cura alla persona, soprattutto nell'area della sanità è attraversato da sistematiche asimmetrie informative tra produttore e consumatore e tutta una ricca letteratura economica ci insegna che vi è una tendenza perversa dal punto di vista del risultato, ma efficace in chiave di raggiungimento del *self-interest*, di chi possiede il vantaggio informativo a sfruttarlo per lucrare vantaggi maggiori. Nel caso del settore sanitario, quando questo vantaggio non si traduce in un vantaggio di tipo monetario, può comunque tradursi in un minore *effort* del produttore (medico, paramedico, etc) o in qualche altro tipo di vantaggio. Rispetto alle asimmetrie informative presenti negli scambi che avvengono in sanità, i ricchi, per usare categorie sociologiche che qualcuno vorrebbe superate, ma che continuano a spiegar bene certe gerarchie sociali, si sanno e si possono difendere meglio: essi innanzitutto soffrono di minori asimmetrie informative perché hanno (o possono acquistare) maggiori informazioni, detengono più strumenti e più risorse per esercitare un potere sanzionatorio una volta scoperto l'inganno.

Un secondo motivo che spiega le diverse opportunità di ricchi e poveri nel beneficiare di servizi sanitari concerne quel fenomeno che gli economisti chiamano delle preferenze miopi. Si hanno preferenze miopi quando non si riesce a tener presente gli effetti delle scelte di oggi sul benessere di domani. Gli economisti parlano di situazioni nelle quali il consumatore (l'agente economico) non è il miglior arbitro dei propri interessi perché non

riesce a guardare al di là del proprio naso e ad effettuare scelte coerenti con l'obiettivo di una massimizzazione intertemporale della propria funzione obiettivo. Il caso classico è quello della persona dipendente dall'alcol o da altre sostanze: affidare a lui le risorse perché scelga il modo migliore per disintossicarsi, finisce per aggravare la dipendenza perché sarà inevitabile che, quando riemergerà prepotente il bisogno, utilizzerà le risorse in più per consumare ulteriore alcol o una nuova dose di droga. Questo fenomeno, senza dilungarmi troppo nell'analisi delle sue caratteristiche teoriche e delle implicazioni di *policy* che conseguono, interessa tutti noi e forse in modo sempre più aggressivo nel mondo "liquido" di oggi: siamo, cioè, per certi versi tutti vittima di una miopia che ci impedisce di effettuare sempre le scelte migliori. La miopia del consumatore si contrasta in parte con l'istinto naturale di sopravvivenza, ma molto di più nel mondo di oggi con l'educazione, lo studio, la cultura, la riflessione e l'approfondimento. I "deboli", i poveri, hanno minore accesso a questi beni e sono perciò molto più esposti dei ricchi al fenomeno delle preferenze miopi. Quanto questo abbia impatto sulla domanda di servizi sanitari dovrebbe risultar chiaro: basti pensare all'impatto sulla salute dei fenomeni di dipendenza di cui si parlava in precedenza e al ruolo che rispetto ad essi hanno adeguate e tempestive strategie di intervento terapeutico.

La terza motivazione, l'ultima che propongo, ma non necessariamente l'ultima che potrebbe essere adottata, concerne le caratteristiche dei beni scambiati in sanità, le caratteristiche dei servizi sanitari. Dal punto di vista della teoria economica, in moltissimi casi si tratta di beni di lusso e ad alta intensità di ricerca. La prima caratteristica comporta che essi si producono solo quando il mercato li richiede e il mercato li richiede solo se il reddito supera una certa soglia: solo per redditi superiori alla soglia minima nasce una relazione diretta tra consumo e reddito. Il fatto, poi, che si tratti di beni ad alta intensità di ricerca fa sì che la loro produzione richieda alti (quando non altissimi) investimenti che hanno "ritorni" solo se si supera anche in questo caso una soglia minima. Quindi o ci sono investimenti rilevanti e, dall'altro lato, garanzie che il mercato richiederà beni di lusso, o il mercato non nasce proprio e i più fortunati importeranno dall'esterno questi beni di lusso (o si recheranno all'estero a consumarli) avvantaggiando le aree esterne di un flusso di domanda aggiuntiva. Ecco perché se i centri di produzione di servizi sanitari di alta qualità si concentrano al nord, si concentreranno sempre di più al nord e il sud si impoverirà sempre di più.

Rispetto a questa deriva che relegherebbe il Sud a ruoli marginali e limitati nell'erogazione di servizi sanitari e a "comprare" dal Nord tutto il resto, con indubbi sprechi di efficienza complessiva e aggravamento dei divari

tra poveri e ricchi sia in termini di aree geografiche che di gruppi sociali, mi sembra che dovrebbero essere rafforzati (e non eliminati tre argini) che possono orientare il fiume in piena: l'*argine del diritto*, l'*argine delle istituzioni*, l'*argine dell'etica*. Il diritto (i diritti umani) sono una risorsa di civiltà e vanno visti non come limiti all'efficienza dell'organizzazione sanitaria, ma come risorsa che, limitando in ambiti, come quello sanitario, il libero dispiegarsi delle passioni umane e dell'egoismo, consente di raggiungere traguardi migliori. È immediato il passaggio al ruolo delle istituzioni, soprattutto con riguardo alla funzione che esse possono esercitare in ordine alla perequazione delle opportunità, ad evitare che i meccanismi di causazione cumulativa che tendono a concentrare opportunità e risorse in poche mani, agiscano senz'alcun freno nell'economia e nella società e diffondendo il cancro dell'esasperato individualismo, colpiscano a morte la convivenza democratica. L'*argine dell'etica* è rappresentato da quell'insieme di regole deontologiche e di comportamento degli operatori del settore sanitario che, riconoscendo nella vita umana un valore insuperabile, impediscono a logiche meramente economiche di prendere il sopravvento accettando sempre e solo lo scambio salute-profitto.

1.3. III^a Riflessione. La terza riflessione è stata già anticipata in alcuni passaggi proposti in precedenza e concerne quel fenomeno che economisti non neoclassici hanno definito "processi di causazione cumulativa" per i quali, diversamente da quanto teorizzato dagli economisti ortodossi, i solchi tra chi cresce più velocemente e chi cresce più lentamente, tra chi ha di più e chi ha di meno, tendono, con il trascorrere del tempo e in assenza di politiche adeguate, ad accentuarsi e non a ridursi. Se le risorse per la sanità al Sud scarseggiano, saranno impiegate sempre peggio e tenderanno a scarseggiare sempre più, mentre al nord si producono circoli virtuosi che portano "chi ha ad avere sempre di più" e l'abbondanza conduce ad una maggiore efficienza nell'impiego delle risorse stesse. Da questo punto di vista i propugnatori del federalismo non possono non porsi il problema di come arginare questi fenomeni e non possono pensare che la soluzione la devono cercare i meridionali scegliendo una migliore classe politica perché il problema non è solo di classe politica, ma di meccanismi strutturali che selezionano soluzioni politiche e tecniche inadeguate. E la rimozione di meccanismi strutturali perversi non può essere affidata ai singoli, ma va richiesta alle istituzioni e *in primis* a quelle nazionali ed europee.

2. L'art. 3 della Costituzione italiana contiene una enunciazione limpida del principio di eguaglianza, nel primo comma, e dell'idea che alla Repub-

blica tocchi il compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale” che limitano di fatto “la libertà e l’eguaglianza dei cittadini”. Non entro nel dibattito sull’interpretazione di questo articolo, che peraltro non ho riportato per intero, ma provo a trarne spunto da economista appassionato alle teorie sulla libertà e l’uguaglianza di Amartya Sen: l’eguaglianza di cui parla la nostra vigente Costituzione va ricercata nello spazio delle *capabilities* (delle potenzialità, delle opportunità) e, cioè, è compito della repubblica evitare che per i cittadini del sud e del nord ci siano spazi diversi delle *capabilities* e, conseguentemente, possibilità differenti di esercitare la libertà di scegliere, sempre per usare parole di Sen, “la vita che si desidera”. Mi chiedo se il legislatore (o il governo) che oggi sta predisponendo gli strumenti tecnici con cui dare attuazione al federalismo in sanità abbia in mente il secondo comma dell’art. 3 della nostra Carta Fondamentale o sia mosso da un principio diametralmente opposto per cui, in presenza di tendenze spontanee del sistema a generare divari tra ricchi e poveri, compito della Repubblica sia di non intromettersi, ma di lasciar fare a queste forze.

ETTORE JORIO

IL FEDERALISMO FISCALE E L'ASSISTENZA SOCIO-SANITARIA AI SOGGETTI DEBOLI. (UNA ECCEZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ)

1. Uno dei temi più preoccupanti con il quale il cosiddetto federalismo fiscale deve fare necessariamente i conti è l'esigibilità dei diritti da parte dei soggetti deboli.

Proprio per questo diventa opportuno porsi due interrogativi:

- a) di cosa hanno bisogno i soggetti deboli in termini assistenziali, peraltro in crescita esponenziale, attesi i sensibili fattori di incremento delle povertà?
- b) cosa garantirà, al riguardo, l'attuazione del federalismo fiscale a regime?

Alla prima domanda, viene spontaneo rispondere che i soggetti deboli hanno bisogno di una assistenza la più integrata possibile. Quella comprensiva di ogni intervento di tipo assistenziale che, proprio per questo motivo, possa utilmente incidere nella prevenzione reale dei disagi e delle malattie psicofisiche, nonché succedere ad ogni patologia, attraverso idonei percorsi riabilitativi, finalizzati anche a riportare ad economia produttiva i soggetti colpiti dagli eventi morbosi.

Alla seconda, diventa naturale rispondere che le cose rimarranno tali e quali, in quanto il decreto legislativo attuativo sui costi *standard* nel settore sanitario, più direttamente interessato alla odierna problematica (e ancora in stato di "manutenzione parlamentare"), nulla aggiunge e migliora rispetto alla attuale situazione. Quindi, le cose andranno bene per il nord e peggio - come sempre - per il sud, se non sarà in grado di dotarsi di quella classe dirigente capace di sopportare i pesi organizzativi cui è condizionato l'esordio e l'esito a regime del federalismo fiscale.

Primo fra tutti, occorrerà al Mezzogiorno la sana consapevolezza di dovere affrontare e risolvere con la dovuta conoscenza i problemi di sempre. Ciò in quanto rimarranno, in linea di massima, pressoché uguali le unità di misura su cui si basa il nuovo sistema di finanza pubblica, seppure utilizzate con denominazioni diverse e con ovvie e naturali differenzazioni¹. In buona

1 M. BORDIGNON, N. DIRINDIN, *Costi standard: nome nuovo per vecchi metodi*, in www.lavoce.info, 2010.

sostanza, la determinazione economica del fabbisogno *standard*, inteso come fabbisogno sanitario nazionale, altro non è che il prodotto letteralmente riciclato di quanto già in vigore da tempo e individuabile nella metodologia sistemica che vede al centro il fondo sanitario nazionale da ripartire per le singole regioni. Dunque, una conferma di quanto c'è già, in quanto, per come definito da una autorevole dottrina², esso è rappresentato dal risultato aritmetico, ove il fattore popolazione ponderata va moltiplicato per la quantità delle prestazioni *pro-capite standard* e, quindi, moltiplicato per costo *standard* delle diverse prestazioni. La medesima cosa accade per quest'ultimo (il costo *standard*) che, in buona sostanza, rappresenta l'emulo, quasi una meno comprensibile imitazione, della quota *pro-capite* pesata ovvero ponderata per età della popolazione destinataria, predeterminata e corretta tenendo conto, a base del calcolo, di quanto realizzato quali-quantitativamente dalle regioni migliori, sotto il profilo produttivo, da usare come *benchmark*.

Per il resto, la legge di delegazione n. 42/09 lascia, in termini assistenziali, le cose così come sono, con l'assistenza sanitaria da una parte e quella sociale dall'altra, anzi le divide ulteriormente, piuttosto che renderle reciprocamente funzionali, attraverso un rinnovato processo di reale integrazione.

Con una tale opzione, il legislatore delegante ha trascurato o, meglio, ha sottovalutato - allo stesso modo di come sta facendo con l'approvazione del Codice delle Autonomie in rapporto all'individuazione e al finanziamento delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane - la ineludibilità della equazione che il corretto funzionamento del sistema Repubblica sta alla riforma della finanza pubblica e del sistema tributario come il federalismo fiscale sta all'esigenza di realizzare una riforma complessiva delle prestazioni/servizi essenziali, afferenti i diritti civili e fiscali, garante dell'unità nazionale.

Una esigenza, questa, non affatto trascurabile per non incidere negativamente sullo *status quo* erogativo del Servizio sanitario nazionale, che si ha, anzi, il dovere di migliorare rinunciando, prioritariamente, a provvedimenti finalizzati a dividere il Paese e, con esso, a frantumare la filiera interregionale dei livelli essenziali delle prestazioni e dei servizi.

Ha scritto bene Amato³, nell'anticipare il Rapporto annuale 2010 di *Italiadecide*, dedicato alla tutela del nuovo modo di concepire l'unità nazio-

2 C. DE VINCENTI, *Federalismo, regioni e sanità*, Democratica - Amministrare il welfare locale: cosa cambia con il federalismo?, Roma, 1 ottobre 2010.

3 G. AMATO, *Federalismo sì, ma stato forte*, editoriale in *IISole24Ore*, 14 novembre 2010.

nale. Quell'unità del Paese che non può prescindere da regole uniformi, che assicurino altrettanto uniformi prestazioni e/o servizi. Un obiettivo che male si concilia con gli strumenti in circolazione di governo e di riordino della spesa non coordinati tra loro, funzionali a dividere sempre di più ciò che bisognerebbe, di contro, unire, soprattutto in termini di esigibilità dei diritti civili e sociali. Un *handicap* che inciderà negativamente anche nella doverosa ricerca della soluzione alle precarie economie pubbliche da esibire all'esame istituzionale di livello comunitario, reso sempre più complicato all'indomani degli accaduti che hanno coinvolto la Grecia e l'Irlanda e che coinvolgeranno, verosimilmente, altri Paesi.

In buona sostanza, occorrerebbe, diversamente da come si sta invece facendo, non lacerare le reti, non segmentarle più di quanto lo siano già per loro conto, nel caso di specie quella dell'assistenza sanitaria. Un ambito assunto sotto tutela da *Italiadecide*, che lo ha individuato nei temi assegnati ai gruppi di ricerca, prevedendone uno appositamente destinato allo studio della "rete della sanità" (che sarebbe preferibile estendere all'assistenza socio-sanitaria), affidato alle cure scientifiche di Massimo Luciani.

2. Fatte queste premesse, occorre approfondire l'esame della legge n. 42 del 5 maggio 2009 e, conseguentemente, della lettera dello schema del decreto attuativo che reca, tra l'altro, la disciplina della perequazione e quella sui costi/fabbisogni *standard*, approvato in via preliminare dal Governo nella seduta del 7 ottobre scorso⁴.

L'analisi primaria riguarda, ovviamente, la loro conformità al dettato costituzionale, rinviando alle successive conclusioni di puntualizzare una eccezione in tal senso, differendo ad altra occasione l'approfondimento su altra verosimile violazione costituzionale, già attentamente rilevata⁵, rinvenibile nella mancata integrale copertura finanziaria delle funzioni degli enti locali, a prescindere da quelle fondamentali.

In termini di assistenza sanitaria in senso stretto la legge 42/09 e l'anzidetto schema di decreto attuativo ossequiano le prescrizioni costituzionali,

4 E. BUGLIONE, E. JORIO, *Schema di "Decreto legislativo in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario*, in A. Ferrara, G.M. Salerno (a cura di), *Il "federalismo fiscale"*, Commento alla legge n. 42 del 2009, (ristampa aggiornata), Napoli, 2010.

5 S. GAMBINO, *Federalismo fiscale e diritti di cittadinanza: rapporti problematici fra principio di eguaglianza e principio di autonomia*, in A. Cerri, G. Galeotti, P. Stancati (a cura di), *Federalismo fiscale tra diritto ed economia. Scenario e prospettive*, Roma, 2010.

quelle che sanciscono l'esigibilità dei Lep afferenti i diritti sociali (sanità *in primis*) sull'intero territorio nazionale, in quanto ne prevedono la copertura perequativa al 100%, in armonia alle tutele costituzionali, rinvenibili nel combinato disposto degli artt. 32, 117, secondo comma, lettera *m*, 119, (terzo e quarto comma) e 120, secondo comma.

Diversamente avviene in materia di assistenza integrata, quella che occorre rendere, come detto, maggiormente esigibile in favore dei soggetti deboli. Quei soggetti che per il loro naturale *status* anagrafico e/o di rifugiato, ovvero perché condizionati da circostanze giudiziarie negative oppure da particolari patologie più o meno invalidanti, non riuscirebbero a sopportare le loro peculiari e difficili condizioni di vita se non attraverso la puntuale erogazione in loro favore di una assistenza socio-sanitaria all'uopo dedicata. In realtà, la legge 42/09 non l'ha tenuta nel dovuto conto e, quindi, l'ha sottovalutata, tanto da non risolvere lo storico problema del suo finanziamento differenziato, che ha costituito, da sempre, il suo punto debole sul piano realizzativo.

Nel particolare, l'insieme assistenziale socio-sanitario gode, generalmente, di un finanziamento bicefalo:

- a) quanto alle prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, lo stesso è da sempre destinato dallo Stato in favore delle regioni, attraverso il redivivo Fondo sanitario nazionale, così come quelle definite "ad elevata integrazione sanitaria";
- b) quanto a quelle sociali a rilevanza sanitaria esso è destinato, invece, ai comuni, attraverso un canale di finanziamento funzionalmente ripartito a più livelli istituzionali.

In relazione all'efficacia del suo intervento, da misurarsi sulla portata reale delle prestazioni relative, si è consolidato negli anni, soprattutto a causa dell'anzidetta modalità della distribuzione delle risorse, un sistema assistenziale integrato che ha funzionato poco e male. Lo stesso ha, infatti, determinato una disegualianza sostanziale e una disarmonia sotto il profilo dell'esigibilità delle prestazioni sociosanitarie, fino ad oggi garantite ai cittadini a seconda della sensibilità delle loro diverse regioni di appartenenza, estrinsecata da alcune, sotto il profilo legislativo e programmatico, e assolutamente trascurata da altre⁶.

Con le attuali previsioni, contenute nella legge di delegazione in materia di federalismo fiscale, le cose non andranno meglio, e non solo a causa

6 E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2005-2006; R. MAGGIAN, *I servizi socio-assistenziali*, Roma, 2004; D. CORRÀ, *I servizi socio-assistenziali dei comuni*, Rimini, 2002.

delle incertezze che incombono sulla valorizzazione dei costi *standard* relativi, ma soprattutto perché essa lascia integro il sistema che c'è, fratturato nella sua dinamicità, produttiva delle relative prestazioni assistenziali. Ciò in quanto l'anzidetta legge delega, attuativa del novellato art. 119 della Costituzione, sembra non avere tenuto nel giusto conto la indispensabilità di rafforzare la rete dell'assistenza socio-sanitaria nella parte in cui disegna l'impianto redistributivo delle risorse solidali in favore dei "territori a minore capacità fiscale per abitante". Una disattenzione legislativa riparabile, in via definitiva, attraverso una eventuale e provvidenziale modifica dell'attuale testo normativo ovvero, nel frattempo, attraverso una parziale attuazione dell'esercizio della delega parlamentare - che sembrerebbe perseguibile sotto il profilo costituzionale - utile a riassumere, ancorché temporaneamente, in un unico sistema perequativo il finanziamento dell'assistenza in senso lato.

3. Cosa avrebbero potuto fare altrimenti la legge 42/09 e i suoi decreti delegati, direttamente incidenti sull'assistenza socio-sanitaria?

Intanto avrebbero dovuto legiferare, nell'ottica di realizzare, esplicitando al riguardo una apposita delega, un sistema integrato dei servizi sociali e sanitari, prendendo atto della conclamata insufficienza dell'art. 3 *septies* della vigente lettera del decreto legislativo n. 502/92 - relazionato all'art. 3, terzo comma, del medesimo provvedimento - a rendere efficiente e ovunque godibile l'integrazione socio-sanitaria. Insomma avrebbero potuto porre rimedio a quella combinata disciplina legislativa che non si è resa, negli anni, affatto garante di una armonica e diffusa erogazione - raramente realizzata - delle prestazioni sociali a rilevanza sanitaria da assicurarsi a cura dei servizi sanitari regionali, esclusivamente in presenza di apposite deleghe rilasciate alle singole aziende della salute, competenti per territorio, da parte dei comuni, istituzionalmente obbligati alla loro erogazione in favore dei residenti. Un tale *handicap* organizzativo si è verificato a causa della condizione, quasi impossibile a realizzarsi, di accesso ad un siffatto percorso erogativo, che lo ha reso per anni praticabile solo in presenza della relativa disponibilità finanziaria per cassa - garantita dai comuni deleganti il loro compito al sistema sanitario delegato, rappresentato dalle aziende sanitarie locali competenti - cui il detto art. 3, terzo comma, dell'attuale testo del d.lgs. 502/92 subordina l'anzidetto intervento sostitutivo⁷.

7 B. BARONI, *Linee evolutive dell'integrazione fra servizi socio-sanitari*, in E. Balboni, B. Baroni, A. Mattioni, G. Pastori (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007.

E dire che la diffusa e indiscutibile valutazione critica degli accaduti avrebbe dovuto naturalmente indurre il legislatore di delegazione ad affrontare il problema, nel senso di risolverlo. Invero, così non è stato, e il detto *deficit* di funzionamento è stato dal medesimo trascurato, allo stesso modo di come non sia stato stranamente stigmatizzato dagli enti locali - coinvolti *ad hoc* nelle intervenute audizioni concertative, propedeutiche a definire la disciplina attuativa dell'art. 119 Cost. - nonostante che gli stessi fossero stati (e ancora siano) soventemente impediti nell'assicurare alla loro particolare utenza le relative prestazioni assistenziali socio-sanitarie. Un inadempimento, quest'ultimo, verificatosi per lo più a causa della penuria delle risorse relative, in alcuni casi ovviata attraverso le economie di scala realizzate mediante il ricorso all'esercizio consorziato o associato dei riferiti compiti istituzionali.

4. La legge di delegazione avrebbe potuto, quindi, porre definitivamente le basi per:

- riparare i difetti organizzativi derivanti dall'attuale godimento delle prestazioni socio-assistenziali rese a macchia di leopardo, garantite ad esclusiva cura delle regioni più sensibili a legiferare in senso favorevole, ma anche di quei comuni accorti ad utilizzare al meglio le risorse da destinare allo scopo, negli ambiti definiti dalle loro leggi regionali;
- rivedere, attraverso previsioni legislative, il sistema dell'assegnazione delle risorse complessive, sì da rendere funzionante un unico sistema erogativo di prestazioni socio-sanitarie, sino ad oggi "assicurato" da un atto di indirizzo e coordinamento governativo, al quale è rinviato il compito di fissare i criteri di finanziamento delle prestazioni da rendere ai cittadini a cura del binomio istituzionale asl-comuni;
- impedire la perdurante separatezza dell'assistenza sociale dal globale contesto salutare.

Il tutto finalizzato a creare un asse assistenziale monolitico comuni-regione, fondato sulla base di un insieme finanziario, funzionale a realizzare una unicità e una uniformità erogativa di *species* complessiva.

5. A siffatti inconvenienti avrebbe, invero, già potuto rimediare la collaborazione, mancata in tale senso, del legislatore di revisione costituzionale del 2001 che ha, invece, fratturato le competenze legislative tra sanità e sociale, facendo residuare la seconda nella competenza esclusiva delle regioni. Un modo che, in assenza, peraltro, della definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale da parte dello Stato non ha per nulla contribuito ad edificare il necessario insieme assistenziale.

Una diversa opzione costituzionale avrebbe potuto, difatti, imporre una maggiore puntualità nel legiferare da parte dello Stato e delle regioni, sino ad oggi non rispettata a tal punto da avere costituito la causa principale di ritardi segnatamente pregiudizievoli per lo spessore concreto dell'assistenza in senso lato.

Quanto appena evidenziato ha determinato:

- da parte dello Stato:
 - a) un imperdonabile ritardo nel mantenere vigenti *Lea* obsoleti, vecchi di oltre dieci anni, in quanto tali certamente non corrispondenti alle più attuali esigenze salutari collettive, con il conseguente vizio di garantire coperture finanziarie inadeguate ai bisogni di salute via via sopravvenuti;
 - b) la mancata determinazione, a mente dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), dei cosiddetti *Leps* e *Liveas*, sì da integrare organicamente la portata dell'assistenza complessiva ai cittadini⁸;
- da parte di molte regioni, la inadeguatezza a legiferare in modo coordinato, nel senso che le medesime non hanno affatto collaborato tra loro nel predisporre una legislazione utile a realizzare una corretta e uniforme filiera assistenziale integrata. Ciò è anche accaduto perché le stesse regioni si sono, spesso e volentieri, distratte colpevolmente dal tema specifico ovvero impegnate in assurde logiche competitive e concorrenziali, strumentali a rendersi percettrici autonome di ingenti proventi aggiuntivi da perseguire attraverso il ricorso alla mobilità attiva, assicurata loro dalle regioni divenute i loro "migliori clienti", più o meno incidentalmente. Un modo, questo, che ha privilegiato il formarsi del cosiddetto turismo salutare, incentivato a discapito delle regioni più deboli, sia sul piano della loro efficienza che su quello delle loro risorse disponibili⁹.

6. Riassumendo, cosa ha fatto sul tema specifico la legge di delegazione (42/09) in materia di federalismo fiscale?

- a) ha mantenuto il tutto com'è, individuando le spese riconducibili al vincolo dell'art. 117, secondo comma, lettera *m* (quindi anche afferenti il sociale), come finanziabili attraverso i costi *standard*;
- b) ha stimolato l'approvazione di un decreto attuativo, oggi in corso di manutenzione parlamentare, destinato a determinare i costi e i fabbisogni *standard* afferenti esclusivamente il settore sanitario;

8 E. BALBONI, *Il concetto di livelli essenziali e uniformi come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2001.

9 E. JORIO, *Diritto dell'assistenza sociale*, Milano, 2006.

c) ha spalmato su due diversi livelli perequativi, con la ulteriore collaborazione di altrettanti decreti delegati, l'individuazione del percorso per pervenire alla quantificazione dei finanziamenti necessari a garantire l'assistenza socio-sanitaria.

Più esattamente:

- con il primo decreto delegato, oramai in corso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dopo l'approvazione del Governo intervenuta il 18 novembre 2010, l'assistenza sociale è stata individuata tra le funzioni fondamentali dei comuni da coprire attraverso la determinazione dei fabbisogni *standard*. Ciò "in acconto" alla Carta delle Autonomie, ad oggi vittima di incomprensibili ritardi registrati nell'esame parlamentare;
- con l'altro, ancora da predisporre e sottoporre all'esame preliminare del Governo, destinato a definire funzionalmente il percorso attraverso il quale determinare i costi *standard* afferenti la copertura della spesa riguardante l'assistenza sociale, in armonia a quanto sancito dal suo art. 8, primo comma, lettera *a*), punto 1, in attuazione della pretesa costituzionale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *m*).

A ben vedere, la legge di delegazione n. 42/09 ha sostanzialmente disatteso la sua *mission* di risolvere, nella contemporaneità, lo storico difetto di funzionalità del sistema specifico, responsabile di una assistenza divisa nei suoi finanziamenti e, in quanto tale, divenuta molto onerosa e produttiva di risultati alquanto mediocri, a causa soprattutto della naturale polverizzazione delle relative risorse.

L'anzidetta legge, come detto, avrebbe dovuto, al contrario di come ha invece fatto, incentivare il realizzarsi di un insieme assistenziale, favorendo così una programmazione e un finanziamento, entrambi i più unitari possibili, strumentali anche ad imporre, come naturale conseguenza, l'elaborazione e l'esecuzione dei piani di rientro, di contro votati al risparmio a prescindere. Un diverso approccio, questo, che sarebbe stato utile a stimolare la più celere individuazione legislativa dei livelli unitari e globali e, quindi, ad ampio spettro assistenziale. Una tale opzione normativa avrebbe incentivato la riforma più complessiva del *welfare* assistenziale da spendere per il buon esito del federalismo fiscale, nel rispetto dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*) della Costituzione che prevede per i Lea e i Leps/Liveas un tutt'uno inscindibile, da garantire uniformemente su tutto il territorio nazionale. Avrebbe, altresì, portato a soluzione molte delle più attuali contraddizioni, a cominciare dall'attuale indiretta incentivazione della spedalizzazione dell'anziano, creando così i presupposti legislativi per realizzare una politica votata al contenimento dei costi pubblici.

7. Concludendo, è appena il caso di sottolineare, nel dettaglio, la già anticipata eccezione di incostituzionalità rilevata su una opzione legislativa sancita nella legge n. 42/09 e confermata nella lettera dello schema di decreto attuativo “in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e fabbisogni standard nel settore sanitario”, ancora *in itinere*.

Essa riguarda la intervenuta moltiplicazione dei fondi perequativi, rispetto alle previsioni costituzionali¹⁰.

In buona sostanza, il legislatore di attuazione dell'art. 119 ha ritenuto di scomporre e raddoppiare (artt. 9 e 13 della 42/09, nonché artt. 11 e 19 del richiamato schema di d.lgs.) il fondo perequativo statale, individuato dalla novellata Costituzione, e finalizzarne le risorse, quasi a volerle vincolare per materia e destinatari istituzionali.

Non solo, ha anche istituito altri due fondi perequativi di secondo livello (art. 13 della 42/09 e art. 19 dello schema di d.lgs.) da insediare nei bilanci regionali, uno per i comuni e l'altro per le province e città metropolitane, accentuando, in questo modo, la sua volontà di perseguire la separatezza piuttosto che l'unità della rete assistenziale, indispensabile per rendere monolitico il Paese.

Con tutto questo si è, sostanzialmente, mantenuto diviso ciò che occorreva, invece, unire sino a fonderlo, ponendo, tra l'altro, le basi per una sorta di corto circuito del sistema redistributivo solidale, sia in termini di procacciamento delle fonti finanziarie fiscali che di destinazione finale delle risorse perequative.

A fronte, infatti, del fondo perequativo statale, di cui all'art. 9, destinato alla sanità regionale, la legge 42/09 ne ha individuato un altro nel successivo art. 13, anch'esso nazionale. Quest'ultimo da rendersi operativo attraverso due ulteriori fondi *sub*-statali, da istituire nel bilancio delle regioni, ovviamente con apposite leggi, di cui uno per i comuni e l'altro per le province e città metropolitane ricadenti nei loro territori.

È di tutta evidenza che le previsioni attuative dell'art. 119 della Carta sconvolgono il dettato costituzionale che affida ad un (unico) fondo perequativo, senza alcun vincolo di destinazione, la redistribuzione solidale verticale da attribuire ai territori con minore capacità fiscale per abitante.

10 E. JORIO, S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Il federalismo fiscale, Commento articolo per articolo alla legge 5 maggio 2009, 42*, Rimini, 2009; E. JORIO, *Attuazione del federalismo fiscale per Regioni, Enti locali, Sanità*, con il commento al ddl delega del governo Prodi del 3 agosto 2007, Rimini, 2007.

La prescrizione normativa di attuazione, analizzata nella sua interezza (quindi, ivi compreso lo schema di decreto delegato, ancora all'esame parlamentare), sovrascrive, dunque, la portata del dettato costituzionale, "arricchendola", oltre ogni misura, di "numerosi" fondi perequativi. Una siffatta previsione aggiunge, infatti, un fondo statale in più rispetto a quello in esso previsto e istituisce, nel bilancio, delle regioni gli anzidetti altri due fondi perequativi, destinati agli enti locali di loro competenza. Ne insedia, quindi, quattro, a fronte dell'unico previsto dalla Carta fondamentale.

Di primo acchito, tale opzione legislativa, di prevedere una pluralità di fondi perequativi nell'ordinamento, piuttosto che limitare l'esistenza a quello (unico) costituzionalmente previsto, appare sintomatica di un comprensibile disagio nell'individuare una formula dinamica alternativa, idonea a individuare e circoscrivere altrimenti il "territorio con minore capacità fiscale per abitante", cui fare pervenire concretamente le risorse perequative. Ciò in rigida e doverosa armonia con quanto sancito dalla Costituzione che, al comma terzo dell'art. 119, individua - come detto - l'esistenza di un unico fondo perequativo, in quanto tale senza alcun vincolo di destinazione, attraverso il quale soddisfare l'esigenza di incrementare le risorse "proprie" delle regioni di quanto necessario per "finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite".

Pertanto, la scelta effettuata dal legislatore di attuazione "violenta" letteralmente il dettato della Carta, legittimando ragionevoli eccezioni di incostituzionalità, in relazione ai commi terzo e quarto del novellato art. 119 della Costituzione. Una opzione, questa, che peraltro non concorre a fornire quella immagine unitaria della finanza pubblica, individuata nella *ratio* del revisore costituzionale del 2001, tanto da rendere difficile il conseguimento del principale obiettivo della legge attuativa del federalismo fiscale. Invero, essa contribuirà a segmentarla quanto di più non si potrebbe e, con questo, impedirà il crearsi dell'unicità della filiera delle prestazioni/servizi, afferenti i diritti civili e sociali, da rendere ai cittadini in stretto regime di collaborazione istituzionale, del tipo - per l'appunto - l'assistenza socio-sanitaria.

I difetti, non di rilevanza costituzionale (ovvero, per alcuni aspetti sarebbero da considerarsi *borderline*), che la combinata legislazione di attuazione presenta in rapporto alla scelta di formalizzare i necessari decreti attuativi, riguardano invece:

- a) la decisione di prevedere le regole di determinazione dei costi *standard* sanitari con un apposito decreto *ad hoc* e non già di fissarli unitamente al sociale, nonostante la loro stretta e ineludibile correlazione. Un modo,

questo, dimostrativo della volontà di fratturare ideologicamente l'insieme;

- b) la previsione di finanziare il settore sociale, per come avvenuto nel decreto attuativo in corso di pubblicazione (art. 2, primo comma, punto 6), afferente le funzioni fondamentali degli enti locali, attraverso i fabbisogni *standard*, quale indicatore per stabilire il prezzo giusto dei servizi relativi alle funzioni fondamentali da esercitare a cura dei comuni.

Rimangono, da ultimo, le colpevoli dimenticanze, ovvero sia le sottovalutazioni delle quali il legislatore delegato si sta via via rendendo responsabile.

Esse riguardano:

- il debito pregresso miliardario della sanità, nei confronti del quale non è rilevabile alcuna soluzione, fosse anche indiretta. Un problema rilevante che dovrà necessariamente essere risolto, magari utilizzando una perequazione straordinaria ovvero incrementando i costi *standard* di un *quantum* sufficiente a sopportare gli oneri di ammortamento, altrimenti non sostenibili;
- la mancata previsione metodologica per sopperire al bisogno differenziato di infrastrutture - non ritenendo in questo sufficiente quanto disposto nell'art. 22 della 42/09 - che, se non equamente soddisfatta, genererà una significativa e ulteriore asimmetria delle regioni al nostro di partenza del federalismo fiscale, in barba alla parità teorica che sta alla base del concepimento del costo *standard*.

LA SALUTE DEL DETENUTO

MARCO RUOTOLO
SALUTE E CARCERE

1. *Il corpo incarcerato*

“L’aria mi manca, i miei polmoni restano schiacciati in fondo al torace ... sono loro a subire di più la reclusione”¹.

È quanto afferma un detenuto in un passo di un’intervista riportata nel libro di Gonin, medico penitenziario francese, intitolato *Il corpo incarcerato*. Come scrive Gonin, “l’aria che manca, viene meno, è il triste simbolo della privazione della libertà”². È il sintomo, più evidente, di quella sofferenza inerente la detenzione alla quale si riferisce l’attuale art. 102, comma 2, delle Regole penitenziarie del Consiglio d’Europa³, nel quale si legge appunto che “poiché la privazione della libertà costituisce una punizione in sé, il regime dei condannati non deve aggravare le sofferenze inerenti la detenzione”.

Obiettivo, quest’ultimo, che impone un assoluto rispetto del “corpo incarcerato” ovvero, se si vuole, della integrità psico-fisica del detenuto. Obiettivo che trova pieno riscontro anche nelle prescrizioni della nostra Costituzione e di importanti documenti internazionali che consentono di enucleare il c.d. principio di umanizzazione della pena, come principio cardine dell’esecuzione penitenziaria⁴.

Salvo poi a rilevare lo iato tra i principi che governano la disciplina sull’esecuzione della pena carceraria e la effettività della condizione detentiva, la tendenza alla rinnegazione pratica degli stessi, ritenuta da Franco

1 D. GONIN, *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, Paris, 1991, tr. it. di E. Gallo, *Il corpo incarcerato*, Torino, 1994, 19. Le citazioni si riferiscono all’edizione italiana.

2 D. GONIN, *loc. ult. cit.*

3 Consiglio d’Europa – Comitato dei Ministri, Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee.

4 Sia consentito rinviare a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002 (specie 36 ss. per indicazioni sulla normativa sopranazionale), nonché a Id., *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, in *Dir. e soc.*, 2005, 51 ss.

Bricola addirittura connaturale ad un tipo di normativa qual è quella penitenziaria, che costituisce “uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l’illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme”⁵.

Stando ai principi, il carcere, luogo della reclusione, dovrebbe connotarsi come luogo della umanizzazione, della risocializzazione, del reinserimento sociale. Dovrebbe assumere il connotato fondamentale di luogo della legalità, nel quale possano esercitarsi tutti i diritti riconosciuti e garantiti all’uomo in quanto tale che non si rivelino incompatibili con le esigenze della vita carceraria. Diritti la cui possibilità di esercizio, consentendo l’espansione della personalità individuale del detenuto, dovrebbe anzi essere particolarmente garantita, anche in quanto funzionale allo stesso processo di rieducazione costituzionalmente imposto con riferimento alla pena⁶. Come ha detto, infatti, la Corte costituzionale nella nota sent. n. 349 del 1993, “chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un *residuo*, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale”.

Ma – ecco il punto – possiamo oggi dire che questo prezioso ambito, icasticamente identificabile con quello dei “residui di libertà” del detenuto, sia effettivamente protetto? Che, con più specifico riguardo al nostro tema, il carcere abbia perso il carattere di “istituzione totale patogena”? Vent’anni fa, Gonin aveva analiticamente descritto i mali che colpiscono il corpo recluso, fornendo peraltro spunti importanti in ordine alla direzione che avrebbe dovuto assumere la riforma della medicina penitenziaria, tra i quali l’auspicato passaggio della “sua collocazione in seno alla sanità e non alla giustizia”⁷, approdo al quale, come vedremo, solo di recente siamo pervenuti in Italia. Di là dalla specifica “ricetta”, l’auspicio più generale riguardava il mutamento di prospettiva nella considerazione del ruolo del medico da parte della stessa amministrazione penitenziaria. “La medicina

5 F. BRICOLA, *Introduzione a Il carcere “riformato”*, a cura di F. Bricola, Bologna, 1977, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, 1227.

6 Mi pare molto convincente il rilievo di L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, 240 s., secondo cui “conservare e rispettare i diritti del cittadino-detenuto non è né una concessione né una stravaganza, ma un dovere. Nella prassi, invece, è un’eccezione. Eppure, il carcere che rispetta i diritti – sia prima della condanna che durante l’esecuzione della pena – è l’unico terreno possibile per far camminare la rieducazione”.

7 D. GONIN, *op. cit.*, 226.

penitenziaria – scriveva Gonin – occupa in prigione ancora il posto di uno strapuntino... La salute è difficile da conservare in questi luoghi, il medico vi deve consacrare del tempo e disporre di mezzi specifici sufficienti”⁸. Molte pagine prima, Gonin sottolinea come spesso il medico penitenziario si senta ripetere la seguente frase: “Dottore voi non avete il ruolo di un direttore dell’ospedale, questa è una prigione!”⁹. Non solo “le cure in prigione, anche se accettate, non rappresentano certo la vocazione dell’amministrazione penitenziaria”¹⁰, ma, ancor più amaramente, “si è portati a credere che la presenza di un servizio medico, in prigione, sia per l’istituzione l’alibi che concede di perseguire, nei confronti dei detenuti, unicamente una missione repressiva e di esclusione”¹¹.

Non è forse così ancora oggi? Non basta il passaggio della medicina penitenziaria dal controllo del Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale, i cui “benefici effetti”, ancora attesi, sono peraltro legati alla predisposizione di adeguati stanziamenti per il personale e per la realizzazione di strutture. Serve un mutamento più generale di prospettiva – auspicato dallo stesso Gonin – che consenta di almeno attenuare il carattere “patogeno” del carcere. È quanto emerge – a venti anni di distanza – da un altro analitico lavoro sulla condizione detentiva, questa volta realizzato dal direttore di un carcere e da una giornalista, nel quale si afferma che “l’insostenibilità del carcere fa ammalare anche chi è in buona salute. Non a caso la prigione è l’unico luogo in cui si apre una cartella clinica a una persona sana, che non è malata ma che probabilmente lo diventerà. Se la salute è un diritto fondamentale – e lo è – il carcere non può essere un posto in cui ci si ammala. È una contraddizione in termini”¹².

Non si deve pensare che sia patogeno soltanto il carcere dove non siano garantite le cure ai detenuti, in quanto, come ancora sottolineato nel recente libro appena richiamato di Lucia Castellano e Donatella Stasio, “è patogeno, e persino criminogeno, anche il carcere che non garantisce una giornata detentiva scandita da attività significative”¹³. Si dice che l’ozio è il padre dei vizi, ebbene in carcere l’“ozio forzato” rischia di essere riempito con attività (bische, scommesse, traffici vari) che poco hanno a che fare con la rieducazione.

8 D. GONIN, *loc. ult. cit.*

9 D. GONIN, *op. cit.*, 74.

10 D. GONIN, *loc. ult. cit.*

11 D. GONIN, *op. cit.*, 75.

12 L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi*, cit., 243.

13 L. CASTELLANO, D. STASIO, *loc. ult. cit.*

Credo che di tutto ciò si debba tener conto per impostare un discorso non troppo astratto sul carcere, sui diritti dei detenuti e quindi anche sulla tematica della salute. Mai come in questo campo al giurista non basta conoscere e saper leggere le norme, non basta confrontarsi con le riflessioni della dottrina giuridica. Occorre confrontarsi anche con le opere non giuridiche e soprattutto con coloro che sono attivamente impegnati a diverso titolo nel carcere.

Con questa consapevolezza, che vale anche come riconoscimento della inevitabile limitatezza di qualsiasi analisi eminentemente giuridica in argomento, mi accingo a trattare il tema assegnatomi cercando di cogliere, almeno nelle conclusioni, gli aspetti che sono di maggior interesse per il costituzionalista. Non senza aver prima ringraziato gli organizzatori di questo Convegno che, come dimostra la diversa provenienza dei relatori, appare ispirato proprio dall'esigenza di mantenere aperto e rafforzare il dialogo tra cultori di discipline diverse.

Il mio contributo è anzitutto rivolto a fornire sintetiche indicazioni sulla normativa passata e presente riguardante la salute in carcere, per poi passare a delineare quali siano le maggiori criticità riscontrabili alla luce dei principi costituzionali ed, eventualmente, quali siano possibili interventi migliorativi. Dal punto di vista normativo mi interessa, dunque, far emergere, rispetto al nostro tema: a) *ciò che è stato* ovvero come è stato normativamente affrontato il tema prima delle recenti riforme; b) *ciò che è* ovvero quali siano i punti essenziali dell'attuale disciplina; c) *ciò che non dovrebbe essere* ovvero quali siano le situazioni normative o più spesso le situazioni di fatto incompatibili con i principi costituzionali. Quest'ultimo punto potrà anche permettere qualche, forse presuntuosa, riflessione su *ciò che dovrebbe essere* ovvero su quali potrebbero essere interventi utili per una più completa attuazione del dettato costituzionale.

2. Salute e carcere: a) *ciò che è stato*

Nel descrivere “ciò che è stato” pongo come *dies a quo* l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Prima di essa, infatti, risultava piuttosto difficile parlare di diritti dei detenuti, essendo il sistema di esecuzione della pena informato ad uno spirito esclusivamente afflittivo ben esemplato dal Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena del 1931 (R.D. n. 787 del 1931).

Peraltro la svolta politico-culturale segnata dall'affermazione del principio costituzionale di umanizzazione della pena tardò ad affermarsi non

trovando terreno fertile in un contesto normativo che segnava la condizione del recluso nei termini di separazione-segregazione. Ciò nonostante l'impianto complessivo della Costituzione repubblicana imponesse una rivisitazione legislativa delle forme di restrizione della sfera giuridica del detenuto connesse all'esecuzione della sanzione penale. Ad imporlo era non solo l'art. 27, comma 3, della Costituzione (divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e "tendenza" della pena verso la rieducazione) ma anche, fra l'altro, gli artt. 2 (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo), 3, specie comma 2 (impegno della Repubblica alla rimozione delle diseguaglianze "di fatto"), e 13 (affermazione della inviolabilità della libertà personale e, al comma 4, punizione di ogni violenza fisica o morale nei confronti delle persone ristrette nella loro libertà personale) Cost. Da una lettura combinata dei predetti articoli emerge senz'altro il valore di fondo della libertà-personalità, del libero sviluppo della personalità che deve essere garantito, protetto e incentivato, consentendo l'autodeterminazione del singolo in tutte le direzioni possibili (civili, etico sociali, economico politiche), molte delle quali più specificamente considerate in altre disposizioni della nostra Costituzione. La possibilità di espansione della personalità individuale, che sempre deve essere garantita, assume particolare valenza proprio riguardo alla situazione detentiva, imponendo, come ha detto la nostra Corte costituzionale, la protezione di quell'ambito tanto prezioso che si identifica nel "residuo di libertà" che anche il detenuto conserva.

Per arrivare ad un primo, significativo, svolgimento di quei principi occorrerà attendere il 1975, anno di approvazione della legge recante l'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354). Fino ad allora gli indirizzi legislativi e le prassi operative si uniformarono a quelli che sono stati definiti come i tre punti di forza che hanno legato l'esperienza dello Stato liberale, del regime fascista e, appunto, dei primi trent'anni della Repubblica: a) concezione del carcere come "luogo impermeabile e isolato dalla società libera"; b) considerazione della "violenza" come regola di governo dei rapporti tra i detenuti e tra questi e gli agenti penitenziari; c) presenza di una "struttura burocratica rigidamente centralizzata e verticistica dell'amministrazione penitenziaria"¹⁴.

La legge del 1975, segnando una chiara svolta rispetto al passato, pone al centro della disciplina penitenziaria la figura del detenuto, titolare di diritti e non solo di doveri, soggetto la cui dignità merita rispetto, da trattare con umanità (v. art. 1, comma 1, ord. penit.).

14 Si riprendono qui le riflessioni di G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995, 43 ss.

In un certo senso, vista la precedente e lunga fase di inattuazione costituzionale, il 1975 costituisce l'anno zero per la nostra ricerca, il vero *dies a quo* per ragionare sulle evoluzioni della normativa penitenziaria anche in tema di diritto alla salute.

La salute, definita dall'art. 32 della Costituzione come "fondamentale diritto dell'individuo" e come "interesse della collettività", si erge ben presto, per opera della giurisprudenza costituzionale, a "valore costituzionale supremo". Più precisamente, il diritto alla salute viene ricondotto alla integrità psico-fisica della persona, quale ambito inviolabile della dignità umana, con la conseguente affermazione per cui la tutela di esso, pur subendo i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone, non può essere sacrificata oltre il punto da determinare la compressione del nucleo irriducibile del bene protetto¹⁵. In altre parole, le limitazioni legate a esigenze di finanza pubblica o derivanti da esigenze di sicurezza non dovranno ritenersi legittime ove si impongano o pretendano di imporsi fino ad intaccare il "nucleo irriducibile del diritto alla salute" protetto dalla Costituzione.

Il problema che si pone è quello della difficile traduzione in pratica del concetto stesso di nucleo irriducibile e in conseguenza della definizione in concreto delle limitazioni al diritto in parola che possano giustificarsi in ragione di esigenze finanziarie e di sicurezza. Ciò con specifico riferimento al *diritto a trattamenti sanitari*, inteso come pretesa all'ottenimento dei trattamenti di miglior livello che, nelle circostanze date, i sanitari sono in grado di fornire.

È proprio del diritto a trattamenti sanitari dei soggetti detenuti in strutture penitenziarie (con esclusione dei soggetti internati in ospedali psichiatrici giudiziari) che intendo qui occuparmi, non affrontando pertanto le questioni relative ad altre espressioni del diritto alla salute inteso come valore supremo, la sua traduzione, tra l'altro, nel *rifiuto dei trattamenti sanitari non imposti dalla legge*, che discende a contrario dall'art. 32 cpv., nel *diritto a lasciarsi morire*, nel *divieto di accanimento terapeutico*, nel *diritto all'ambiente salubre*¹⁶.

Non potendo esaminare tutte le fattispecie appena delineate, mi propongo dunque di approfondire la questione del *diritto a trattamenti sanitari*, non senza aver preliminarmente sottolineato l'importanza del *diritto all'ambiente salubre*, da intendere, almeno, come diritto a vivere in un ambiente "degno" per una persona umana. Diritto che l'ordinamento penitenziario si

15 V., tra le molte, sent. n. 432 del 2005.

16 Si riprende qui l'elencazione di diritti "più o meno direttamente discendenti dagli enunciati contenuti nell'art. 32 Cost." proposta da F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 46 s.

propone di tutelare con una serie di norme riguardanti la differenziazione tra locali di soggiorno e pernottamento (artt. 5 e 6), il vestiario e il corredo da fornire a ciascun detenuto (art. 7), l'uso dei servizi igienici e la fornitura di oggetti necessari alla pulizia personale (art. 8), le caratteristiche dell'alimentazione e della somministrazione del vitto (art. 9), la permanenza all'aria aperta (art. 10). Prescrizioni che si rivelano troppo spesso disattese, creando, a mio giudizio, una compressione del nucleo irriducibile della salute del detenuto come tale non legittima e quindi in nessun modo giustificabile.

Quanto al diritto a trattamenti sanitari, l'ordinamento penitenziario vi dedica specifiche prescrizioni, tra le quali: a) l'assicurazione della presenza di un servizio medico e farmaceutico rispondente alle esigenze profilattiche e di cura della salute dei detenuti (art. 11, comma, 1), ferma restando la possibilità di "trasferimento", disposto dal magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o luoghi di cura esterni ove siano necessari accertamenti o cure che non possono essere apprestati dai servizi interni al carcere (art. 11, comma 2); b) la sottoposizione del detenuto a visita medica generale all'atto dell'ingresso in istituto e a periodici riscontri, indipendentemente dalle richieste dell'interessato (art. 11, comma 5); c) la possibilità di richiedere di essere visitati a proprie spese da un sanitario di fiducia (art. 11, comma 11); d) la predisposizione di un rapporto di collaborazione con i servizi pubblici sanitari locali, ospedalieri ed extraospedalieri, per l'organizzazione e il funzionamento del servizio sanitario per i detenuti.

Le richiamate norme dell'ordinamento penitenziario avrebbero richiesto una attuazione immediata mediante regole che, specialmente con una revisione dell'ordinamento del personale, assicurassero l'esigenza di fornire un servizio medico "adeguato" alle necessità profilattiche e diagnostico-terapeutiche della popolazione detenuta. Invece, l'ordinamento del personale sanitario penitenziario è rimasto sostanzialmente indenne alle riforme in materia sanitaria, specie alla legge istitutiva del SSN (n. 833 del 1978), determinando non pochi problemi di coordinamento, in un contesto che, a fronte della perdurante carenza di personale e strutture, del sovraffollamento e dei ritardi nelle prestazioni non vedeva certo l'Amministrazione penitenziaria come soggetto in grado di assicurare un effettivo godimento del diritto a trattamenti sanitari.

3. Salute e carcere: a) ciò che è

Negli anni a seguire non mancheranno interventi normativi più specifici, quale quello del DPR n. 309 del 1990 (testo unico in materia di disciplina

delle sostanze stupefacenti) che assegnerà ai Sert la presa in carico del detenuto tossicodipendente, ma la vera “svolta” si avrà soltanto con la legge di delega n. 419 del 1998, il cui art. 5 si riferisce al riordino della normativa penitenziaria, precludendo al passaggio, sia pure graduale, del personale sanitario e delle risorse dal DAP al SSN. Il d.lgs. n. 230 del 1999, attuativo della delega, segnerà un primo trasferimento di funzioni (a far data dal 1° gennaio 2000) relativamente alla prevenzione generale e alla diagnosi e terapia delle tossicodipendenze, nonché l’avvio in alcune Regioni di una sperimentazione di trasferimento riguardante anche le altre funzioni sanitarie (inizialmente in Toscana, Lazio e Puglia). Ma sarà solo con il D.P.C.M. 1° aprile 2008, adottato in attuazione dell’art. 2, comma 283, della legge finanziaria per il 2008 (legge n. 244 del 2007), che la gradualità lascerà il passo alla definitività, disponendosi il trasferimento dal 14 giugno 2008 di tutte le funzioni sanitarie dal DAP al SSN.

Il richiamato D.P.C.M. del 2008 segna una nuova fase nella storia della medicina penitenziaria e dunque anche nella possibile realizzazione di un effettivo diritto a trattamenti sanitari per il detenuto.

Al detenuto, in base a quanto disposto dall’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 230 del 1999, è riconosciuto il diritto alla salute “alla pari dei cittadini in stato di libertà”, per ciò che riguarda la diagnosi, la cura e la riabilitazione, l’assistenza sanitaria per la gravidanza e la maternità e l’assistenza pediatrica ai bambini che le donne recluse possono tenere in istituto per i primi tre anni. Si parla al riguardo di un vero e proprio diritto a prestazioni sanitarie, agevolato dall’esonero dal sistema di compartecipazione alle spese sanitarie (ticket) che si accompagna alla conservazione dell’iscrizione al SSN per tutto il periodo di detenzione, nonché alla previsione dell’iscrizione obbligatoria al SSN anche degli stranieri a prescindere dal possesso di regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia.

Le conseguenze di queste previsioni – ora che il passaggio alle ASL è realmente intervenuto, ponendo termine ad una lunga transizione aperta dal d.lgs. n. 230 del 1999 – dovranno essere finalmente apprezzate attraverso una attenta verifica sugli stanziamenti e sulla predisposizione dei necessari interventi strutturali. I ritardi nei trasferimenti alle Regioni delle risorse del Fondo sanitario nazionale afferenti alla medicina penitenziaria hanno, come è noto, creato grosse difficoltà per le aziende sanitarie locali che ormai dovrebbero assicurare le funzioni assistenziali nei confronti di una popolazione ristretta in istituti penitenziari che si trovano in condizioni di drammatico sovraffollamento. Si cominciano, peraltro, a notare significative differenze di trattamento a seconda della Regione nella quale i detenuti sono ristretti, rilevandosi criticità tali da indurre già a prendere atto

del fallimento di una riforma da alcuni ritenuta “più demagogica che realistica, più populista che realmente efficace”. Così si è ad esempio espresso il Coordinamento nazionale giustizia dell’UGL in una lettera inviata il 22 febbraio 2010 al Ministro della Giustizia, che si conclude con un invito ad una “marcia indietro per affidare nuovamente al sistema penitenziario la gestione e l’organizzazione di questo delicatissimo settore”.

Siamo già a questo punto? L’attuale, complicata, congiuntura economica contribuisce senz’altro a rendere ancor più difficile l’effettivo riordino della medicina penitenziaria. Ma siamo sicuri che il Ministero della Giustizia sarebbe in grado di assicurare maggiori risorse? Senza dimenticare che l’idea di trasferire le funzioni sanitarie alle ASL è stata alimentata dal timore che la sottoposizione dei servizi sanitari all’amministrazione penitenziaria potesse rivelarsi strumentale ad un uso della medicina penitenziaria rivolto a privilegiare concezioni finalistiche della pena detentiva, rischiando di piegare l’intervento medico e farmacologico alle necessità della disciplina e della sicurezza dell’istituto¹⁷. È un timore non più attuale? Certo è che non basta il passaggio “simbolico” al Servizio Sanitario Nazionale per risolvere, “magicamente”, i problemi che riguardano la salute in carcere. Ma abbandonare ora questa strada, magari per tornare a ulteriori forme di sperimentazione, mi sembra la scelta meno adatta, anche alla luce dei principi costituzionali, che ci impongono di considerare il detenuto come persona titolare di tutti quei diritti che non siano incompatibili con le esigenze di ordine del carcere. E tra questi rientra, senza dubbio, il diritto alla salute, riguardato pure nella forma del diritto a trattamenti sanitari. Piuttosto si dovrebbe pensare ad interventi più incisivi che consentano al detenuto di vivere in un ambiente meno insalubre, rimuovendo le cause della patogenia del carcere. Il che vuol dire riflettere, conclusivamente, su *ciò che non dovrebbe essere*, stando ai principi costituzionali e ai loro svolgimenti nella normativa primaria e secondaria. Principi ai quali – ribadisco – troppo spesso non sono seguite regole conformi.

4. *Salute e carcere: b) ciò che non dovrebbe essere*

Come è possibile che, nonostante le previsioni dell’ordinamento penitenziario e del relativo regolamento di esecuzione, in molte carceri non sono garantite le più elementari norme igieniche? Quali sono le ragioni per

17 Siffatto timore è stato così rappresentato, tra gli altri, da A. Terranova, *La tutela della salute in carcere*, in *Quaderni CSM*, 1983, 38 ss.

cui un numero sempre più elevato di detenuti risultano affetti da epatite e da malattie croniche degenerative? Probabilmente perché in carcere ci sono troppi detenuti, ma anche perché, a prescindere dal sovraffollamento, non si è ancora radicata l'idea che il rispetto della personalità sia un dovere nei confronti del detenuto allo stesso modo che nei confronti del soggetto libero. Il sovraffollamento non deve divenire un alibi per giustificare pratiche illegali, non rispondenti ai dettami della Costituzione e della legislazione che ne ha costituito svolgimento. Bisogna investire soldi per migliorare le condizioni detentive – non solo per costruire nuovi edifici penitenziari – perché ciò significa investire sulla vita di esseri umani, permettendo loro di reinserirsi nella società. E significa anche, indirettamente, investire sulla sicurezza. Ed è fin troppo ovvio che vivendo in un ambiente salubre, o almeno meno insalubre, migliorerebbero le condizioni di salute del recluso. Ovviamente ciò non significa che non debbano essere operati investimenti specifici per rendere le strutture carcerarie idonee non solo sul piano igienico ma anche su quello sanitario, nonché investimenti in termini professionali, assicurando la presenza di medici, infermieri e psicologi.

Si tratta non solo di attuare in carcere l'art. 32 Cost., ma di più incisivamente dare forma concreta al principio di umanizzazione della pena. Utilizzando maggiormente le sanzioni alternative alla detenzione e soprattutto evitando di rendere il carcere una “discarica sociale”. Il che avviene quando le politiche securitarie vengono dissociate da interventi di carattere sociale, dando vita a vere e proprie forme di “detenzione sociale”¹⁸. Non può essere un caso se le carceri sono piene di immigrati e di tossicodipendenti!

È ormai da anni che si sottolinea come a “meno Stato sociale”, a minor interventismo economico corrisponde “più Stato poliziesco e penale”. Secondo una logica che trascende i confini nazionali e che vede le politiche repressive come “*pendant*, in materia di ‘giustizia’, di quelle liberiste in campo economico”¹⁹. Ormai si parla sempre più di diritto alla sicurezza che di sicurezza dei diritti. Sempre meno di sicurezza sociale e sempre più di esigenza di mantenimento dell'ordine pubblico. Come è stato ben detto da

18 Secondo la definizione di S. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione giustizia*, 2009, 102. L'A. significativamente definisce come leggi “riempicarceri” la Bossi-Fini (n. 189 del 2002), la ex Cirielli (n. 151 del 2005) e la Fini-Giovanardi (n. 49 del 2006), che hanno rispettivamente inciso sull'incremento degli immigrati in carcere, sulla permanenza in carcere dei recidivi in quanto esclusi dai benefici penitenziari, sulla massiccia presenza negli istituti di pena dei tossicodipendenti (per i quali si continua a preferire la detenzione ad altre forme di espiazione).

19 E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, II edizione, Torino, 2004, 117.

Emilio Santoro, “la politica di incarcerazione e repressione penale non viene usata tanto per rispondere allo sviluppo della criminalità, che è rimasta più o meno costante nel periodo in cui si sono affermate le nuove politiche penali, quanto per far fronte alla destrutturazione sociale provocata dalla ritirata dello Stato assistenziale: stiamo assistendo ad un passaggio dallo Stato sociale allo Stato penale”²⁰.

La composizione della popolazione carceraria sembra essere, insomma, diretta conseguenza di politiche che vanno in senso contrario all’obiettivo dell’inclusione sociale. È lo specchio delle molte diseguaglianze di fatto presenti nella nostra società la cui mancata rimozione costituisce una gravissima inattuazione di uno specifico impegno delineato, a carico della Repubblica, dal secondo comma dell’art. 3 della Costituzione. Se il carcere va assumendo le sembianze di una discarica sociale non ci si può poi meravigliare del suo carattere patogeno e persino criminogeno. In questo contesto, non basta, evidentemente, che la medicina penitenziaria passi dall’amministrazione della giustizia a quella sanitaria. Occorre, primariamente, una significativa inversione di rotta nelle politiche penali e sociali. Altrimenti il carcere rimarrà luogo della diseguaglianza, dell’abbandono, della disumanità. È e continuerà ad essere ciò che, per Costituzione, non dovrebbe essere.

20 E. SANTORO, *loc. ult. cit.* Fondamentale, in argomento, il contributo di L. WACQUANT, *Parola d’ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000, specie 68 ss.

EMILIO DI SOMMA

LE DINAMICHE MULTILIVELLO DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA MEDICINA PENITENZIARIA NEI PIÙ RECENTI PROVVEDIMENTI DI RIFORMA

1. Il principio informatore del D.Lgs. 22 giugno 1999, n. 230 - che ha stabilito il passaggio della medicina penitenziaria al s.s.n. - è stato quello di riconoscere alla persona privata della libertà personale il diritto ad un trattamento sanitario pari a quello del cittadino libero.

Tale normativa ha previsto, pertanto, l'inserimento della medicina penitenziaria nell'alveo del sistema sanitario nazionale¹, definendo gli ambiti di intervento degli Enti interessati - Regioni, Ministero della Salute e Ministero della Giustizia - attribuendo all'azienda sanitaria locale il compito dell'erogazione delle prestazioni sanitarie e mantenendo in capo all'Amministrazione penitenziaria il compito della sicurezza dei detenuti e degli internati.

Dopo nove anni dall'affermazione di tale principio il DPCM² - sottoscritto in data 01.04.2008 ed entrato in vigore il 14.6.2008 - ha dettato le linee operative della prevista riforma prevedendo il transito di tutte le funzioni sanitarie (assistenza di base e interventi specialistici, centri clinici, Ospedali Psichiatrici Giudiziari, reparti per HIV...) nonché dei relativi rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie, delle attrezzature e dei beni strumentali afferenti alla sanità penitenziaria.

Pertanto, a far data dal 14 giugno 2008 tutte le funzioni sanitarie svolte dal DAP sono state trasferite al SSN e quindi alle Regioni a statuto ordinario che hanno cominciato ad assicurarne l'espletamento tramite le competenti AASSLL.: il personale medico e infermieristico e gli psicologi di ruolo (in servizio alla data del 15 marzo 2008) sono transitati nel S.S.N.³; sono

1 Disponendo il transito immediato delle funzioni relative alla prevenzione ed all'assistenza e cura dei detenuti tossicodipendenti.

2 Emanato in attuazione dell'articolo 2, commi 283 e 284 della legge finanziaria 2008.

3 Transito che non ha riguardato gli esperti *ex art. 80* che continuano a svolgere la sola attività di osservazione e trattamento nei confronti della popolazione detenuta: attività che non viene qualificata come attività sanitaria e che viene espletata a favore dell'Amministrazione in base ad un rapporto di natura convenzionale.

state trasferite al Fondo sanitario nazionale le risorse finanziarie destinate all'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari e questa Amministrazione ha conseguentemente cessato di svolgere le funzioni di ufficio erogatore dei trattamenti economici destinati al personale sanitario trasferito dal Ministero della Giustizia alle AA.SS.LL.

Si sottolinea che nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome il D.P.C.M. 1.04.2008 affida il transito delle funzioni, dei compiti, delle risorse umane, finanziarie e organizzative attinenti il settore in argomento ai rispettivi statuti e alle correlate norme di attuazione, che, allo stato, stanno per essere emanate⁴. Nelle more, questa Amministrazione è rimasta competente a provvedere all'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari ubicati in tali territori.⁵

Il passaggio al S.S.N. della medicina penitenziaria viene, quindi, a sancire il principio di universalità del diritto alla salute delle persone private della libertà personale e definisce, al contempo, un quadro di responsabilità allargato e sinergico in linea con la riforma del Titolo V della Costituzione.

Orbene: a fronte di una riforma di così vasta portata, attraverso la quale un'attività talmente rilevante, svolta da sempre da questa Amministrazione, è transitata ad un altro settore istituzionale, il Dipartimento ha assunto un ruolo centrale come necessariamente doveva essere, anche al fine di evitare che venisse dispersa un'esperienza unica e preziosa sulla quale costruire il nuovo servizio di assistenza sanitaria: e ciò anche sul presupposto che la nuova normativa – lungi dal prevedere una deresponsabilizzazione dell'Amministrazione – si è posta come obiettivo un salto di qualità a tutela della salute dei detenuti, aumentando l'efficacia nell'assistenza sanitaria delle persone in esecuzione penale, migliorando la qualità delle prestazioni, di diagnosi, di cura e riabilitazione nelle strutture penitenziarie, negli O.P.G. e all'esterno durante l'esecuzione delle misure alternative: obiettivi più facilmente raggiungibili attraverso la massima cooperazione tra le istituzioni a vario titolo coinvolte.

Questo tipo di collaborazione, allo stato, coinvolge oltre 535 consulenti per un monte ore complessivo nell'anno 2010 di 109.637 ore, con una media percentuale di n. 1,6 ora di intervento per ogni detenuto.

- 4 In data 22 ottobre scorso il Consiglio dei Ministri ha approvato i decreti legislativi che recano norme di attuazione degli statuti speciali delle regioni Friuli Venezia Giulia e Trentino Alto Adige in materia di trasferimento della sanità penitenziaria.
- 5 Per il finanziamento della medicina penitenziaria in tali realtà territoriali vengono ancora assegnati al Ministero della Giustizia appositi stanziamenti (per le spese relative al 2009 è stato assegnato l'importo di 25.137.034,56).

Bisogna, infatti, evitare di equivocare sulla divisione, operata dalla normativa, delle competenze sanitarie da quelle in materia di sicurezza: la ripartizione delle competenze ha inteso rispondere, infatti, non all'esigenza di erigere rigidi steccati (che sarebbero, peraltro, assolutamente deleteri), quanto piuttosto all'esigenza di responsabilizzare le singole amministrazioni.

Ciò premesso, è di tutta evidenza che il D.P.C.M. è solo una tappa di un lungo percorso che, nel riformulare completamente un servizio deputato a svolgere compiti estremamente delicati, prevede l'emanazione di una serie di provvedimenti di diversa natura: si è aperta quindi una fase molto delicata di transizione che necessita di essere governata al meglio al fine di garantire, sempre e comunque, il diritto alla salute nel segno della continuità terapeutica.

Nel dare attuazione a detta legge le Amministrazioni sono state chiamate, pertanto, a collaborare evitando, da una parte, di sconfinare nelle competenze altrui, e dall'altra, di non tracciare una netta linea di confine tra i due settori che avrebbe il solo inevitabile risultato di gettare le premesse per il fallimento degli obiettivi che la riforma stessa, invece, si propone.

Il messaggio sembra sia stato recepito: significativo, in tal senso, è l'apporto che continua ad essere prestato dal personale di polizia penitenziaria nella vigilanza rispetto ai soggetti segnalati come a rischio, mediante l'attenzione e l'immediata segnalazione al personale medico di condotte sintomatiche che potrebbero tradursi in gesti di autolesionismo; così come, ugualmente attenta dimostra di essere l'Amministrazione sanitaria nel recepire i dati costituenti indicatori dei fattori di rischio.

Peraltro, un vero e proprio patrimonio di esperienza e di conoscenza continua ad essere condiviso con l'amministrazione sanitaria con riferimento a quei settori dove salute e sicurezza necessariamente non possono non convivere: si pensi alla partecipazione del sanitario ai consigli di disciplina, alla certificazione di idoneità alla traduzione dei detenuti ammalati, ai pareri per l'A.G. in tema di compatibilità con il regime detentivo.

Ciò premesso, non sono da sottacersi alcuni elementi di criticità che la riforma ha comportato in quanto l'*iter* attuativo, per aver subito un'accelerazione repentina, ha colto tutte le parti impreparate a fornire risposte adeguate al transito: in alcuni casi la peculiarità della Sanità Penitenziaria non è stata sempre riconosciuta dalle AASSLL che nell'ambito dei poteri di propria pertinenza hanno in alcuni casi sostituito medici esperti in medicina penitenziaria con personale già inserito nel SSN, con ripercussioni sia sulla funzionalità del servizio che sul sistema penitenziario nel suo complesso, chiamato a sopportare la ricaduta di eventuali insoddisfazioni della popolazione detenuta di fronte ai possibili e prevedibili disservizi: è facile,

infatti, ipotizzare un difficile raccordo operativo dei medici “esterni” rispetto alla logistica ed alla tempistica fisiologiche del carcere, di cui non sono note le dinamiche; così come si è riscontrato un più frequente ricorso al ricovero esterno con le inevitabili ripercussioni sul servizio delle traduzioni e dei piantonamenti, estremamente oneroso per l’amministrazione, sotto il profilo sia delle risorse umane che finanziarie.

2. Al fine di disciplinare in maniera il più possibile compiuta il delicato passaggio della medicina penitenziaria, nell’ambito della Conferenza Unificata per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sono state costituite - con atto n. 81\CU del 31.7.2008 - due specifiche articolazioni (di cui fanno parte rappresentanti delle Regioni delegati del Ministero della Salute e del Ministero della Giustizia) che svolgono le attività istruttorie relative ai provvedimenti da sottoporre all’esame della Conferenza Unificata.

In particolare, sono stati istituiti:

- il Tavolo di consultazione permanente, con l’obiettivo di garantire l’uniformità nell’intero territorio nazionale degli interventi e delle prestazioni sanitarie e trattamentali nei confronti dei detenuti e degli internati sottoposti a provvedimento penale. La Conferenza Unificata ha accolto la richiesta dell’Amministrazione di rafforzare la rappresentatività del Ministero della Giustizia prevedendo la partecipazione al Tavolo di lavoro di tre componenti al posto di uno come inizialmente previsto;
- il Comitato paritetico interistituzionale, per l’attuazione delle linee guida per gli interventi negli Ospedali Psichiatrici Giudiziari e nelle case di cura e custodia. Al Comitato è prevista la partecipazione di un rappresentante del Ministero della Giustizia, analogamente alle altre Amministrazioni Centrali coinvolte nei lavori.

Da tempo sono in corso i lavori dei suddetti tavoli per dare attuazione alle linee di intervento del Servizio Sanitario Nazionale in materia di tutela della salute dei detenuti e degli internati. Tali lavori hanno condotto alla predisposizione dei seguenti accordi approvati dalla Conferenza Unificata.

1) Accordo *ex art. 7 D.P.C.M.* 1 aprile 2008 approvato in data 20.11.2009 concernente “la definizione delle forme di collaborazione relative alle funzioni della sicurezza ed i principi ed i criteri di collaborazione tra l’ordinamento sanitario e l’ordinamento penitenziario e della giustizia minorile”.

Nel presente accordo sono stati previsti strumenti di collaborazione interistituzionale - accordi, protocolli di intesa sottoscritti a livello regionale e territoriale - basati sui seguenti principi:

- la tutela della salute dei detenuti e degli internati avviene all'interno delle strutture penitenziarie; il personale sanitario è tenuto all'osservanza dell'O.P.; le prestazioni sanitarie possono essere effettuate in strutture sanitarie esterne nel rispetto dell'art.11 dell'Ordinamento Penitenziario e dell'art.17 del Regolamento di Esecuzione;
- i presidi sanitari realizzati nelle strutture penitenziarie devono rispondere alle esigenze di salute della popolazione detenuta presente;
- le Direzioni generali delle Aziende sanitarie devono preventivamente sentire le Direzioni penitenziarie ai fini dell'organizzazione sanitaria più appropriata;
- l'Amministrazione penitenziaria necessita della conoscenza costante e aggiornata dei modelli organizzativi. Il diario clinico e la cartella clinica informatizzata, di competenza del SSN, possono essere visionati dall'Amministrazione penitenziaria, secondo modalità concordate, per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Lo stesso accordo affida agli organismi previsti dal DPCM, sia a livello nazionale che regionale, il compito di monitorare l'efficienza e l'efficacia degli interventi sanitari, di verificarne i risultati, di evidenziare le eventuali criticità e di proporre i necessari correttivi all'accordo per assicurare, in considerazione della complessità della materia, l'efficace collaborazione tra il SSN e l'Amministrazione della Giustizia su tutto il territorio nazionale.

In particolare, è previsto il monitoraggio e la valutazione degli interventi attuativi:

- ✓ a livello nazionale, da parte del Tavolo di Consultazione Permanente presso la Conferenza Unificata;
- ✓ a livello regionale: da parte dell'Osservatorio permanente sulla Sanità penitenziaria.

2) Schema di convenzione tipo per l'utilizzo da parte delle Aziende Sanitarie Locali (nel cui territorio sono ubicati gli istituti e i servizi penitenziari di riferimento) dei locali adibiti all'esercizio delle funzioni sanitarie (29 aprile 2009).

Tale accordo è espressamente previsto dall'art. 4 comma 2 del D.P.C.M. 01/04/2008 per la concessione in uso a titolo gratuito alle Aziende sanitarie locali dei locali utilizzati per lo svolgimento delle funzioni sanitarie negli istituti penitenziari.

In tale accordo è indicata la ripartizione degli oneri. Sono stati posti:

- ✓ a carico di questa Amministrazione gli oneri relativi agli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria nei limiti in cui gli stessi siano necessari ad assicurarne l'idoneità allo svolgimento delle funzioni sani-

tarie, nonché le spese delle utenze (acqua, elettricità e riscaldamento) e del servizio di pulizia dei locali;

- ✓ a carico delle AASSLL le spese per il servizio di sanificazione degli ambienti, per l'utenza telefonica, e per il servizio di smaltimento dei rifiuti speciali, nocivi e tossici, prodotti nello svolgimento delle attività sanitarie.

Sono state, altresì, individuate le modalità di presa in carico dei locali che è avvenuta attraverso la predisposizione di un verbale tra il Direttore Generale della ASL e il Direttore dell'Istituto Penitenziario nel quale sono stati evidenziati gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria ritenuti necessari.

Ai fini del trasferimento delle "attrezzature" questo Dipartimento ha predisposto schede analitiche di rilevamento delle singole strumentazioni aventi ad oggetto: il tipo di apparecchiatura, la quantità totale, l'indicazione dell'uso e del fuori uso, l'anno di acquisto e il valore di inventario. Tali schede sono state inviate agli istituti penitenziari, tramite i Provveditorati Regionali, per la loro compilazione, in modo da fornire alle Regioni dati omogenei. Le Direzioni degli istituti penitenziari hanno elencato, in detti prospetti, tutte le attrezzature presenti nelle loro sedi e i Provveditorati hanno trasmesso detti elenchi alle rispettive Regioni per l'acquisizione ed il successivo trasferimento alle Aziende Sanitarie Locali.

3) Accordo sul documento recante "Schema tipo di convenzione per le prestazioni medico legali in favore del Corpo di Polizia Penitenziaria" (29 ottobre 2009).

La fonte normativa è la Legge 740/70 e successive modificazioni, che prevedeva che le prestazioni medico-legali a favore della Polizia penitenziaria fossero assicurate dai medici incaricati.

L'obiettivo dell'accordo è di assicurare la continuità delle prestazioni medico-legali a titolo gratuito in favore della Polizia penitenziaria, a seguito del trasferimento del personale medico dall'Amministrazione penitenziaria al Servizio sanitario nazionale.

In particolare è garantita:

- ✓ la richiesta alla Commissione medica ospedaliera territorialmente competente di accertamento delle condizioni di idoneità al servizio;
- ✓ la partecipazione alla Commissione medico ospedaliera, laddove prevista.

4) Accordo su "Dati sanitari, flussi informativi e cartella clinica anche informatizzata" 26 novembre 2009

L'obiettivo è quello di:

- ✓ creare un sistema informativo nazionale e delle Regioni sulla sanità penitenziaria;

✓ informatizzare la cartella clinica nelle carceri.

Il servizio sanitario regionale è tenuto a fornire, a livello di singolo istituto, tutte le informazioni sanitarie relative al singolo detenuto, necessarie ad una corretta allocazione, gestione e trattamento.

La Direzione dell'istituto, dal suo canto, è tenuta a comunicare, con le modalità definite dallo stesso protocollo operativo, i dati giudiziari quando necessitano per la gestione sanitaria del detenuto.

L'Amministrazione penitenziaria mette a disposizione la cartella clinica già realizzata, inserita nella cartella personale informatizzata del detenuto.

5) Accordo su "Strutture sanitarie nell'ambito del sistema penitenziario italiano" 26 novembre 2009

Sono state esaminate le diverse tipologie di strutture sanitarie presenti negli istituti penitenziari e le strutture sanitarie esterne destinate ai detenuti.

Le tipologie individuate sono:

- Centri clinici (art.17, comma 4 D.P.R. 230/2000)
- Reparti per detenuti HIV (art.275 comma quater c.p.p.)
- Reparti per detenuti disabili (art.65 Legge 354/1975)
- Sezioni per minorati psichici (art.65 Legge 354/1975)
- Reparti di osservazione psichiatrica (art.112, comma 1 D.P.R. 230/2000)
- Istituti o sezioni a custodia attenuata
- Strutture sanitarie esterne (art.7 Legge 296/1993).

I principali Principi cui si deve ispirare l'organizzazione dei servizi sanitari in carcere sono:

- l'evento patologico acuto non può essere trattato all'interno delle strutture detentive, se non nei casi in cui sia di lieve entità
- la terapia chirurgica in regime ordinario non è attuabile all'interno del sistema penitenziario
- le patologie c.d. croniche devono trovare adeguato spazio di cura anche in ambito detentivo.

6) Accordo su "Ridefinizione dei bacini di utenza degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari" (26 novembre 2009)

La normativa attuativa del transito ha affrontato anche il delicato tema degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari ⁽⁶⁾ in ordine al quale il DPCM ha adottato due linee strategiche contestuali:

6 Presenti in numero di sei: Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Napoli (reparto verde Secondigliano), Aversa, Barcellona Pozzo di Gotto.

- ✓ l'istituto OPG resta una struttura dell'amministrazione penitenziaria all'interno della quale vengono svolte attività sanitarie (che anzi ne costituiscono la parte preponderante) a cura del SSN; al pari di ogni altra struttura penitenziaria si instaura una dialettica tra autorità di sicurezza ed autorità sanitaria per la gestione coordinata delle problematiche inerenti alle persone ristrette;
- ✓ a differenza delle altre strutture penitenziarie si richiede per gli OPG una azione coordinata tra le Regioni, ed i Ministeri interessati volta a mutarne il profilo di attività (espandendo l'attività sanitaria, perimetrando quella di sicurezza, attrezzando le carceri per le esigenze dei detenuti con disturbi mentali, predisponendo soluzioni alternative sul territorio, ecc.) al fine di ridurre gradualmente la necessità del ricorso all'O.P.G. stesso, in modo da prevederne in un periodo medio lungo il suo superamento.

Il punto di arrivo finale di questo processo dovrebbe essere una completa ristrutturazione della offerta dei servizi da parte dei DSM che metta la magistratura in condizione di effettuare la misura di sicurezza in contesti sanitari ordinari con garanzia di equità di trattamento rispetto alla popolazione psichiatrica generale.

Intanto, con l'accordo di cui in premessa ci si prefigge di raggiungere l'obiettivo di:

- ✓ favorire le dimissioni degli internati con l'impegno delle Regioni a mettere a disposizione a tal fine risorse sul territorio;
- ✓ inviare (a cura del DAP) gli internati agli OPG secondo i bacini di utenza.

La problematica immediatamente emersa è stata quella di ridefinire i rapporti tra la Direzione sanitaria dell'O.P.G. e la Direzione penitenziaria alla quale, all'indomani della riforma (precisamente dal mese di giugno del 2008) è stata affidata la responsabilità amministrativa degli O.P.G. per la gestione e la cura di tutti gli affari di pertinenza di questa Amministrazione: difficoltà derivanti dal diverso approccio gestionale di detti dirigenti propensi, inevitabilmente, a far prevalere le esigenze prettamente penitenziarie rispetto a quelle sanitarie. Ne è conseguita, in alcune realtà, una sorta di frattura e di incomprensione tra dirigenti non più appartenenti alla stessa "famiglia". Alla luce di tali situazioni, si è ritenuto di individuare le soluzioni di tipo organizzativo nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni in seno alla quale precisare l'individuazione delle competenze che fanno capo alle diverse amministrazioni: è apparso, infatti, assolutamente necessario chiarire il rapporto tra dirigenti sanitari e la dirigenza penitenziaria, un rapporto che non solo ha bisogno di essere regolato attraverso una precisa definizione dei confini di rispettiva competenza ma che deve, soprattutto, essere improntato ad una forma di collaborazione aperta e leale.

7) Accordo sul documento “Monitoraggio dell’attuazione del D.P.C.M. 1 aprile 2008 recante le modalità ed i criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria” approvato dalla Conferenza Unificata in data 8 luglio 2010.

Ai fini dell’attuazione del monitoraggio sono previste due fasi:

- a) nella prima fase vengono raccolte le informazioni su:
 - eventuali documenti programmatici regionali;
 - gli accordi tra amministrazione sanitaria regionale e amministrazione della giustizia;
 - gli accordi tra ASL e istituto penitenziario;
 - l’assistenza ai detenuti tossicodipendenti.
- b) nella seconda fase le informazioni raccolte vertono su:
 - l’organizzazione dei servizi;
 - le attività e le prestazioni erogate, mediante l’utilizzo di appositi indicatori.

Allo stato, è in corso di avvio la prima fase.

Oltre agli accordi sopra menzionati, è stato avviato l’approfondimento, nell’ambito del Tavolo di Consultazione e con specifici gruppi di lavoro, di talune tematiche che rivestono particolare rilevanza sia dal punto di vista della tutela della salute che di quello della sicurezza. Tematiche relative:

A. alle “Strutture sanitarie penitenziarie”;

B. alla “Presenza in carico dei nuovi giunti, prevenzione del rischio suicidi e/o atti autolesivi...”

Relativamente al primo argomento i componenti del gruppo hanno convenuto sull’opportunità di condurre un’azione di sensibilizzazione nei confronti delle Regioni ai fini di rimuovere eventuali problematiche e discrasie che possono verificarsi tra Regioni e Regioni, ed anche tra ASL e ASL.

In ordine al secondo tema la finalità individuata è quella di fornire un orientamento alle Direzioni Penitenziarie e alle Aziende Sanitarie Locali nella definizione di un approccio congiunto all’accoglienza dei reclusi e alla gestione del “disagio in ambito penitenziario”. Obiettivo generale è quello di migliorare la capacità del sistema di intercettare il disagio, di mettere in atto misure di contenimento del rischio e di arrivare ad una diminuzione dei suicidi.

ELVIO DAMOLI

LA PROBLEMATICA GESTIONE DELLA SALUTE DEL DETENUTO

1. *Premessa*

Mi è stato chiesto di portare un mio contributo sul tema della salute del detenuto, partendo da un osservatorio particolare, data cioè la mia ventennale esperienza come cappellano della Casa Circondariale di Napoli, Poggioreale. È quello che tenterò di fare tenendo presente inoltre gli anni di collaborazione con l'Ispettorato Generale dei Cappellani delle Carceri, nonché l'esperienza di responsabile della Casa di Accoglienza dell'Opera Don Calabria per ex detenuti e detenuti in licenza premio o per le misure alternative.

2. *Salute: più che assenza di malattia*

Vorrei partire da una riflessione sul concetto di salute in quanto essa è l'espressione stessa, e come tale strettamente connesso, a quello di persona. Secondo la definizione dell'O.M.S. infatti: « *La salute è lo stato di completo benessere corporeo, mentale e sociale e non solo l'assenza di malattia e di infermità* ». E già qui viene da chiederci se questo “*stato completo di benessere*” potrà mai essere raggiunto da una persona carcerata. La struttura carceraria infatti, per esperienza, distrugge l'uomo e perciò stesso essa è antiumana, e quindi anche anticristiana. A parte poi la discussione più ampia, se cioè questo “*stato di completo benessere*” sia raggiungibile o meno mediante l'intervento medico, ciò che a noi interessa riguarda il processo evolutivo culturale del concetto di semplice cura di una qualche malattia ad un sistema che metta al centro la cura totale della salute della persona nella sua dignità ed integrità. Dalla sola assenza di malattia fisica cioè ad una concezione più comprensiva che recupera doverosamente tutta la soggettività.

Garantire la salute di un individuo è quindi garantire il rispetto della totale sua dignità come persona. La salute è un diritto che non può essere in alcun modo separato dalla dignità umana; essa è la condizione esistenziale

propria della persona umana e, come tale, deve essere assicurata, tutelata, e conservata al di là della condizione in cui la persona si trova.

Si potrebbe già parlare, a questo riguardo, circa la necessità di una custodia carceraria etica, nel senso cioè che le cure mediche, le più adeguate possibili, devono essere garantite ed assicurate sempre, a tutti e nel migliore dei modi, anche nelle carceri, e nel rispetto profondo di ogni persona, prescindendo da giudizi di colpevolezza o meno, dalla gravità o meno del reato o dall'erogazione della pena. Come infatti ricordava anche ieri papa Benedetto nel suo messaggio al simposio del Pontificio Consiglio per la salute, quando affermava che *«Il diritto alle cure è un diritto inalienabile»*.

3. La “persona” nell’Ordinamento Penitenziario

Va premesso innanzitutto come il diritto alla salute sia un diritto costituzionale, garantito a tutti e ad ogni cittadino, come recita l’articolo 32 della Costituzione: *«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*.

Lo stesso Ordinamento Penitenziario italiano è giustamente finalizzato al trattamento rieducativo della persona detenuta, come recita infatti all’art. 1: *« Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona...Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l’ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi»*. Venendo a noi, mi pare che oggi, nel contesto di una nuova cultura della salute sempre più diffusa e che mette al centro la cura totale della persona integrale, si debba ritenere che la cura stessa della salute sia da considerarsi parte integrante del “*progetto di vita*” nel cammino di rieducazione della persona detenuta. E perciò, in quanto tale, prima ancora di parlare della organizzazione dei servizi sanitari negli Istituti penitenziari, la cura della salute debba essere considerata come uno degli elementi fondamentali del trattamento penitenziario, accanto e forse prima ancora della stessa famiglia, del lavoro, delle attività culturali ecc.

Sempre però in questo contesto va osservato che noi abbiamo sì una Legge Penitenziaria molto umana, non vendicativa ma finalizzata alla rieducazione e risocializzazione del detenuto. Questo presuppone che gli Istituti carcerari stessi siano strutturati in modo tale da offrire ai detenuti

condizioni di vita, comprese quelle igieniche, tali che siano dignitose e rispettose della persona e non ai limiti della sopravvivenza.

Non possiamo quindi non tener conto di una considerazione fondamentale, che va riportata al centro della nostra attenzione e che riguarda il concetto non negoziabile del detenuto in quanto persona, naturalmente con tutte le proprie responsabilità, ma anche con i suoi diritti. Assistiamo oggi purtroppo ad una inflazione dei mass media che presentano quasi unicamente fatti di cronaca ed episodi negativi ed allarmanti che, se pur ripugnanti e giustamente detestabili, criminalizzano indiscriminatamente ed acriticamente le persone. Episodi a volte che tuttavia sono sempre ridotti di numero se rapportati a tutto il più vasto mondo del penale; penso ad esempio a reati commessi da detenuti in permesso premio ed altro. Fatto questo che suscita nella gente emotività e paura, allarmismi e maggior bisogno di sicurezza, condizionando l'opinione pubblica in genere che pensa al carcere e ai detenuti, unicamente come luogo di repressione, vendetta e castigo e che non si debba perciò in alcun modo tener conto della persona colpevole o innocente che sia: "chiudiamoli e buttiamo le chiavi"!

Avendo acquisito questi assunti, sarà solo confrontandoci che possiamo comprendere come l'attenzione al detenuto, sia in termini fisici, sia psichici e sociali, costituisca un vantaggio, anche in termini di salute pubblica, che le rispettive famiglie e la società tutta ricevono nell'avere dei detenuti sani, pensando inoltre al momento in cui essi usciranno dall'istituto penitenziario. Non si deve infatti mai dimenticare il rapporto tra il dentro e il fuori, e per questo occorre creare una nuova cultura più aperta e capace di accogliere e di supportare il reinserimento.

Torna opportuno riflettere su quanto Giovanni Paolo II ebbe a dire alle Amministrazioni Penitenziarie d'Europa il 26.11.2004: *«Non v'è dubbio che al carcerato vada sempre riconosciuta la dignità di persona, quale soggetto di diritti e di doveri. In ogni Nazione civile deve essere preoccupazione condivisa la tutela dei diritti inalienabili di ogni essere umano. Con l'impegno di tutti si dovranno, pertanto, correggere eventuali leggi e norme che li ostacolassero, specialmente quando si trattasse del diritto alla vita e alla salute, del diritto alla cultura, al lavoro, all'esercizio della libertà di pensiero e alla professione della propria fede».*

4. A cosa assistiamo oggi:

Oggi in base alle direttive del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1 aprile 2008, tutte le funzioni sanitarie delle strutture peni-

tenziarie, con annessi e connessi, sono state trasferite dal DAP al Servizio Sanitario Nazionale e conseguentemente alle ASL di competenza. Si tratta di un evento non certo secondario ma fortemente innovativo: le carceri, luogo di reclusione ad istituzione totale, caratterizzato da un sistema rigidamente custodialistico, aprono le porte, ossia trasferiscono le rispettive competenze e responsabilità, al “libero” Sistema Sanitario Nazionale, ossia al territorio. Precedentemente infatti la sanità negli istituti carcerari veniva gestita totalmente dall’Amministrazione Penitenziaria: personale medico e infermieristico, centri clinici (a Poggioreale esisteva già il centro clinico San Paolo), ambulatori in ogni padiglione, centri clinici specializzati per TBC o di Osservazione Criminologia, per tossicodipendenti ecc...

Una riforma questa che certamente garantisce una più completa e migliore qualità nella erogazione dei servizi sanitari e curativi alla persona detenuta. Si tratta di un fatto evidentemente importante e che presuppone però un cambiamento di tipo culturale, che sta alla base della riforma stessa. Il trasferimento cioè delle competenze dalla medicina penitenziaria al sistema sanitario nazionale, dovrebbe essere in grado di promuovere e produrre in positivo, non tanto una discontinuità col passato, ma soprattutto una globale presa in carico della salute totale della persona. Elemento e condizione indispensabile ai fini anche della rieducazione e della risocializzazione, ossia della proposta di un nuovo progetto di vita al detenuto, e creare così un salto di qualità per una garanzia di cure omogenee tra il dentro ed il fuori.

Le persone detenute, in genere, ricorrono alle cure del medico e degli infermieri a partire dai loro vissuti legati, per molti, ad esigenze di salute che nascono da esperienze di forte degrado sociale: dipendenze (droghe, alcool...) disturbi mentali, situazioni gravi di emarginazione sociale, senza fissa dimora, immigrazione clandestina... Non va infatti dimenticato che il carcere, da sempre, è un luogo in cui si evidenziano ed assommano tutte le disuguaglianze, le criticità, disfunzioni ed emarginazioni di questa nostra società.

Da qui provengono anche molte delle varie situazione di malattia che si presentano nelle infermerie delle carceri e che sono in genere alquanto critiche. Queste infatti spesso sono il risultato della non cura personale della salute, dovuta soprattutto, come si diceva, ai tanti pregressi vissuti di emarginazione sociale, ma in certi casi anche da una non possibilità di curarsi. Per questo sovente si riscontrano situazioni, per le quali, paradossalmente, l’entrata in carcere porta le persone ad occuparsi di più, o di nuovo, della propria salute e per questo porre domande di assistenza e di cura.

Da qui le domande di visite mediche, di farmaci e di cure che diventano moltissime, a volte abnormi. Ma queste domande sono anche la spia di malattie psicologiche indotte:

- dall'essere rinchiusi nell'isolamento di un carcere, con una forte insicurezza per il proprio futuro e per quello dei propri familiari;
- dal sostituire l'uso di sostanze stupefacenti con farmaci che accompagnano e coprono, almeno in parte, la propria astinenza sia fisica e sia psicologica;
- dall'essere tormentati dal pensiero dominante delle incertezze e delle paure dei propri processi;
- dalla passività dovuta all'inattività, e questo per tempi che sanno sempre di eternità;
- dalla convivenza forzata e dalla promiscuità;
- della insicurezza e precarietà delle condizioni igieniche....

In questo senso il carcere stesso si presenta come il grande malato che genera e produce malattie. I casi di suicidio o di tentato suicidio sono solo il più eclatante segnale dello star male, sia fisico che psicologico, nel carcere.

Ne consegue che in carcere la malattia ha più facce; ha la faccia buona e positiva della possibilità di curarsi, ma pure quella negativa dell'ammalarsi. Pensiamo ad esempio al rischio del contagio con infezioni, malattie veneree, epatiti, la tubercolosi e altro che, se non diagnosticate precocemente, rischiano di creare grossi problemi a tutti, detenuti ed operatori.

A questo proposito mi ritrovo pienamente, e non senza preoccupazione, su quanto si legge nell'allegato A) del DPCM dove, parlando di prevenzione, cura e riabilitazione nel campo della salute mentale, descrive una situazione che potrebbe ritenersi paradigmatica di ogni carcere. Recita infatti il testo: *«Secondo uno studio dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che riporta varie ricerche internazionali, circa la metà dei soggetti detenuti è affetta da un qualche disturbo di personalità, mentre un decimo soffre di serie patologie mentali quali psicosi e depressione grave. Quasi tutti i detenuti e i minori entrati nel circuito penale presentano episodi di umore depresso. Ed è altresì noto un tasso di suicidi e tentativi di suicidio fra i detenuti più elevato rispetto alla popolazione generale»*. Nella mia pluriennale esperienza nelle carceri, più volte mi è capitato di paragonare gli istituti penitenziari ad un qualsiasi nosocomio o corsia di ospedale.

Ai dati piuttosto preoccupanti dell'OMS riportati nell'allegato, fa seguire la proposta di un programma sistematico tale da affrontare con professionalità le problematiche emergenti in modo adeguato, tra cui: *«Curare la formazione e l'aggiornamento degli operatori coinvolti, ivi compreso il personale penitenziario secondo moduli che tengano conto delle specificità del contesto in cui si opera»*. Teniamo presente che le carceri sono sempre luoghi ad istituzione totale per il servizio della custodia e della privazione della libertà delle persone; per questo sono convinto che alla base

dei moduli formativi per il personale, si debbano inserire tematiche sulla “deontologia professionale” e “l’umanizzazione dei servizi”.

Ma poiché infatti il Codice Deontologico diviene per l’Operatore Sanitario legge da osservare scrupolosamente, si tenga presente che in taluni casi potrebbero sorgere conflitti, tali da scontrarsi, o sovrastare, con le norme giuridico penali e del severo custodialismo carcerario. Ci si potrà chiedere allora come conciliare l’umanizzazione e la tutela dei diritti del malato tali che offrano alla persona carcerata risposte puntuali di cura della salute, a fronte del rigidismo del sistema custodialistico, dettato ovviamente da motivi di sicurezza. Se però da una parte giustamente si parla dell’esigenza di avere operatori sanitari e personale penitenziario eticamente e professionalmente preparato, attento e cosciente, tuttavia non dobbiamo ignorare che anche da parte dei detenuti ci sono i veri malati, ma ci possono essere anche i finti malati, ossia il malato immaginario o mistificatore. L’ambiente carcerario può portare anche a questo e conseguentemente creare veri problemi. Il detenuto infatti, data la sua situazione particolare, attiva tutti i meccanismi di difesa possibili perché può tornare utile per lui farsi passare per malato o anche per pazzo pur di avere vantaggi o benefici. Occorre sempre indagare con prudenza perché la posta in gioco è sempre la persona umana nella sua integrità. Anche per questo si dovrà comunque e sempre parlare di una “custodia carceraria etica” nei confronti del malato e della malattia che parta dal dare le cure mediche le più adeguate possibili anche in carcere, nel rispetto profondo della persona, prescindendo cioè da ogni giudizio circa la colpevolezza o meno, la tipologia del reato, la volontà o meno di rieducazione.

5. Alcuni problemi aperti

Il trasferimento delle funzioni sanitarie dall’Amministrazione Penitenziaria al Servizio Sanitario Nazionale avrebbe dovuto garantire nelle carceri un miglior funzionamento dei servizi per una salute migliore. Tuttavia sembrano persistere tutt’ora notevoli difficoltà e carenze, come pure disparità di applicazione del DPCM da un Istituto all’altro e tra le stesse Regioni. Numerosi rimangono ancora i problemi non risolti sia dal punto di vista strutturale che negli organici del personale ecc. Non possiamo ignorare però alcuni fenomeni alquanto allarmanti che aggravano, condizionano e preoccupano notevolmente la situazione.

Tra questi ne segnalo alcuni:

1. Il sovraffollamento. Gli ultimi dati ufficiali parlano di più di 69.100 detenuti attualmente rinchiusi nelle carceri del nostro Paese a fronte dei

44.000 posti-cella previsti. Sarebbe doveroso innanzitutto, come cittadini, interrogarsi sul perché di questo preoccupante, progressivo aumento della popolazione carcerata. Si tratta di una situazione emergenziale gravissima e drammatica, che è sotto gli occhi di tutti e che rende assolutamente precarie e problematiche le condizioni di vita dei detenuti stessi nonché i livelli igienico sanitari. A questo se aggiungiamo l'endemica carenza del personale si capisce come anche questo contribuisca alla lentezza dell'attuazione e alla mancata riforma della sanità penitenziaria. Il sovraffollamento complica i già precari limiti di vivibilità, peggiora in modo evidente la condizione della salute nelle carceri ed è certamente una delle principali cause del malessere nelle prigioni italiane.

2. Suicidi. Altra tragica ed allarmante realtà, conseguenza anche del sovraffollamento che costringe spesso a convivenze molto difficili, è quella dei sempre troppo numerosi suicidi nel carcere. Si parla poco inoltre dei tentati suicidi che, nei 206 penitenziari del Paese, alcune fonti sostengono che ne avvengano ben tre al giorno. Si tratta di un lugubre campanello d'allarme che porta alla ribalta la situazione delle cattive condizioni di vita, e riaccende la discussione sul funzionamento della sanità nelle carceri. Anche un solo uomo che rinuncia a vivere dovrebbe interrogarci profondamente sulla necessità di una maggior umanizzazione delle carceri; ma sarebbe anche disumano non far nulla per modificare queste situazione.
3. Detenuti affetti da patologie gravi: dall'HIV alle epatiti, dalla tubercolosi all'AIDS ecc. Le situazioni talvolta sono drammatiche da indurre ad affermazioni, più volte ascoltate, quali "si può morire in carcere e non solo di suicidio, ma anche di malasanità". Alcuni dati, allarmanti di per sé stessi, ma che fanno di tragicità se contestualizzati nell'attuale situazione di sovraffollamento: il 35% dei detenuti è tossicodipendente; il 40%, rivela una fonte, è affetto da malattie infettive come epatite C.; mentre uno dei problemi di maggior gravità, di questi ultimi anni, riguarda l'aumento della popolazione carceraria affetta dal virus dell'HIV. Si tratta di malattie facilmente trasmissibili a fronte delle quali non possiamo abbassare la guardia.
4. Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Una riflessione a sé merita la realtà degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, luoghi nei quali la tutela della salute dovrebbe essere al primo posto ed anzi, più che per la tutela, si deve parlare di strutture appositamente finalizzate al recupero, per quanto possibile, della salute mentale degli internati. Il DPCM del 2008 detta in modo puntuale quanto è necessario compiere per il superamento dell'OPG, ma fino ad oggi poco si muove. E questo certamente non

sembra essere un modo per dare concretezza alla normativa cui lo stesso DPCM fa esplicito riferimento. E dove vengono affermati alcuni principi fondamentali tra cui la necessità di: «eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione;...favorire il recupero e il reinserimento sociale dei disturbati psichici» (Legge 833/78); si richiama inoltre il criterio della territorialità: «l'ambito territoriale costituisce, dunque, la sede privilegiata per affrontare i problemi della salute, cura e riabilitazione delle persone con disturbi mentali». Negli attuali OPG invece assistiamo spesso ai cosiddetti fenomeni di “ergastolo bianco” e cioè più si avvicina il cosiddetto fine pena della persona interessata e più il territorio svanisce, compresi i rapporti parentali. Così la persona dovrà rimanere nell'istituto perché fuori più nessuno la vuole.

5. Immigrazione: secondo i dati ufficiali del DAP i detenuti stranieri immigrati attualmente presenti nelle nostre carceri sono circa 25.300. È doveroso rilevare come la stragrande maggioranza di questi siano irregolari. Sembra infatti che in proporzione gli immigrati regolari delinquino meno degli italiani. E questo anche se, come si legge nell'ultimo dossier Caritas «in Italia è maggiormente diffusa la propensione a considerare l'immigrato più un pericolo da cui difendersi che un soggetto da tutelare». I problemi sono numerosi: le condizioni precarie di salute dell'immigrato, considerando anche le loro provenienze e le condizioni “al limite” dei loro vissuti, sono da ritenersi una categoria a rischio; le stesse manifestazioni patologiche dello straniero non sono sempre di facile comprensione; i numerosi casi di disagio psichico, di tentativi di suicidio e di fenomeni di autolesionismo; la problematicità della relazione medico-detenuto paziente...Ricordiamo inoltre che i detenuti di religione islamica sono circa 10.000, sono osservanti del Ramadan e chiedono vitto separato.

6. *Diritto dovere di aver cura di sé*

La volontà di curare la propria malattia, nelle persone in situazione di non libertà, comporta spesso la fatica nel farsi riconoscere nei propri bisogni e diritti; la difficoltà di raggiungere l'infermeria, del sapersi esprimere o farsi comprendere, come nel caso delle persone straniere, alcune volte il trovare concretamente i farmaci disponibili o la possibilità di una diagnosi più approfondita della propria malattia.

Sempre, ma soprattutto nel caso del malato in situazione di detenzione, si esigono atteggiamenti di rispetto per i problemi della salute, congiunta-

mente a compiti di carattere orientativo ed educativo che richiedono molta pazienza nel ricostruire un corretto dovere al curarsi e nel modo più giusto possibile.

Auspichiamo per questo una rapida e funzionale attuazione anche del citato DPCM, così che le pene tendano realmente alla rieducazione e risocializzazione del detenuto, nel totale rispetto della sua persona, non disgiunto quindi della salute.

Si potrà così, forse, realizzare l'auspicio che l'allora direttore generale Nicolò Amato, aveva coniato, ai bei tempi del varo della Riforma Penitenziaria, quando parlava del cosiddetto "*carcere della speranza*". E oggi si parla anche di riforma del Codice Penale e, per la prima volta, sembra si voglia proporre la diversificazione del sistema sanzionatorio; ossia non più solamente la pena detentiva. Auguriamoci che si realizzino questi tempi messianici e si possa così riprendere ancora lo slogan del carcere della speranza degli anni 70 quando si auspicava anche un "*carcere, meno carcere, non carcere*". È quello che ci auguriamo almeno per questo nostro carcere di oggi!

LUIGIA MELILLO

LA SALUTE DELLE PERSONE “RISTRETTE”

1. Il tema di questa giornata è di fondamentale importanza. Sono anni che sia la cattedra di bioetica interculturale de L'Orientale, sia il suo Centro LifeLong Learning che presiedo, dedica a questo specifico argomento, e più in generale alla questione della garanzia dei diritti delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale, una grande attenzione sia in termini di ricerca e didattica, sia in termini di operatività e prassi. Mi piace qui ricordare, ad esempio, la collaborazione con l'Associazione *il Carcere Possibile* e con il Garante regionale per la traduzione della *Guida ai diritti e ai doveri dei Detenuti*, pubblicata proprio quest'anno in 6 lingue, che vuole essere uno strumento immediato ed utile per mettere a disposizione, innanzitutto ai migranti sottoposti a misure detentive, e più in generale a tutte le persone ristrette ed alle loro famiglie, una guida agile per avere consapevolezza di regole ma soprattutto diritti che devono essere riconosciuti alle persone private della loro libertà personale.

È proprio da questo concetto che, credo, sia necessario partire. La privazione della libertà personale, infatti, costituisce una misura che solo in età moderna viene riconosciuta dagli Stati come risposta “legale” all'aver commesso reato. Non posso qui ricordare il lungo percorso che dalle pubbliche esecuzioni fino alle pene corporali, quindi dall'internamento alla reclusione, passando per le teorie e le prassi disciplinari fino a quelle rieducative, ha segnato la lenta ma sostanziale evoluzione della risposta dell'autorità alle azioni connotate come reato. Molto ci ha insegnato in merito l'opera di Foucault, e sicuramente il percorso non può dirsi concluso. Anzi, siamo di fronte ad uno snodo fondamentale, dove gli studiosi, innanzitutto quelli di diritto penale, si interrogano sul sostanziale fallimento del modello rieducativo e sulla necessità di una sua revisione. Non è questo il luogo per affrontare questo affascinante dibattito e le diverse previsioni messe in campo. Di certo, però, la constatazione del fallimento non può prescindere dall'analisi delle motivazioni che lo hanno determinato. Queste sono diverse, e, prima ancora che la tipologia di azioni di risocializzazione messe in campo all'interno delle carceri, chiamano in causa, innanzitutto, il livello

più generale dello stato evolutivo della nostra società, della sua capacità di garantire reali processi di risocializzazione, sia, da un punto di vista meta-culturale di superamento dello stigma, sia, naturalmente, da un punto di vista sociale e politico nella capacità di dare risposte complessive, soprattutto di tipo occupazionale, ma anche nei più ampi termini di qualità della vita. A questo, oggi, si aggiunge, in molti Stati tra cui sicuramente anche l'Italia, una preoccupante tendenza all'estensione della penalizzazione di comportamenti e prassi. Estensione della penalizzazione che, inoltre, passa non attraverso riforme della Giustizia e del Diritto, ma attraverso la via amministrativa, decretando da un lato scelte di indirizzo proibizionista e dall'altro la rivendicazione della "tolleranza zero" verso usi, comportamenti e processi di vita ritenuti, per diverse considerazioni, illegittimi. Questo, sostanzialmente, si traduce, innanzitutto, nel progressivo affollamento delle nostre carceri: gli oltre 68 mila reclusi in Italia (a fronte dei 44612 posti regolamentari), pongono, prima ancora che un dato allarmante (in gran parte identico se non peggiore di quello che determinò la scelta dell'indulto) un pesante interrogativo sul tipo di politiche che abbiamo scelto di seguire. E anche solo a fronte di un dato del genere parlare di carcere capace di garantire la risocializzazione, sinceramente, appare quantomeno illusorio.

Questo perché, innanzitutto il sovraffollamento, ha ricadute pesantissime sulla garanzia dei diritti delle persone sottoposte a restringimento della libertà personale, e prioritariamente quello alla salute.

Lasciamo parlare i dati: dal 1 gennaio 2000 al 23 ottobre 2010, secondo quanto diffuso dall'Osservatorio Permanente sulle morti in carcere costituito da diverse associazioni tra cui Antigone (dati solo in minima parte discrepanti da quelli forniti dal Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria) si sono registrati 616 suicidi ed un totale di 1704 morti.

Nel solo 2010, fino al 23 ottobre si sono avuti 56 suicidi (52 secondo il DAP con i dati al 13 ottobre). Complessivamente fino al 23 ottobre 2010, 141 morti. Il trend resta quindi drammaticamente identico: sia sui dieci anni che nel solo 2010 oltre un terzo delle morti in carcere avvengono per suicidio.

Inoltre, secondo i dati del DAP, per il 2010, fino al 13 ottobre si sono verificati 4585 episodi di autolesionismo.

E se i dati, pur nella loro cruda brutalità, restano tuttavia anonimi, proviamo a tradurli attraverso una storia esemplificativa. Raccontiamo allora brevemente quella di Angelo Russo, riportata anche nel rapporto sulla situazione delle carceri campane redatto dall'Associazione Antigone a luglio 2010. Angelo, 31 anni, è un paziente psichiatrico con diagnosi di schizofrenia grave curato presso un centro di igiene mentale. È proprio qui che

Angelo, secondo l'accusa che porterà al suo arresto il 24 febbraio, avrebbe usato violenza nei confronti di una ragazza anche lei sofferente psichica. Angelo è condotto a Poggioreale formalmente indagato e non ancora rinviato a giudizio, sulla base di una presunzione di pericolosità sociale. Il 10 marzo Angelo, nel corso della giornata manifesta più volte segni evidenti di crisi psicotica. Ma questo non basta ad assicurargli, quantomeno, una sorveglianza a vista. La sera di quel giorno, con stracci di indumenti, Angelo si impicca e morirà dopo qualche ora di agonia al San Giovanni Bosco. Non vogliamo entrare nel merito della complessa vicenda giudiziaria, né tanto meno addentrarci nel complesso novero della definizione di pericolosità sociale che meriterebbe un preciso approfondimento. Vogliamo però sottolineare come sia sconcertante che una persona già affetta da patologia, in questo caso psichiatrica, già curato dal Servizio Sanitario Nazionale, veda poi interrotta sia la continuità che la qualità dell'assistenza sanitaria che gli dovrebbero essere garantite.

La lesione del diritto alla salute appare palese. Al di là dello specifico caso, se questa lesione del diritto, come abbiamo già detto, trova la prima causa nel sovraffollamento delle carceri, che chiaramente mette a rischio la salubrità e l'igiene degli ambienti di vita carcerari, e quindi la tutela della salute delle persone ristrette (non è difatti casuale l'aumento dell'incidenza di malattie infettive e psichiatriche), è evidente che il mancato rispetto della tutela della salute in carcere si determina anche a causa di una riforma che stenta a decollare. Parliamo, quindi, del già citato trasferimento delle funzioni sanitarie nei confronti dei detenuti e degli internati dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale, partito in attuazione del d.lgs. 230 del 1999 e formalmente conclusosi con la Legge Finanziaria del 2008 e quindi coll'emanazione, il 1 aprile 2008, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri per la definizione delle modalità e dei criteri del trasferimento di tutte le funzioni sanitarie, dei rapporti di lavoro ad esse correlate, delle relative risorse finanziarie, attrezzature e beni strumentali, afferenti alla sanità penitenziaria, dal ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale.

Si è già discusso oggi di questo tema e, chiaramente, non voglio tediarvi tornando a sviscerarlo. Tuttavia, anch'io voglio sottolineare che mettere in luce ritardi ed inadempienze non vuol dire porre in discussione il principio di fondo della riforma, che anzi va sostenuto proprio perchè restituisce al novero della garanzia costituzionale il diritto alla salute delle persone soggette a restrizione della libertà personale. Ma si devono evidenziare i limiti strutturali che impediscono a questa riforma di prendere corpo nella prassi. Innanzitutto i ritardi nel trasferimento dei fondi dal-

lo Stato alle regioni. Le regioni sono costrette ad anticipi di cassa che, in realtà già disastrose come quella campana, determinano carenze ormai divenute endemiche e al limite del collasso, con aziende sanitarie locali che hanno forti difficoltà ad assicurare anche le funzioni assistenziali di base nei confronti della popolazione carceraria. A fronte di necessità di spesa che in regioni come la Campania sarebbero stimabili intorno ai 20 milioni euro, in assenza di appostamenti statali, il governo locale, nella migliore delle ipotesi, riesce comunque ad anticiparne, con ritardo, poco più di un quarto. A questo si aggiungono il susseguirsi di disagi e ritardi nel trasferimento di competenze dal Ministero della Giustizia a quello del Welfare, le difficoltà di inquadramento del personale sanitario di ruolo e soprattutto di quello in convenzione (che poi costituisce la vera e propria ossatura del sistema sanitario penitenziario), l'endemica carenza numerica di figure sociali di sostegno da recuperare attraverso l'intervento del terzo settore. Ed ancora, la necessità di dar vita a politiche diverse in merito al contrasto delle dipendenze e alla tutela della salute mentale. Rispetto a quest'ultimo aspetto voglio ricordare che secondo i dati della Società Italiana di Medicina e Sanità Penitenziaria oltre il 10% della popolazione carceraria è affetto da disturbi di natura psichiatrica (oltre 6000 persone di cui più di 1500 internate in OPG). Dalle relazioni del Dipartimento per le politiche antidroga, invece, evinciamo che, a seguito della legge 49/2006, la c.d. legge Giovanardi, che ha modificato, seguendo un indirizzo maggiormente repressivo, il "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", sul totale degli ingressi nelle carceri italiane, già nel 2008 ci sono stati oltre 28 mila ingressi per reati connessi alla violazione del Testo Unico, mentre oltre 30 mila risultano i tossicodipendenti entrati in carcere. La percentuale dei tossicodipendenti sul totale della popolazione carceraria è stimabile intorno al 33%. All'ottobre 2009 la percentuale di popolazione presente in carcere per violazione della legge sugli stupefacenti era del 14,2%. A questa percentuale va aggiunta una quota percentuale di quelle presenti in carcere per reati contro il patrimonio e contro la persona comunque riconducibili a esperienze personali di dipendenza. Chiaramente l'inasprimento penale della lotta alle dipendenze determina un netto aumento della popolazione carceraria e, probabilmente, non consente di fornire le adeguate risposte di carattere socio-sanitario e riabilitative necessarie. Quindi, seppure il legislatore volesse mantenere una disciplina repressiva (a dispetto di altre legislazioni nazionali che invece sperimentano azioni volte alla depenalizzazione per quanto riguarda il consumo di determinate tipologie di sostanze psicotrope), ci sembrerebbe

comunque necessario la previsione normativa di misure alternative alla detenzione. Questo principio, in realtà, appare comunque auspicabile per una più ampia gamma di reati cosiddetti minori e soprattutto per quanti sono in attesa di sentenza definitiva.

2. Andrebbe poi specificata a parte la tutela della salute dall'interno degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Ci basta qui riportare il giudizio espresso da Marc Neve, portavoce del Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa successivamente ad un sopralluogo del settembre 2008 all'OPG di Aversa: «Inimmaginabile. Mobili disgustosamente sporchi, ratti nel cortile, mancanza dell'attrezzatura più basica e strumentazione medica risalente anche a 35 anni fa. In questa struttura i reclusi-pazienti che mostravano comportamenti aggressivi venivano immobilizzati anche per dieci giorni a un letto. Per 24 ore su 24 rimanevano legati mani e piedi e al livello del torace senza alcuna possibilità di muoversi, semi nudi, senza mai essere lavati, su un materasso di lattice con un'apertura centrale sotto la quale era posto un secchio per raccogliere urina e escrementi» (Fonte ANSA, 20 aprile 2010). Giudizi confermati quest'estate dalla commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia del sistema sanitario guidata da Ignazio Marino, il quale, a seguito dell'ispezione del giugno scorso, ha affermato: «Devo purtroppo dirvi che ciò che abbiamo avuto modo di vedere è tale da destare sconcerto, turbamento e profonda indignazione: celle luride e affollate al di là della soglia di tollerabilità; internati seminudi e madidi di sudore a causa della temperatura torrida, per lo più sotto l'evidente effetto di forti psicofarmaci; servizi igienici in uno stato indescrivibile». E di pochi giorni fa è il sequestro, per gravi irregolarità, della farmacia dello stesso OPG di Aversa. Situazioni simili, come documentano numerose visite eseguite in questi anni negli OPG italiani, sono riscontrabili anche negli altri ex manicomii giudiziari, ed innanzitutto all'OPG di Napoli oggi all'interno del Carcere di Secondigliano. Siamo di fronte non solo all'alienazione del diritto alla salute, ma soprattutto alla messa in discussione del più elementare diritto alla salvaguardia della dignità umana. In alcuni casi di ricorso forzato e continuato alla contenzione fisica, non sembra azzardato affermarlo, sembrano configurarsi vere e proprie forme di tortura. E qui, allora, vale la pena ricordare che nonostante la ratifica della convenzione internazionale, manca ancora in Italia una previsione certa del reato di tortura. Né pare sufficiente, come pure ha provato a fare l'Alta Corte, farlo discendere da altre previsioni normative o addirittura dall'art. 13 della Costituzione. Il reato di tortura, oltre che un obbligo internazionale verso

il quale il nostro Paese si mantiene inadempiente, sembrerebbe necessario per restituire giustizia a casi come quello di Stefano Cucchi, ma anche a tanti episodi che si verificano in alcune carceri, in molti OPG, all'interno dei Centri di Identificazione ed Espulsione.

3. Quello dei CIE rappresenta un altro capitolo che meriterebbe un approfondimento a parte che qui non è possibile realizzare. Certamente, però, le indagini effettuate anche dagli organismi internazionali, e di cui abbiamo voluto fornire contezza anche all'interno di uno studio a più mani sulla questione migranti, A distanza d'offesa, realizzato a partire dalle ricerche della cattedra di bioetica interculturale, questi luoghi si raffigurano pienamente come luoghi d'eccezione all'interno dei quali la garanzia dei diritti, e principalmente di quello alla salute, viene pesantemente messa in discussione. Come già fatto all'interno di quel testo, allora, anche in questa occasione voglio ribadire l'idea che la configurazione penale di un reato di clandestinità, rappresenta un grave vulnus alla tutela democratica dei principi morali di accoglienza dell'altro e giuridici di tutela dei richiedenti asilo, pure tutelati dalla Carta Fondamentale dei Diritti dell'Uomo e dalla nostra stessa Costituzione.

4. Apprestandomi alle conclusioni, debbo ribadire che finchè esisteranno condizioni come quelle del carcere di Poggioreale dove, a fronte di una capienza regolamentare di 1347 unità si giunge alla presenza degli oltre 2700 detenuti attuali, dove in una cella si arriva fino a 12-14 detenuti con un solo bagno interno alla cella, dove le docce sono quasi tutte esterne alle celle ed accessibili solo 2 volte a settimana, dove a causa del sovraffollamento le ore d'aria si riducono a 2 e le attività formative e scolastiche sono complicatissime, finchè, quindi, perdureranno situazioni di disumanità di questo tipo, la tutela della salute delle persone ristrette resterà utopia.

Certo esistono esempi di carceri diversi, come quello di Bollate, che potrebbero assurgere a modello di una rivoluzione possibile del mondo carcerario. Partendo appunto dalla garanzia dei diritti tra cui sicuramente quello all'affettività. Non sembri questa un'affermazione paradossale. È vero, abbiamo parlato di un'emergenza dovuta al sovraffollamento, di una riforma che stenta a decollare, di problematiche che afferiscono a questioni prioritarie come l'adeguamento funzionale dei Centri Diagnostici Terapeutici (CDT), i reparti per HIV, le sezioni di psichiatria, le strutture sanitarie esterne, le custodie per tossicodipendenti, le strutture di cura per patologie

croniche. Può sembrare quindi utopico parlare di un diritto all'affettività. Eppure, siamo convinti che la tutela dell'affettività, che si traduce nella garanzia di preservare un diritto all'intimità di coppia ma anche nella semplice possibilità strutturale di costruire nuovi asili nido nelle carceri, debba essere una sorta di stella polare se si vuole veramente realizzare un mutamento strutturale e non solo contingente del sistema carcerario. D'altro canto, se davvero pensiamo al carcere non esclusivamente come sistema punitivo e vogliamo garantire che la persona ristretta non viva una condizione di assoluto distacco rispetto al mondo esterno, condizione che rende ancora più problematico il futuro reinserimento sociale, allora dobbiamo individuare proprio nella garanzia del diritto all'affettività un principio necessario da seguire e perseguire. Le ricadute sulla salute mentale, sul benessere psicofisico delle persone ristrette, inoltre, mostrano come questo diritto si iscriva pienamente nella garanzia del diritto alla salute secondo la stessa definizione della salute data dalla Comunità Internazionale.

Nel momento storico che viviamo la paura è diventata sentimento predominante e la colpevolizzazione, la ricerca del capro espiatorio si fa economia dell'azione politica. L'ideologia del rifiuto, la cultura del privatismo, la spettacolarizzazione delle storie di orrore quotidiano che trasformano drammi in occasioni per l'auditel, il clima di restringimento della garanzia dei diritti che attanaglia soprattutto le giovani generazioni, ma non solo, tutto questo rende sicuramente "impopolare" una discussione sulla garanzia dei diritti delle persone ristrette. Eppure, è proprio nella garanzia dei diritti dei più deboli che si misura il grado di sviluppo di una democrazia. Per questo la due giorni del CIRB è così importante, per questo la tutela del diritto della salute dei detenuti deve diventare un obiettivo prioritario non solo della politica, ma anche del mondo scientifico e della cultura. Perché sono in gioco le stesse garanzie costituzionali che sono alla base del nostro Paese. Mi piace allora concludere ricordando che la garanzia del diritto alla salute delle persone ristrette discende direttamente dal principio personalistico di tutela della salute garantito dall'art. 32 dalla nostra Carta Costituzionale.

LA SALUTE DEGLI IMMIGRATI

EMANUELE ROSSI - FRANCESCA BIONDI DAL MONTE
IMMIGRAZIONE E DIRITTO ALLA SALUTE

1. *Premessa*

Come si legge nel Dizionario delle diversità¹, una correlazione specifica tra immigrazione e salute è difficilmente individuabile in quanto le persone coinvolte nei fenomeni migratori non costituiscono una categoria uniforme, né dal punto di vista sanitario, né sociologico, né antropologico. Con riferimento alla richiesta di salute poi non pare che si possa operare alcuna distinzione tra popolazione immigrata e popolazione non immigrata, semmai sono riscontrabili solo delle similitudini o differenze (predisposizioni ad alcune malattie, abitudini igienico-alimentari, ecc.) tra popolazioni appartenenti a gruppi etnici diversi. Senza considerare inoltre che, al di là dei comuni fattori di rischio che si riconnettono al viaggio e al cambiamento ambientale, la correlazione tra immigrazione e salute appare un fenomeno sfuggente che sembra riconnettersi maggiormente all'ambito delle disuguaglianze, rappresentando più un problema di equità che di individuazione di malattie specifiche.

Di qui la necessità di condurre un'analisi giuridica finalizzata ad indagare i criteri e le modalità di riconoscimento del diritto alla salute agli immigrati. Come vedremo sia nella Costituzione italiana che nelle fonti internazionali il diritto alla salute è qualificato come diritto inviolabile che spetta alla persona in quanto tale, a prescindere dalla condizione di cittadinanza. Eppure quando tale diritto viene declinato nei confronti del non cittadino, possono rilevarsi alcune distinzioni che il legislatore e la giurisprudenza – anche costituzionale – hanno compiuto nel corso di questi anni.

In questo senso il testo unico in materia di immigrazione, d.lgs. 286/1998, ha ricostruito il diritto alla salute dello straniero tracciando una netta differenziazione tra immigrati regolari e non regolari, immigrati iscritti al servizio sanitario nazionale e non iscritti, modulando conseguentemente in

1 G. BOLAFFI, R. BRACALENTI, P. BRAHAM, S. GINDRO (a cura di), *Dizionario delle diversità, parole e concetti per capire l'immigrazione*, Roma, 289 ss.

modo differente il contenuto del diritto alla salute loro riconosciuto. Così nella giurisprudenza costituzionale – tralasciando in questa sede l'annoso problema di distinguere con certezza tra diritti inviolabili e altri diritti, e dando almeno per presupposta l'individuazione della categoria "diritti inviolabili"² – in più di un'occasione la Corte costituzionale ha evidenziato che il riconoscimento ai non cittadini di un diritto riconosciuto ai cittadini non comporta una completa parificazione tra le due condizioni.

Nel presente contributo, si vuole quindi indagare se di fronte alla tutela della salute la posizione giuridica dello straniero sia equiparabile a quello del cittadino o se siano rilevabili alcune differenze. Per trovare una risposta a tale quesito partiremo dalla ricostruzione del diritto alla salute come diritto inviolabile dell'uomo, e dalla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali della persona, per soffermarci poi sull'attuazione normativa dei principi costituzionali in tema di tutela della salute.

2. Il diritto alla salute come diritto fondamentale

La salute è l'unico diritto che la Costituzione qualifica come fondamentale, sul presupposto che esso costituisca il nucleo fondativo di tutti gli altri diritti costituzionali e il presupposto irrinunciabile per la piena realizzazione della persona umana³. Il bene della salute è infatti tutelato dall'art. 32, primo comma, della Costituzione «non solo come interesse della collettività ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo»⁴, che impone piena ed esaustiva tutela⁵, in quanto «diritto primario e assoluto,

2 Come noto in dottrina è stato sollevato un problema terminologico su cosa si intenda con tale formula, data anche la promiscuità dei termini utilizzati nella giurisprudenza costituzionale (diritti fondamentali, diritti inviolabili, etc.). Sul punto cfr. A. SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei diritti «fondamentali»*, in Aa.Vv., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 235 ss. Al riguardo sia consentito rinviare anche a E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 44.

3 In generale sul punto si veda G. ALPA, *Salute (Diritto alla)*, in *Nov. Dig. it.*, Appendice, Vol. VI, 1987, 913 ss., C. TRIPODINA, *Commento all'art. 32*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008, 321 ss., e B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C. E. Gallo, B. Pezzini, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 7 ss.

4 Corte cost. sent. 356/1991.

5 Corte cost. sentenze nn. 307 e 455 del 1990.

pienamente operante anche nei rapporti tra privati»⁶ ed identificabile, nella sua accezione più ampia - coniata dalla Corte costituzionale proprio in una decisione in materia di condizione dello straniero - anche come «diritto ai rimedi possibili [...] alle menomazioni prodotte da patologie di non lieve importanza»⁷. Nella più recente giurisprudenza costituzionale, infatti, la necessità di una tutela ampia del diritto alla salute si estende anche oltre il nucleo essenziale e irriducibile del diritto, coprendo anche le “provvidenze” indirette, come la previsione di tariffe agevolate per il trasporto pubblico degli invalidi o le prestazioni economiche connesse a condizioni di invalidità⁸.

La tutela del diritto alla salute, come diritto all’integrità personale, non è identificabile nella semplice integrità fisica, né nella sola assenza di malattie, ma nella complessiva situazione di integrità psico-fisica del soggetto, tanto che all’art. 32 Cost. è stato ricollegato anche il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di tale situazione⁹.

Il riconoscimento della salute come diritto fondamentale porta con sé precise conseguenze giuridiche in quanto, alla stregua di tutti i diritti fondamentali, esso deve ritenersi inalienabile, intrasmissibile, indisponibile ed irrinunciabile. Tuttavia, come evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale, si tratta di un diritto condizionato dall’intervento pubblico: di un diritto cioè la cui azionabilità e il cui godimento dipendono dalla predisposizione attiva da parte pubblica di strutture, procedure e mezzi necessari. Ed inoltre deve ricordarsi che il diritto alla salute è un diritto proteiforme, data la pluralità delle situazioni giuridiche soggettive che con esso si intendono garantire: tra le quali non soltanto la pretesa negativa dell’individuo a che i terzi si astengano da comportamenti pregiudizievoli per la propria salute, ma anche la pretesa positiva a che la Repubblica predisponga le strutture e i mezzi necessari a garantire cure adeguate a tutti¹⁰.

Venendo al tema che qui interessa, in quanto diritto assoluto e fondamentale dell’uomo, quello alla salute è un diritto strettamente inerente alla

6 Corte cost. sentenze nn. 202/1991, 559/1987, 184/1986, 88/1979.

7 Si tratta della sentenza 306/2008 in materia di indennità di accompagnamento.

8 Come rileva B. PEZZINI, *I diritti sociali*, in A.I.C., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, 172, in riferimento alle sentenze della Corte costituzionale nn. 432/2005 e 306/2008 cit. Al riguardo si veda comunque *infra* § 3.

9 Si pensi ad esempio al risarcimento del danno biologico, il quale trova un diretto fondamento nell’art. 32 Cost. Al riguardo cfr. sentenze n. 356 e n. 485 del 1991. Si vedano anche le precisazioni della Cassazione civile, Sez. Un., sent. 11.11.2008 sulla risarcibilità del danno esistenziale.

10 Sul punto C. TRIPODINA, *Commento all’art. 32*, cit., 321.

persona umana e per tale ragione esso deve (*rectius* dovrebbe) essere riconosciuto all'individuo a prescindere dalla cittadinanza.

Tale affermazione trova del resto conforto anche nelle fonti internazionali ove il diritto alla salute riceve un diretto riconoscimento¹¹.

Nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel dicembre del 1948, troviamo all'art. 25 la prima proclamazione del diritto alla salute quale diritto di tutti gli individui in quanto tali. Nonostante il carattere non vincolante della fonte, l'enunciazione in essa contenuta merita una specifica attenzione, per l'ampia portata riconosciuta al diritto in questione. In particolare, si prevede che ogni individuo abbia diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà.

Come si evince dalla lettura di tale disposizione, il diritto individuale ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della famiglia non viene quindi limitato all'esclusiva assistenza sanitaria, ma si pone in stretta connessione con altri diritti sociali, quali appunto l'abitazione e l'assistenza sociale. Del resto nelle stesse fonti internazionali il diritto alla salute trova un'ampia estensione, quale diritto di ogni individuo «a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire» (art. 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali), ulteriormente specificato ed ampliato «come stato di benessere fisico, sociale e mentale e non solo come assenza di malattia e di infermità» (Art. 1 della dichiarazione internazionale di Alma Ata del settembre 1978). E anche nell'ambito della Carta sociale europea, gli Stati contraenti riconoscono che ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile¹².

Una specifica attenzione al diritto alla salute, in vero più timida rispetto alle sopracitate fonti internazionali, si trova anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale prevede all'art. 35 che ogni

11 Sul diritto alla salute nelle fonti internazionali, con specifico riferimento alla condizione giuridica dello straniero, si veda la ricostruzione di F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali dello straniero tra frammentazione e non discriminazione*, Tesi di dottorato (XXII Ciclo del Dottorato in Diritto Costituzionale, IUS/08, Università di Ferrara), 107 ss.

12 Si vedano in particolare il principio n. 11 contenuto nella Parte I, e l'art. 11 e 13 della Parte II.

persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana.

Specificamente rivolte alla popolazione immigrata sono poi le previsioni contenute in altre fonti internazionali, quali l'art. 19 della Convenzione europea sullo *status* giuridico dei lavoratori migranti, la quale prevede che ciascuna parte contraente si impegni ad accordare ai lavoratori migranti e ai loro familiari, residenti regolarmente nel proprio territorio, la stessa assistenza sociale e medica riservata per i propri cittadini, e ciò in conformità agli obblighi assunti con accordi internazionali ed in particolare con la Convenzione europea di assistenza sociale e medica del 1953. Un esplicito riferimento al diritto alla salute degli stranieri irregolari è invece contenuto nell'art. 28 della Convenzione ONU sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie¹³, nel quale si riconosce loro il diritto alle cure mediche urgenti. Per quanto riguarda, invece, la salute del minore immigrato, la tutela accordata dallo Stato non può subire alcuna restrizione in ragione della sua condizione di irregolarità, in conformità con la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989¹⁴, richiamata espressamente dal testo unico in materia di immigrazione.

3. I diritti fondamentali e i diritti degli immigrati

Dal quadro sopra delineato, il diritto alla salute in quanto diritto fondamentale della persona dovrebbe essere riconosciuto anche allo straniero, a prescindere quindi dal possesso della condizione di cittadinanza.

Più in generale, infatti, in tema di diritti fondamentali, la tutela dello straniero e la connessa protezione costituzionale dei "diritti fondamentali" (ovvero dei "diritti inviolabili") degli stessi, trovano fondamento nella lettura sistematica di tre disposizioni costituzionali, le quali devono essere interpretate inscindibilmente l'una dall'altra: l'art. 2, nella parte in cui riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (disposizione che va letta in connessione con l'elenco dei diritti riconosciuti dagli art. 13 e ss. Cost., nonché con il catalogo dei diritti riconosciuti dagli atti internazionali recepiti nell'ordinamento italiano); l'art. 3, in quanto riconosce la pari dignità sociale e l'eguaglianza di tutti i "cittadini" (e, come si dirà, deve essere let-

13 La Convenzione non è ancora stata ratificata dall'Italia.

14 Si vedano in particolare gli artt. 24 e 25.

to come riferito ad ogni “persona”); l’art. 10, comma 2, in forza del quale “la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”¹⁵.

La Corte costituzionale ha in più occasioni affermato che a tutti gli individui in quanto tali sono riconosciuti i diritti inviolabili dell’uomo «che appartengono all’uomo in quanto essere libero», con la conseguenza che, nei casi concernenti l’applicazione di tali diritti, è garantita l’assoluta parità di trattamento tra cittadini e non-cittadini. In particolare, con la sentenza 120 del 1967 e con la giurisprudenza successiva, la Corte ha chiarito che «il principio di eguaglianza, pur essendo nell’art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale» e che i diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani¹⁶, come la stessa formulazione dell’art. 2 Cost. lascia chiaramente intendere (essendo riferita all’“uomo” e non al “cittadino”). Essendo poi, come si è detto, l’art. 2 una norma che deve essere integrata anche mediante le principali convenzioni internazionali sui diritti dell’uomo, il “catalogo” dei diritti inviolabili/fondamentali da riconoscere a tutti, senza che sia possibile distinguere tra cittadini e stranieri, è assai ampio e tendenzialmente espandibile¹⁷.

15 Per un approfondimento del quadro costituzionale di riferimento cfr. E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 156 ss., e M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 1992, 203 ss. A tale quadro normativo deve aggiungersi secondo P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in A.I.C., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 38 ss., anche l’art. 117, comma 1, Cost. che “attualizza, fissandone in modo più certo i contenuti, quel legame di (necessaria) conformità – e gli effetti che a questo si correlano – che, antecedentemente alla sua entrata in vigore era, in termini più diffusi, ascrivibile al solo art. 10, co. 2”.

16 Sul punto si veda Corte cost. sent. n. 105/2001, con i commenti di R. ROMBOLI, *Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte costituzionale afferma importanti principi, ma lo fa sottovoce*, in *Foro it.*, 2001, I, 2703 ss., e V. ANGIOLINI, *L’accompagnamento coattivo alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sent. n. 105/2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2001, 67 ss.

17 Si consentito rinviare sul punto a E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull’evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell’ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Cost.*, in corso di pubblicazione.

La stessa giurisprudenza costituzionale si è quindi trovata, nel corso degli anni, ad affermare la spettanza agli stranieri di numerosi diritti e libertà fondamentali - dal diritto alla vita al diritto alla salute; dal diritto al proprio decoro, onore e rispettabilità al diritto alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione; dalla libertà di manifestazione del pensiero al diritto di difesa; dal diritto di associazione al diritto di professare liberamente la propria fede religiosa, per arrivare fino al diritto di abitazione¹⁸ - andando talvolta anche ad integrare e correggere la disciplina stabilita in via legislativa¹⁹.

In questo senso risulta notevolmente ridotta anche la portata dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, secondo il quale lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità, e cioè a condizione che qui medesimi diritti siano garantiti al cittadino italiano nello Stato di appartenenza e provenienza dello straniero²⁰.

18 Sul punto G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, 240 ss. Al riguardo si veda anche G. MOSCHELLA, *La parabola dei diritti umani nella legislazione italiana sull'immigrazione*, in S. Gambino, G. D'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010, 484 ss.

19 Così, in materia di libertà personale, la Corte ha precisato che le garanzie di cui all'art. 13 della Costituzione non possono subire attenuazioni rispetto agli stranieri, considerato «il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica ma in quanto essere umani» (sentenza 105/2001 cit.); e del pari, in materia di tutela del diritto di difesa, la Corte ha precisato che «lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, fra i quali quello di difesa, il cui esercizio effettivo implica che il destinatario di un provvedimento, variamente restrittivo della libertà di autodeterminazione, sia messo in grado di comprenderne il contenuto ed il significato» (sentenze 10/1993; 198/2000; 245/2007). Nell'ambito dei rapporti familiari, la Corte ha poi riconosciuto il diritto dello straniero all'unità familiare, affermando espressamente che «il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono infatti diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri» (sentenza 28/1995; 203/1997; 224/2005).

20 Con riguardo a tale disposizione sono state prospettate in dottrina, e variamente accolte dalla giurisprudenza, tutte le ipotesi astrattamente possibili: quella dell'avvenuta abrogazione tacita ad opera dell'entrata in vigore della Costituzione (cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 30; A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, 325); quella della compatibilità con la Costituzione (cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 319; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Questioni sulla condizione giuridica dello straniero in Italia*, in *Riv. Dir. e Giur.*, 1963, 432 ss.; G. BISCOTTINI, *Il principio di reciprocità*

Si tratta, infatti, di una clausola – che in dottrina è stata da qualcuno definita “un residuo illiberale”²¹ – che non può trovare applicazione in relazione al godimento dei diritti fondamentali, come di recente ha sostenuto anche la Corte di Cassazione, affermando il seguente principio di diritto: «l’art. 16 delle preleggi sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona; poiché i diritti fondamentali come quelli alla vita, all’incolumità, ed alla salute, in quanto riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da detto articolo; e la relativa tutela va quindi assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza comunitaria od extracomunitaria»²².

Tuttavia dalla stessa giurisprudenza costituzionale emerge come non ogni diritto fondamentale possa e debba essere riconosciuto e garantito in egual misura a tutti, potendosi distinguere diversi livelli di tutela in ragione della diversa intensità del contenuto del diritto.

In più di un’occasione, la Corte costituzionale ha infatti affermato che il riconoscimento ai non cittadini di un diritto riconosciuto ai cittadini non comporta una completa parificazione tra le due condizioni. Occorre infatti considerare che all’interno di ogni diritto è individuabile un “nucleo irriducibile” cui si aggiunge una parte di tutela, per così dire, “meno fondamentale”. Tale ricostruzione risulta confermata del resto dalla previsione contenuta nell’art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione, che si riferisce per l’appunto ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, confermando conseguentemente l’esistenza di più livelli di tutela per un medesimo diritto. Soltanto ciò che attiene a detto nucleo irriducibile deve essere garantito a tutti (in forza evidentemente dei principi costituzionali sopra richiamati), mentre la parte ulteriore potrà essere garantita dal legislatore soltanto ad alcuni soggetti e non a tutti²³. È la conclusione cui

nell’ordinamento italiano, in *Diritto Internazionale*, 1967, I, 47), e quella, infine, intermedia, che ne ammette la sussistenza con riguardo a norme, contenute in trattati, che non siano riferibili a diritti fondamentali (cfr. A. CASSESE, *Art. 10.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975, 514, a cui aderisce anche M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 222).

21 Così A. PATRONI GRIFFLI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, 344. Contrario alla sua permanenza è, da ultimo, anche V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in A.I.C., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 10 ss.

22 Cfr. Corte di Cassazione, Sez. III Civile, sent. 7.5.2009, n. 10504.

23 Nel senso che tale valutazione possa riguardare soltanto i diritti sociali almeno nella parte di essi qualificabili come diritti di prestazione v. P. STANCATI, *Le libertà*, cit., 105 ss., il quale tuttavia ritiene che è possibile comunque far rientrare nel con-

si deve giungere analizzando, tra le altre, la motivazione della sentenza n. 252/2001 della Corte, proprio in tema di salute dello straniero, nella quale si legge che è *(solo)* «il ‘nucleo irriducibile’ di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona (che) deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso».

Pertanto, per la parte che costituisce il “nucleo irriducibile” del diritto fondamentale alla salute, non sono ammesse differenziazioni tra cittadino e straniero, qualunque sia la sua posizione di fronte all’ordinamento (irregolare, regolare, lungo soggiornante); per la restante parte la discrezionalità del legislatore ha evidentemente un margine di operatività più ampio²⁴, sottoposto comunque al sindacato costituzionale di ragionevolezza.

La Corte ha infatti precisato che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento»²⁵. La condizione di straniero può quindi essere la *ratio distinguendi* che giustifica la ragionevolezza di un certo grado di scostamento della disciplina della sua condizione giuridica rispetto a quella del cittadino²⁶, quest’ultimo ha, infatti, con lo Stato un rapporto di solito

tenuto essenziale o irriducibile “tutte quelle forme di tutela che hanno ad oggetto aspetti che prescindono da ogni possibile connotazione programmatica del diritto sociale, e che sono produttive (...) di immediata protezione (e giustizia)”. Al riguardo sia comunque consentito rinviare a E. Rossi, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari*, cit.

- 24 Come sopra anticipato, la Corte ha affermato la necessità di una tutela ampia del diritto in questione, anche oltre la tutela del nucleo essenziale, con riguardo ad esempio alla previsione di tariffe agevolate per gli invalidi (sentenze n. 432/2005) o al riconoscimento dell’indennità di accompagnamento (sentenza n. 306/2008).
- 25 Corte cost. sent. n. 104/1969. Al riguardo si veda tuttavia M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri*, cit., 219, il quale rileva come più che le differenze di fatto, la Corte ritiene significative le valutazioni giuridiche e sembra aprire le porte all’insoddisfacente conclusione che proprio il soggetto chiamato a non discriminare irragionevolmente tra cittadini e stranieri (lo Stato) sarebbe allo stesso tempo legittimato a determinare in che misura le loro condizioni sono davvero diverse. Ciò deve pertanto essere letto in senso restrittivo, escludendo la possibilità per il legislatore di prospettare qualunque valutazione giuridica della condizione dello straniero per poi assumerla a causa giustificativa della disparità di trattamento.
- 26 Come evidenziato in dottrina, infatti, l’eguaglianza dello straniero nel godimento dei diritti inviolabili è un principio e non una regola tassativa. Cfr. R. BIN, G. PI-

originario e comunque permanente, il primo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo²⁷.

Ovviamente tali differenze di fatto non possono essere precostituite dalla stessa legge, se, come osservato in dottrina²⁸, «non si vuole cadere in un gioco di specchi deformanti dove il legislatore crea quelle stesse differenze, cui poi si appella per giustificare la legittimità costituzionale delle proprie successive scelte discrezionali». È dunque esclusivamente «una fattuale diversità, originaria e non legislativamente derivata», che può fondare una ragionevole differenziazione di trattamento giuridico tra le condizioni di cittadino e straniero.

In applicazione di tali principi non è stata, ad esempio, ritenuta ragionevole la previsione del trasporto gratuito regionale agli invalidi civili al 100% in possesso della cittadinanza italiana e non anche a favore degli stranieri nella medesima condizione di invalidità. In tale occasione la Corte costituzionale ha infatti affermato che «la circostanza che la Regione abbia nella specie introdotto un regime di favore senz'altro eccedente i limiti dell'«essenziale», sia sul versante del diritto alla salute, sia su quello delle prestazioni concernenti «i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una «causa» normativa non palesemente

TRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, XI ed., Torino, 2008, 485. Sul punto si rinvia in generale a L. PALADIN, voce *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Milano, 1965, 530; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2005; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997, 159 ss., e G. D'ORAZIO, *Lo straniero*, cit., 222 ss.

27 Al riguardo cfr. Corte cost. sent. 144/1970 e 244/1974 cit. In particolare «il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso [...] Di contro, lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile» (Corte cost. sent. 104/1969, § 4 *Cons. in dir.*).

28 Sul punto A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale*, cit., 389.

irrazionale o, peggio, arbitraria»²⁹. Ed a tal fine, il requisito della cittadinanza non può assumersi quale criterio preliminare di accesso al beneficio, senza che lo stesso sia stato pensato in riferimento ad una specifica categoria di soggetti, integrando quindi una violazione dell'art. 3 Cost.

Analogamente è stato ritenuto irragionevole subordinare il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento, della pensione di inabilità e dell'assegno di invalidità al possesso da parte dello straniero del permesso CE per soggiornanti di lungo periodo, titolo di soggiorno per il cui rilascio è richiesto un determinato livello di reddito³⁰.

In particolare la Corte ha precisato che al legislatore è certamente consentito subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini³¹.

4. *Il diritto alla salute degli immigrati*

Alla luce del quadro delineato, occorre valutare come i principi sopra espressi siano stati recepiti nella legislazione in materia di salute dello straniero.

Come abbiamo anticipato, in più occasioni la giurisprudenza costituzionale ha affermato che lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona³² ed in particolare, con rife-

29 Cfr. Corte cost. sentenza 432/2005 cit. ed i commenti di M. CUNIBERTI, *L'ille-gittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 510 ss., e F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero*, in *Giur. cost.*, 2005, 4675 ss.

30 Si vedano rispettivamente le sentenze della Corte costituzionale nn. 306/2008, 11/2009 e 187/2010. Sui requisiti di rilascio del permesso, cfr. art. 9 del d.lgs. 286/1998.

31 Sul punto Corte cost. sent. 306/2008 cit. Sulla giurisprudenza costituzionale relativa ai criteri di accesso degli immigrati al sistema di welfare, si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni di accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 6/2008, 1099 ss.

32 Corte costituzionale sentenza n. 148 del 2008.

rimento al diritto all'assistenza sanitaria, ha precisato che esiste «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». Quest'ultimo deve perciò essere riconosciuto «anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso»³³.

Infatti, anche lo straniero presente irregolarmente nello Stato «ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti» trattandosi di un diritto fondamentale della persona che deve essere comunque garantito a prescindere dalla regolare presenza sul territorio. Impostazione confermata, anche di recente, con riferimento alla possibilità di riconoscere a «tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, (il diritto agli) interventi socio assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali»³⁴.

Nel recepire e tradurre tali indicazioni generali, il legislatore statale, con il d.lgs. n. 286 del 1998, ha in primo luogo modulato la tutela della salute dello straniero a seconda dell'iscrizione o meno al SSN e della condizione di regolarità dello straniero sul territorio nazionale.

Sotto il primo profilo l'art. 34 ha previsto l'obbligo di iscrizione al SSN per i lavoratori stranieri e per gli stranieri regolarmente soggiornanti per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza. In tal caso viene assicurata parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti e doveri rispetto ai cittadini italiani per quanto attiene all'obbligo contributivo, all'assistenza erogata in Italia dal servizio sanitario nazionale e alla sua validità temporale³⁵. L'iscrizione al servizio sanitario è invece

33 Corte cost. sentenza 252 del 2001. In dottrina si veda il contributo di V. CASA-MASSIMA, *Il diritto all'assistenza sanitaria degli stranieri in Italia*, in M. Revenga Sanchez (a cura di), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Valencia, 2005, 447.

34 Corte cost. sentenza n. 269/2010, emessa in relazione al ricorso governativo sulla legge della Regione Toscana in materia di immigrazione (L.R. Toscana 29/2009).

35 L'assistenza sanitaria è inoltre riconosciuta ai familiari a carico regolarmente soggiornanti. La disposizione afferma inoltre che, nelle more dell'iscrizione al servizio sanitario nazionale, ai minori figli di stranieri iscritti al servizio sanitario nazionale è assicurato fin dalla nascita il medesimo trattamento dei minori iscritti.

facoltativa per tutte le altre categorie di stranieri³⁶. Tuttavia, se lo straniero decide di non iscriversi al servizio sanitario nazionale, egli è comunque tenuto ad assicurarsi contro il rischio di malattie, infortunio e maternità, stipulando un'apposita polizza assicurativa con un istituto assicurativo italiano o straniero, valida sul territorio nazionale³⁷.

Nei casi in cui lo straniero non sia iscritto al SSN devono comunque essergli garantite le prestazioni sanitarie urgenti, dietro pagamento delle tariffe determinate dalle regioni. In riferimento a tali situazioni, l'art. 35 fa comunque salve «le norme che disciplinano l'assistenza sanitaria ai cittadini stranieri in Italia in base a trattati e accordi internazionali bilaterali o multilaterali di reciprocità sottoscritti dall'Italia».

Sotto il secondo profilo, il testo unico riduce le prestazioni sanitarie erogabili anche agli stranieri non regolarmente presenti sul territorio³⁸. L'art. 35, comma 3, del testo unico prevede infatti che ad essi siano comunque assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e siano estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva.

Tuttavia non si può far a meno di notare l'ambiguità dei termini utilizzati e non specificati dalla disposizione legislativa. Soccorre in tal senso,

-
- 36 L'iscrizione volontaria al servizio sanitario nazionale può essere altresì richiesta dagli stranieri soggiornanti in Italia titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio e dagli stranieri regolarmente soggiornanti collocati alla pari, ai sensi dell'accordo europeo sul collocamento alla pari, adottato a Strasburgo il 24 novembre 1969, ratificato e reso esecutivo ai sensi della legge 18 maggio 1973, n. 304. In questo caso non è però valido per i familiari a carico.
- 37 Nel caso in cui l'immigrato decida di iscriversi al SSN, egli è tenuto a corrispondere a titolo di partecipazione un contributo annuale, di importo pari a quello previsto per i cittadini italiani. L'art. 34, comma 3, del testo unico prevede che l'ammontare del contributo è determinato con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e non può essere inferiore al contributo minimo previsto dalle norme vigenti.
- 38 Nella prassi, agli stranieri irregolari tali prestazioni sanitarie vengono erogate attraverso lo strumento della tessera STP (Straniero Temporaneamente Presente): un codice regionale identificativo composto, oltre che dalla sigla STP, dal codice ISTAT relativo alla struttura sanitaria pubblica che lo rilascia e da un numero progressivo attribuito al momento del rilascio. Il codice, riconosciuto su tutto il territorio nazionale, identifica l'assistito per tutte le prestazioni di cui all'articolo 35, comma 3, del testo unico, e deve essere utilizzato sia per la rendicontazione delle prestazioni effettuate da parte delle strutture pubbliche e private accreditate ai fini del rimborso, sia per la prescrizione, su ricettario regionale, di farmaci erogabili. Al riguardo cfr. art. 43 del d.p.r. 394/1999.

sebbene si tratti soltanto di una circolare, un successivo intervento del Ministero della Salute, il quale -chiarendo il significato da attribuire a tali termini- ha definito «cure urgenti» quelle che non possono essere deferite senza pericolo per la vita o danno per la salute della persona, e «cure essenziali» quelle 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, aggravamenti, ecc.)³⁹.

Sul punto però la giurisprudenza non sempre ha seguito orientamenti conformi, soprattutto in relazione alla nozione di «cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché non continuative», a norma dell'art. 35 del testo unico, la cui necessaria fruizione sul territorio nazionale è tale da impedire l'espulsione dal territorio⁴⁰.

La questione controversa riguarda, in primo luogo, l'ambito di estensione di tali cure, soprattutto con riferimento ai trattamenti post operatori, riabilitativi di mantenimento o controllo. Infatti, proprio a seguito di un intervento della Corte costituzionale, lo straniero irregolare non può essere espulso qualora l'esecuzione di tale misura possa comportare «un irreparabile pregiudizio al suo diritto alla salute ricadente nella tutela costituzionale»⁴¹. Chiarire cosa debba rientrare nell'ambito di tali cure risulta quindi essenziale per garantire effettivamente il diritto alla salute dello straniero irregolare attraverso l'impossibilità di procedere all'espulsione⁴².

39 Ci si riferisce alla Circolare n. 5 del 2000 del Ministero della sanità, pubblicata nella G.U. n. 126 dell'1 giugno 2000.

40 Tali pronunce giudiziali sono rese in situazioni in cui viene valutata la protezione del diritto alla salute come condizione di inespellibilità, quindi «entro un giudizio che applica la garanzia di tutela della salute in bilanciamento con l'applicazione delle procedure di espulsione», quando la ricostruzione della *ratio* dell'art. 35, comma 3, andrebbe inquadrata nella sua attitudine a garantire l'attuazione del diritto fondamentale alla salute, come rileva B. PEZZINI, *I diritti sociali*, cit., 169 ss. In riferimento ai vari orientamenti giurisprudenziali si veda F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali dello straniero*, cit., 57 ss.

41 Corte cost. sent. 251/2002 cit. Il caso riguardava un cittadino senegalese che aveva subito un'amputazione alla gamba nel paese di origine e che si era recato in Italia per la sostituzione della protesi inadeguatamente applicata. La Corte costituzionale, attraverso una decisione interpretativa di rigetto, ha chiarito la portata dell'art. 19, comma 2, del testo unico, ricomprendendovi anche lo straniero bisognoso di cure, precisando tuttavia che la valutazione sullo stato di salute del soggetto deve essere effettuata in riferimento al caso concreto, secondo il prudente apprezzamento medico.

42 Sul punto F. SCUTO, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri «irregolari»: livelli di tutela*, in *Rass. Parl.*, 2008, 401.

Un primo e più risalente orientamento fa rientrare in tale nozione soltanto le cure urgenti o comunque essenziali per l'immediata sopravvivenza dello straniero irregolare⁴³; un secondo orientamento tende invece a ricomprendervi anche le terapie necessarie a ristabilire il benessere fisico e psichico del paziente (es. riabilitazione)⁴⁴. Tale garanzia comprenderebbe cioè non soltanto le prestazioni rese nell'area del "pronto soccorso" e della medicina d'urgenza, ma si estenderebbe anche a tutte quelle prestazioni essenziali per la vita dello straniero che i presidi sanitari pubblici possono fornire, compresi gli interventi ritenuti necessari dalla scienza medica per l'eliminazione della patologia⁴⁵.

Di recente la Cassazione è tuttavia tornata sul punto, precisando (e restringendo) l'ambito di applicazione di tale affermazione. La Corte, pur ribadendo che la sottoposizione a terapie successive ad un intervento chirurgico o la somministrazione immediata di farmaci essenziali per la sua efficacia legittimano la presenza sul territorio di uno straniero irregolare, ha affermato che qualora si tratti di trattamenti di mantenimento o 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 e urgente», essi non giustificano la permanenza nel territorio dello straniero⁴⁶.

43 Al riguardo cfr. Cass. civ., Sez. I, sentenza 14.12.2001, n. 15830, con la quale è stato negato il diritto all'assistenza allo straniero entrato clandestinamente sul territorio e tossicodipendente, perché l'assistenza di cui all'art. 35 del testo unico riguarda cure urgenti ed essenziali, mentre la tossicodipendenza è situazione volontaria e cronica o, comunque, che si estende nel tempo. Si tratterebbe cioè di uno stato patologico dal quale non deriva necessariamente un imminente pericolo di vita.

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

45 Cfr. Cass. Civ., sez. I, 22.9.2006, n. 20561, cit. Il caso riguardava un cittadino peruviano che si era sottoposto ad un intervento chirurgico alla retina e che, in attesa di un secondo intervento, che doveva eseguirsi dopo pochi mesi, effettuava periodiche sedute di laser-terapia, necessarie per il recupero della funzione visiva. Al riguardo si veda il commento di C. LAZZERI, *Il diritto alla salute e la nuova apertura della Corte di Cassazione*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 1/2007, 86 ss. In riferimento alla necessità di superare un'interpretazione restrittiva dell'art. 35, comma 3, in relazione alle cure continuative, cfr. già A. ORTI, *Accesso alle cure degli stranieri presenti in Italia*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 4/2005, 90.

46 Sul punto si veda da ultimo Cass., Sez. I, n. 1531 del 2008, in riferimento ad una terapia anticoagulante post operatoria.

Ne consegue quindi che la mancata previsione di una specifica norma che impedisca, precisandone le condizioni, il divieto di espulsione dello straniero irregolare dal territorio lascia alla giurisprudenza la tutela del fondamentale diritto alla salute, con esiti non sempre uniformi.

Peraltro, in riferimento al divieto di espulsione dello straniero irregolare bisognoso di cure, appare significativa anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Infatti, sebbene la CEDU non contenga alcuna previsione specifica in materia di tutela della salute, essa è stata indirettamente tutelata dalla Corte di Strasburgo, proprio in riferimento allo straniero, alla luce dell'art. 3 CEDU, per il quale nessuno può essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

In particolare, in forza di tale previsione, la Corte ha ritenuto contrari a Convenzione alcuni provvedimenti di espulsione disposti nei confronti di immigrati irregolari gravemente ammalati, che nel Paese di origine non avrebbero potuto beneficiare delle cure necessarie, né di una rete familiare di supporto e cura. Una giurisprudenza quindi non troppo dissimile da quella seguita dalla Corte costituzionale italiana nella citata sentenza 252/2001.

In alcuni casi, dunque, la Corte EDU ha condannato alcuni Stati europei per aver ordinato l'espulsione di stranieri gravemente malati⁴⁷; in altri casi, invece, la non gravità della malattia, la possibilità di ricevere cure nel Paese di origine, sebbene a costi più elevati, la presenza di una rete parentale di supporto e cura hanno escluso la violazione del citato art. 3⁴⁸.

47 In tale senso si vedano i casi *B.B c. Francia* del 7 settembre 1998 e *D. c. Regno Unito*, del 2 maggio 1997. Il primo caso si è in realtà concluso con la cancellazione della causa dal ruolo a seguito dell'impegno della Francia a non espellere lo straniero.

48 La Corte non ha ravvisato una violazione della Convenzione nel caso *Karara c. Finlandia*, n. 40900/98, decisione della Commissione del 29 maggio 1998, in cui la malattia non era in fase avanzata, e nel caso *S.C.C. c. Svezia*, n. 46553/99, 15 febbraio 2000, nel quale la Corte specifica che le cure necessarie erano comunque disponibili nel Paese di origine sebbene a costi notevoli. In ragione dello stadio non avanzato della malattia e del sostegno della rete parentale sono stati dichiarati inammissibili anche i ricorsi *Ndangoya c. Svezia*, n. 17868/03, 22 giugno 2004 (anche in questo caso viene tuttavia evidenziato il costo considerevole dei medicinali) e *Amegnigan c. Paesi Bassi*, n. 25629/04, 25 novembre 2004. Si veda inoltre anche *Bensaid c. Regno Unito*, n. 44599/98, in riferimento alla schizofrenia, non ritenuta dalla Corte EDU uno dei casi in cui può trovare applicazione l'art. 3 della Convenzione.

5. *L'effettività del diritto alla salute dell'immigrato*

Il quadro normativo e giurisprudenziale sopra delineato rischia di rimanere lettera morta se non trova riscontro nella realtà. Ecco perché l'analisi giuridica fin qui compiuta deve completarsi con uno sguardo anche alla dimensione dell'effettività del diritto⁴⁹.

Nonostante la legislazione e soprattutto la giurisprudenza abbiano nel tempo progressivamente riconosciuto un ampio ambito di estensione del diritto allo salute dello straniero, è indubbio come condizioni di particolare vulnerabilità possano incidere sulla concreta fruizione di certe prestazioni di salute. Si ha in mente, in particolare, la condizione dello straniero irregolare soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del reato di ingresso e soggiorno illegale nello Stato.

A presidio della tutela della salute dello straniero irregolare il testo unico prevede, fin dalla sua entrata in vigore nel 1998, un esplicito divieto di segnalazione dello straniero irregolare che abbia accesso alle strutture sanitarie. In particolare l'art. 35, comma 5, del testo unico prevede che «l'accesso alle strutture sanitarie [...] non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano».

Tale disposizione, come è stato osservato⁵⁰, costituisce una delle condizioni individuate dal legislatore delegato al fine di garantire l'attuazione del nucleo essenziale del diritto alla salute, senza la quale la costruzione garantistica assicurata dal sopracitato art. 35 è destinata a perdere la propria effettività. Come evidenziato anche dalla Corte costituzionale⁵¹, infatti, tale previsione conferma il *favor* per la salute della persona che connota tutta la disciplina in materia e costituisce uno degli strumenti attraverso il quale il legislatore ha voluto evitare che dalla condizione di irregolarità derivasse un ostacolo all'erogazione delle prestazioni terapeutiche indicate dallo stesso testo unico.

Tuttavia l'introduzione della fattispecie penale di ingresso e soggiorno illegale nello Stato è idonea ad incidere profondamente sul complesso dei diritti dello straniero irregolare, i quali pur affermati sulla carta potrebbe-

49 Un quadro delle correlazioni pratiche tra immigrazione e salute è offerto da A. MORRONE, *Salute e migrazioni tra nord e sud del pianeta*, in F. Compagnoni, F. D'Agostino (a cura di), *Bioetica, diritti umani e multietnicità*, Milano, 2001, 106 ss.

50 Sul punto S. PENASA, *Diritto alla salute, diritto di tutti? Riflessioni a prima lettura sulle possibili innovazioni legislative in materia di accesso alle cure degli stranieri irregolari*, in www.forumcostituzionale.it.

51 Corte cost. sent. 252/2001, § 4 *Cons. in dir.*

ro tuttavia non essere effettivamente garantiti. Si pensi in primo luogo al timore di segnalazione all'autorità giudiziaria che lo straniero irregolare potrebbe avere nel richiedere certe prestazioni agli apparati pubblici. Come noto, infatti, i soggetti che rivestono la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio sono soggetti all'obbligo di denuncia ai sensi degli artt. 331 c.p.p.

Alla luce di tali considerazioni si comprendono quindi le molteplici critiche che ha sollevato la proposta⁵², in sede di discussione del d.d.l. S-733 (approvato e divenuto l. 94/2009), di abrogare tale divieto di segnalazione⁵³. Dopo accesi dibattiti, anche mediatici, l'emendamento non è stato approvato e la l. 94/2009 ha riaffermato tale principio escludendo espressamente dall'obbligo di esibire i documenti di soggiorno lo straniero che richieda provvedimenti inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 del testo unico (art. 6, comma 2, del testo unico). Nonostante ciò, non si può far a meno di rilevare come molte Regioni abbiano comunque sentito la necessità di emanare direttive e circolari che ribadissero tale divieto⁵⁴, a conferma dell'esigenza di riportare chiarezza sul punto.

52 Si trattava dell'emendamento presentato dal capogruppo della Lega Nord, on. Federico Bricolo, approvato con 156 voti a favore, 132 contrari e 1 astenuto. Con riferimento alla proposta emendativa, si veda in dottrina F. SCURO, *Contrasto all'immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in S. Gambino, G. D'Ignazio, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 600.

53 Molti si sono interrogati sulle eventuali conseguenze di una tale modifica, se da ciò sorgesse una mera facoltà o un obbligo di segnalazione penalmente sanzionato, quello che è certo è che lo straniero irregolare, pur in presenza di patologie di non lieve importanza, sarebbe indotto a rinunciarvi, per non correre il rischio di essere denunciato ed espulso. Sulle varie ipotesi sia consentito rinviare a E. Rossi, *L'abolizione del divieto per le strutture sanitarie di denunciare gli stranieri irregolari*, in www.forumcostituzionale.it.

54 Sul punto si vedano i seguenti atti: circolare della Giunta Regionale della Regione Toscana - Assessorato al Diritto alla Salute del 9 luglio 2009; circolare della Regione Puglia - Assessorato alle Politiche della Salute del 4 agosto 2009; la circolare della Regione Lazio - Dipartimento sociale - Direzione regionale programmazione sanitaria - Programmazione dei servizi territoriali e delle attività distrettuali e dell'integrazione socio sanitaria del 5 agosto 2009; circolare della Giunta regionale della Regione Umbria - Direzione regionale sanità e servizi sociali del 7 agosto 2009; circolare della Giunta regionale della Regione Marche - Assessorato Tutela della Salute, veterinaria, volontariato, acque minerali Termali e di sorgente del 10 agosto 2009; circolare della Regione Liguria - Dipartimento salute e servizi sociali - Settore assistenza ospedaliera e specialistica del 14 agosto 2009; circolare della Regione Campania del 17 agosto 2009; circolare della Giunta regionale della Regione Veneto del 18 agosto 2009; circolare della Giunta

Al riguardo anche lo stesso Ministero dell'Interno, chiamato a fornire un chiarimento sull'attualità del divieto di segnalazione dello straniero irregolare, in seguito all'entrata in vigore della legge 94/2009, è intervenuto confermando la piena vigenza dell'art. 35, comma 5, del testo unico, e quindi il divieto di segnalazione dello straniero che si reca presso le strutture ospedaliere⁵⁵. Tale disposizione fa comunque salvi i casi in cui il personale sanitario sia tenuto all'obbligo del referto, ai sensi dell'articolo 365 del codice penale, in presenza, cioè, di delitti per i quali si deve procedere d'ufficio. Il Ministero dell'Interno ha però chiarito che tale obbligo non sussiste per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, attesa la sua natura di contravvenzione e non di delitto. Inoltre, è lo stesso articolo 365 ad escludere espressamente l'obbligo di referto nel caso in cui il referto medesimo esporrebbe l'assistito a procedimento penale⁵⁶.

Un problema di ordine generale, sempre inerente all'effettività del diritto alla salute, deriva poi dalla constatazione che l'attribuzione formale del diritto alla salute a tutti gli stranieri non è comunque sufficiente a garantire l'accesso nella pratica. Le difficoltà di comunicazione linguistica e le differenze culturali possono infatti costituire ostacoli tutt'altro che secondari all'effettivo accesso degli stranieri alle cure⁵⁷.

Da questo punto di vista, è sempre più avvertita la necessità di inserire stabilmente in tali strutture mediatori culturali in grado di facilitare l'interazione fra i servizi socio-sanitari e i cittadini immigrati, anche al fine di attuare una piena parità degli stranieri nell'accesso ai servizi sanitari pubblici. Al riguardo sono stati programmati ed attuati alcuni interventi a livello

Regionale della Regione Calabria - Dipartimento Tutela della Salute e Politiche Sanitarie del 10 settembre 2009; circolare della Regione Emilia Romagna - Assessorato politiche per la salute del 15 settembre 2009; circolare della Provincia autonoma di Bolzano - Assessore alla famiglia, alla sanità e alle politiche sociali del 23 settembre 2009; circolare della Regione Molise - Assessorato alle politiche per la salute del 13 ottobre 2009; circolare della Regione Siciliana - Assessorato della sanità - Dipartimento regionale per la pianificazione ed integrazione socio-sanitaria del 27 ottobre 2009.

55 Circolare del Ministero dell'Interno - Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del 27 novembre 2009, n. 12.

56 Circolare del Ministero dell'Interno cit.

57 Come rileva F. SCUTO, *op. cit.*, 403. Sul punto si veda anche C. BERGONZINI, *La mediazione culturale: uno strumento (sottovalutato?) per l'integrazione degli immigrati*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 1/2009, 67 ss., e i contributi di G. GIARELLI, *Dinamiche del multiculturalismo e mediazione interculturale in una società multietnica*, 219 ss., e R. COSTANTINO, *Mediatrici interculturali in ambito sociale e sanitario*, 265 ss., in F. Compagnoni, F. D'Agostino (a cura di), *Bioetica, diritti umani e multietnicità*, cit.

statale che hanno visto il coinvolgimento dell'INMP, Istituto nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti ed il contrasto delle malattie della povertà⁵⁸.

L'accesso alle cure da parte degli immigrati avrà inoltre una rilevanza anche con l'entrata in vigore dell'accordo di integrazione. Nello schema di regolamento di attuazione dell'art. 4 bis del testo unico (introdotto dalla l. 94/2009) si prevede l'attribuzione di 4 crediti allo straniero che sceglie un medico di base⁵⁹. Tutto ciò al fine di incentivare l'accesso alle cure; come noto infatti la stipula dell'accordo di integrazione rappresenta condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno e la perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato.

Sulla correlazione tra cultura, salute e immigrazione, un settore a parte è poi quello dei trattamenti medici motivati da ragioni culturali. Come noto, non per motivi terapeutici ma per tradizioni culturali o credenze religiose, alcune popolazioni straniere, provenienti soprattutto dai Paesi dell'Africa centrale e nord orientale, sono solite praticare particolari tipologie di interventi chirurgici sugli organi genitali maschili e femminili dei bambini o dei giovani adolescenti. La questione è oggetto di un dibattito molto acceso sia a livello nazionale che internazionale che ha portato a riflettere sui limiti della praticabilità di tali interventi che possono comportare anche una mutilazione permanente del corpo umano, come ad esempio nel caso delle mutilazioni genitali femminili. Nel nostro ordinamento tale ultima pratica è stata vietata con la l. 7/2006 che ha novellato il codice penale⁶⁰, anche se, come noto, tali pratiche culturali devono in primo luogo essere combattute e prevenute in via culturale⁶¹. Molti bambini infatti vengono portati nel

58 A tal proposito nel dicembre 2008 il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali ha finanziato un progetto presentato dall'INMP avente ad oggetto «interventi di supporto della popolazione immigrata nell'accesso ai servizi sanitari, nella loro assistenza e prevenzione sanitaria, con particolare riguardo alle donne in stato di gravidanza ed ai minori, anche attraverso l'impiego di mediatori culturali, da inserire nelle A.S.L. italiane, all'uopo formati attraverso l'organizzazione di specifici corsi».

59 Si veda al riguardo la bozza di regolamento adottata in data 8.6.2010 ed attualmente in corso di approvazione.

60 Si veda l'art. 583 bis c.p. rubricato: "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" e l'art. 583 ter c.p. relativo alle pene accessorie per gli esercenti una professione sanitaria che siano condannati a sensi del precedente art. 583 bis c.p.

61 In generale sul punto cfr. G. BRUNELLI, *Prevenzione e divieto delle mutilazioni genitali femminili: genealogia (e limiti) di una legge*, in A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso*

paese di origine per praticare comunque questi interventi, talvolta anche in luoghi di “fortuna”, con un alto rischio di contrarre infezioni.

La vastità del tema impedisce in questa sede di approfondire tale ultima questione. La notazione ci offre tuttavia lo spunto per evidenziare come il tema della salute degli immigrati debba essere analizzato su più livelli, non soltanto sotto il profilo giuridico amministrativo, ma anche etico e sociologico. Come rilevato anche in dottrina, è necessario infatti chiedersi cosa significhi, in pratica, garantire il diritto alla salute, chi sono i destinatari di tale garanzia, secondo quali valori e criteri debbono essere stabilite delle regole di comportamento di fronte a pratiche ed esigenze appartenenti ad altri sistemi di valori⁶².

6. Conclusioni. Alla radice di un difficile sillogismo

La ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia di tutela della salute dello straniero ha evidenziato alcune rilevanti differenze rispetto alla tutela del medesimo diritto nei confronti del cittadino.

In particolare, partendo dalla premessa che il diritto alla salute è un diritto fondamentale e che i diritti fondamentali devono essere riconosciuti anche allo straniero, ci si è scontrati con una legislazione ed una giurisprudenza per le quali da tali premesse non discende – come dovrebbe essere – il riconoscimento pieno del diritto alla salute anche allo straniero, secondo un sillogismo che vede collegare le premesse alla conclusione in una logica coerente.

Siamo infatti di fronte ad un sillogismo decisamente più complesso, o se vogliamo stentato, che vede entrare in gioco ulteriori condizioni e specificazioni affinché possa considerarsi corretta la conclusione a cui si giunge. Come abbiamo visto, infatti, il riconoscimento ampio della salute dello straniero discende dalla sua condizione di regolarità e dall’iscrizione al

interdisciplinare, Milano, 2008, 203 ss.; A. VANZAN, L. MIAZZI, *Modificazioni genitali: tradizioni culturali, strategie di contrasto e nuove norme penali*, in *Dir. Imm e Citt.*, 2006, 13 ss. Al riguardo si vedano anche i contributi di G. CASSANO, F. PATRONO, *Mutilazioni genitali, circoncisioni e ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Giustizia*, 9/2003, 90 ss., e D. SCOLART, *Le mutilazioni genitali femminili e l’ordinamento italiano*, in F. Compagnoni, F. D’Agostino (a cura di), *Bioetica, diritti umani e multietnicità*, cit., 299 ss.

62 Al riguardo si rinvia a I. PAVLIDI, *Problematiche del diritto alla salute degli immigrati in Italia e Spagna con particolare riferimento alle comunità islamiche*, in L. Pegoraro, J.O. Frosini (a cura di), *Gli stranieri e i diritti*, Bologna, 2010, 31.

SSN, secondo una tendenza che vede avvicinare la posizione degli stranieri regolari a quella dei cittadini, ma al contempo nettamente differenziare, all'interno della condizione giuridica dei non cittadini, non soltanto quella tra cittadini europei e stranieri (e ciò in forza della partecipazione italiana al processo di integrazione europea), ma altresì quella tra stranieri regolari e stranieri irregolari⁶³.

L'analisi del diritto alla salute dello straniero manifesta in via emblematica tale ultima tendenza, che sembra del resto innervare anche la più recente politica legislativa in materia di sicurezza e criminalizzazione dello straniero irregolare. Pur trattandosi di un diritto fondamentale, strettamente attinente alla vita e alla sua qualità, anche il diritto alla salute risente di tale impostazione per cui allo straniero irregolare è garantito solo il nucleo irriducibile di tale diritto e non anche le ulteriori prestazioni ad essa connesse. Al contrario è con riferimento allo straniero regolarmente soggiornante che sembra trovare piena affermazione il principio di non discriminazione, e quindi l'accesso anche a prestazioni accessorie e ulteriori rispetto a tale contenuto irriducibile, che connotano una progressiva estensione dello stesso concetto di salute, grazie soprattutto alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale.

È quindi con riferimento allo straniero irregolare che il diritto alla salute si discosta notevolmente, per contenuto, rispetto a quello riconosciuto al cittadino e allo straniero regolare, essendo assicurato soltanto con riferimento a quel nucleo di prestazioni urgenti ed indifferibili per la salute della persona.

In questo quadro conforta ancora una volta l'interpretazione garantista che la Corte costituzionale ha offerto del quadro normativo esistente, finalizzata a ricomprendere in tale nucleo di prestazioni anche «gli interventi socio assistenziali urgenti ed indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione ed alle norme internazionali»⁶⁴.

Il progressivo ampliamento del concetto di salute ad opera della giurisprudenza costituzionale sembra infatti in grado di estendere il complesso delle prestazioni riconoscibili anche allo straniero irregolare, di fronte ad un diritto inviolabile della persona umana che necessita della più ampia tutela possibile, alla luce del principio personalista e dello spirito solidaristico che animano la nostra Costituzione.

63 Sul punto sia consentito rimandare a quanto sostenuto in E. Rossi, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari*, cit.

64 Si tratta della già citata sentenza 269/2010 in relazione alla legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 35, della L.R. Toscana 29/2009 cit.

GIUSEPPE ANTONIO DI MARCO

MIGRANTI ED EMANCIPAZIONE UMANA
NEL MERCATO MONDIALE
DELLA GLOBALIZZAZIONE CAPITALISTICA

1. *La forza-lavoro migrante nella globalizzazione capitalistica*

Nella situazione contemporanea che da ormai trent'anni si chiama "globalizzazione", il ruolo dei migranti è centrale. Ma per comprendere adeguatamente la loro condizione, bisogna partire dal fatto che la globalizzazione altro non è se non il totale imporsi su tutto il pianeta del dominio del modo di produzione e del rapporto sociale fondati sul capitale. Dal crollo, vent'anni fa, del comunismo sovietico, questo processo sembra avanzare irresistibilmente.

Quindi, la globalizzazione è una fase ulteriore e avanzatissima della «tendenza a creare il mercato mondiale [che] è data immediatamente nel concetto stesso di capitale»¹. Quest'ultimo è una forma di produzione dal carattere antagonistico, «è esso stesso la contraddizione in processo»². Ciò vuol dire in primo luogo che nella globalizzazione capitalistica una parte della società (oggi sempre minore) possiede il monopolio dei mezzi di produzione, mentre il lavoratore deve aggiungere al tempo di lavoro necessario per la riproduzione della sua esistenza, anche un tempo di lavoro supplementare non solo per produrre i mezzi di sostentamento per il possessore dei mezzi di produzione, ma anche, e in misura sempre più prevalente, per l'ulteriore accumulazione di una ricchezza che egli stesso produce ma che non gli appartiene, ossia per l'accumulazione del capitale. In secondo luogo, lo sviluppo dell'accumulazione capitalistica, attraverso

1 K. MARX, F. ENGELS, *Gesamtausgabe (MEGA). Zweite Abteilung. „Das Kapital“ und Vorarbeiten*, Band 1 (*Text*), Teil 2, Berlin, 1981, 320 (D'ora in poi così citato: MEGA², seguita dall'indicazione della sezione in numero romano e del volume in numero arabo, separati da una /, eventuale parte in numero arabo separata da un punto dal numero indicante il volume, città e data di edizione - la prima volta - e pagina); tr. it. E. Grillo, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica, 1857-1858*, vol. II, Scandicci, 1997, 9 (talvolta, nelle citazioni delle opere di Marx, ho un po' ritoccato le traduzioni).

2 *Ivi*, 582; tr. it. cit., vol II, 402.

il sempre più intenso ed esteso sfruttamento del lavoro e della vita altrui, trova un ostacolo nelle sue stesse leggi di funzionamento e così, più investe tutto il pianeta, più crea esso stesso, suo malgrado, le condizioni per essere superato. L'esito è una società dove «la forma del processo sociale di vita, cioè del processo materiale di produzione [...] sta, come prodotto di uomini liberamente socializzati (*vergesellschaftete*), sotto il loro cosciente controllo pianificato. Tuttavia, affinché ciò avvenga, si richiede un fondamento materiale della società, o una serie di condizioni materiali di esistenza che, a loro volta, sono il prodotto naturale (*naturwüchsig*) di una storia di sviluppo lunga e tormentosa»³. A questo contraddittorio e tormentoso sviluppo appartengono anche i disastrosi fallimenti dei tentativi di instaurare una società comunista, che si sono avuti nel secolo scorso.

Come dicevo, per comprendere la condizione dei migranti in modo adeguato, ritengo necessario contestualizzarla in questa lettura della globalizzazione che ne metta in luce il carattere capitalistico, dunque intimamente contraddittorio e antagonistico, e di conseguenza focalizzi l'attenzione sulle possibilità materiali di emancipazione e di liberazione degli uomini dallo sfruttamento, che si creano dentro questo processo.

2. Migranti, forza-lavoro e livellamento dei saggi del profitto

La produzione capitalistica di merci non ha come obiettivo produrre questo o quel determinato valore d'uso, bensì produrre plusvalore, cioè appropriarsi di un valore che contenga una quantità di lavoro non pagato al lavoratore. E al tempo stesso il lavoro salariato, ossia il lavoro sottomesso al capitale, è indifferente a questo o quell'altro carattere determinato che può assumere, perché «esso deve trasformarsi secondo i bisogni del capitale e lasciarsi gettare da una sfera di produzione in un'altra»⁴. Non c'è sfera di produzione che sia migliore dell'altra, perché ognuna deve produrre lo stesso profitto e a questo scopo deve produrre delle merci che soddisfino un qualsiasi bisogno sociale, indipendentemente da quale sia questo bisogno. L'importante è che la merce prodotta realizzi il suo valore nella forma mutata del prezzo attraverso la vendita, quindi realizzi il plusvalore, ovvero il profitto, quali che siano le sue caratteristi-

3 MEGA², II/10 (*Text*), Berlin, 1991, 78 ; tr. it. D. CANTIMORI, *Il capitale. Critica dell'economia politica, Libro primo*, Roma, 1994, 111-112.

4 MEGA², II/15 (*Text*), Berlin, 2004, 195; tr. it. M. L. BOGGERI, *Il capitale. Critica dell'economia politica, Libro terzo*, Roma, 1994, 239.

che qualitative destinate all'uso. Il plusvalore è il risultato dell'impiego del capitale variabile ossia del valore dei mezzi di sussistenza dell'operaio, i quali rendono possibile a quest'ultimo di lavorare per un tempo superiore a quello che basta a riprodurne l'equivalente. In tal modo egli produce un maggior valore di cui il capitalista si appropria gratis, dato che lo scambio di equivalenti con l'operaio riguarda precisamente il valore della sua forza-lavoro, da lui ceduta per un tempo determinato al capitalista, il quale la acquista proprio per questa sua proprietà di produrre al di sopra del suo valore. Viceversa, il profitto è il plusvalore stesso considerato (in modo mistificato, ossia non corrispondente alla sua vera origine) come risultato non solo del capitale variabile, bensì dell'intero capitale anticipato, dunque del capitale variabile più quello costante, consistente nel valore degli strumenti di lavoro e delle materie prime che mettono in funzione la forza-lavoro dell'operaio. Questo modo di considerare il plusvalore come profitto è una mistificazione che ne occulta la vera origine, ma tale mistificazione procede dalla forma stessa della produzione capitalistica. Se le merci sono vendute al loro valore, cioè alla quantità di tempo di lavoro impiegato a produrle, i saggi del profitto che ne derivano sono molto differenti a seconda della differente composizione organica del capitale. Il saggio del profitto è il rapporto percentuale tra il plusvalore e l'intero valore del capitale anticipato. La composizione organica del capitale è il rapporto tra le due parti del capitale stesso, rispettivamente costante e variabile. Ma questo rapporto è da considerare sotto due aspetti che si condizionano a vicenda. Uno è il rapporto tra le due parti del capitale considerato sotto l'aspetto tecnico-materiale, e riguarda il rapporto tra la massa di mezzi di produzione (strumenti e materiali di lavoro) impiegati in un determinato tempo di lavoro e la massa di operai, ossia di forza-lavoro richiesta e impiegata per mettere in moto quei mezzi di produzione in quel determinato tempo. L'altro è il rapporto tra le due parti del capitale considerato sotto l'aspetto del loro valore, ossia il rapporto tra valore di una massa determinata di mezzi di produzione e valore della forza-lavoro impiegata per mettere in moto quei mezzi di produzione, sempre entro un tempo dato. Tra la composizione tecnica del capitale e quella corrispondente di valore vi è una differenza, perché capitali diversi possono richiedere una uguale composizione tecnica, cioè un uguale rapporto tra massa di mezzi di produzione e massa di operai, ad esempio, rispettivamente, nel caso di lavori in rame e di lavori in ferro, ma il rapporto di valore tra le due parti di questi due capitali è diverso perché, restando nell'esempio, il rame è più costoso del ferro. Marx intende per composizione organica del capitale, la composizione di valore

del capitale stesso in quanto condizionata dalla sua composizione tecnica e in quanto la riflette.

Se le merci sono vendute al loro valore, si creano necessariamente, tra i vari capitali, differenti saggi del profitto a seconda della loro differente composizione organica. Di conseguenza i capitali si spostano continuamente dalla sfera di produzione in cui il saggio del profitto è più basso a quella dove esso è più alto: «Con questa costante emigrazione e immigrazione, in una parola, con la sua ripartizione fra le diverse sfere a seconda di dove il saggio del profitto sale o scende, il capitale crea un rapporto tale fra l'offerta e la domanda, che il profitto medio diventa lo stesso nelle diverse sfere di produzione e per conseguenza i valori si trasformano in prezzi di produzione»⁵. Dunque, attraverso la concorrenza nei diversi rami di produzione i saggi del profitto tendono a livellarsi in un saggio medio del profitto; in tal modo si forma un prezzo di produzione della merce, il quale non rispecchia il valore della singola merce prodotta dal singolo capitale, ma il suo prezzo di costo (cioè il valore della parte di capitale costante e della parte variabile, insomma di capitale anticipato, che si trasferisce nella merce) più il saggio medio del profitto. Perciò le merci non sono vendute al loro valore individuale, rispecchiante la quantità di tempo di lavoro che richiede la loro produzione, ma al loro prezzo di mercato che si forma dal prezzo di produzione e che presuppone la misura del valore della merce in base al tempo di lavoro sociale *medio* e non più *individuale*. In questo fenomeno si vede come la produzione capitalistica abbia in radice un carattere sociale, malgrado si presenti come opera di individui isolati i quali entrano in rapporto sociale solo attraverso lo scambio dei loro prodotti, cosicché sembra che siano questi ultimi ad avere dei caratteri sociali comportandosi come soggetti autonomi che entrano in rapporto tra loro e così occultando il fatto che essi sono lavoro umano oggettivato i cui caratteri soggettivi si capovolgono in caratteri oggettivi delle cose. Questo livellamento dei saggi del profitto può realizzarsi in grado maggiore o minore a seconda che la produzione capitalistica in un paese è più o meno progredita, il che significa a seconda che in un paese ci siano o meno le condizioni per uno sviluppo capitalistico maggiore o minore. Sviluppandosi, il modo di produzione capitalistico sviluppa anche le sue condizioni e quindi sottomette alle sue leggi i presupposti sociali entro cui si svolge il processo di produzione.

Le condizioni perché si possa sviluppare maggiormente e più rapidamente il livellamento dei diversi saggi del profitto in un saggio medio del profitto, quindi i valori delle merci si possano trasformare in prezzi di pro-

5 *Ibidem*; tr. it. cit., 240.

duzione, sono due: innanzitutto, la sempre maggiore mobilità del capitale, ossia la sua sempre più facile trasferibilità «da una sfera di produzione a un'altra e da un luogo a un altro»⁶; in secondo luogo, la sempre maggiore mobilità e flessibilità della forza-lavoro, giacché il livellamento dei saggi del profitto si realizza tanto più rapidamente «quanto più rapidamente la forza-lavoro può essere gettata da una sfera di produzione in un'altra, da una località produttiva in un'altra»⁷. La prima condizione, ossia la mobilità dei capitali nel trasferirsi da una sfera a un'altra della produzione, in qualunque località essa si svolga, vuole in primo luogo «completa libertà del commercio all'interno della società e soppressione di tutti i monopoli, eccezione fatta per quelli naturali, ossia per quelli che scaturiscono dallo stesso modo capitalistico di produzione»⁸; presuppone un sistema creditizio molto sviluppato «che concentra di fronte ai singoli capitalisti la massa inorganica del capitale sociale disponibile»⁹; infine presuppone la sottomissione ai capitalisti delle varie sfere di produzione, condizione questa già implicita nella premessa secondo cui i vari saggi del profitto si livellano in un saggio medio del profitto e i valori si trasformano in prezzi di produzione. Ma precisamente questo livellamento è ostacolato dall'intrecciarsi e dal concatenarsi della produzione capitalistica con sfere non capitalistiche. Marx, in base al tempo in cui viveva, esemplificava questi ostacoli nella proprietà diretta o nella gestione della terra da parte dei piccoli contadini che si intercalava con la gestione capitalistica concatenandovisi, quindi non si tratta di un rapporto estrinseco di mera somma. La seconda condizione del livellamento dei saggi del profitto e della trasformazione dei valori in prezzi di produzione, vale a dire la mobilità della forza-lavoro, «presuppone la soppressione di tutte le leggi che impediscono agli operai di trasferirsi da una sfera di produzione in un'altra o da una località produttiva in un'altra qualsiasi; l'indifferenza dell'operaio verso il contenuto del suo lavoro; la riduzione del lavoro, in tutte le sfere di produzione, il più possibile a lavoro semplice; la caduta, negli operai, di tutti i pregiudizi professionali; infine e soprattutto, la sottomissione dell'operaio al modo capitalistico di produzione»¹⁰.

Questo passo di Marx che ho esposto e commentato, mi sembra offrire il contesto adeguato per collocare la problematica dell'immigrazione nella fase attuale della globalizzazione capitalistica. Da un lato la globalizzazio-

6 *Ivi*, 196; tr. it. cit., *ibidem*.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*; tr. it. cit., 240-241.

ne ha aperto alla libera circolazione dei capitali. Ogni giorno osserviamo il loro trasferimento da una sfera di produzione a un'altra e da un luogo a un altro; e ogni giorno, nei movimenti della borsa, osserviamo come la concorrenza faccia migrare continuamente i capitali da una sfera di produzione dove il saggio del profitto è più basso a quella dove è più alto, cosicché i saggi tendono a livellarsi e a formare, sommandosi ai prezzi di costo, i prezzi di produzione delle merci. Il grado di sviluppo raggiunto dal sistema creditizio è sotto gli occhi di tutti ed è, almeno alla superficie, uno dei nodi centrali dell'attuale crisi finanziaria. In generale la sottomissione tecnica e di valore alla produzione capitalistica avanza in misura maggiore che in passato. Possiamo perciò dire che la globalizzazione si presenta come una continua creazione delle condizioni per sottomettere il complesso dei presupposti sociali entro cui si svolge il processo di produzione, ai presupposti e alle leggi immanenti della produzione capitalistica; insomma, come una sottomissione di tutto il pianeta al modo capitalistico di produzione, la cui conseguenza è la creazione e l'ulteriore espansione del mercato mondiale. Dall'altro lato, il migrante della globalizzazione sembra incarnare quella necessità suddetta di un rapido movimento della forza-lavoro, gettabile da una sfera di produzione all'altra affinché più rapidamente si livellino le differenti composizioni organiche dei capitali nel saggio medio del profitto. Infatti, in particolare la forza-lavoro migrante è indifferente, ovvero è ridotta e costretta all'indifferenza, verso il contenuto del suo lavoro, poiché vende la sua merce forza-lavoro là dove trova possessori di mezzi di produzione disposti ad acquistarla solo per valorizzare il loro capitale attraverso la quantità di lavoro non pagato che gli operai devono fornire in "cambio" dell'equivalente dei loro mezzi di sussistenza. E i capitali stessi, spostandosi da una sfera di produzione all'altra a seconda di dove i saggi del profitto sono più alti, ovvero nell'incessante movimento di livellamento dei saggi del profitto, sono sempre più indifferenti a questa o quella composizione materiale o valore d'uso della merce prodotta. Così il migrante deve fornire per la più gran parte lavoro semplice e perciò deve ripudiare tutti i pregiudizi professionali anche se ha un titolo di studio universitario, cioè atto a un lavoro complesso. Ma se il migrante raffigura in pieno tutte queste condizioni richieste dal dominio planetario del modo di produzione capitalistico, ciò non significa che tutti questi caratteri del suo lavoro riguardino un suo presunto *status* di migrante, giacché man mano che le continue differenze dei saggi del profitto vanno livellandosi e quindi la forza-lavoro deve sempre più rapidamente essere gettata da un ramo di produzione a un altro e da un luogo a un altro, questi caratteri vanno a toccare tutti i lavoratori indistintamente. Come il migrante, così il disoccupato o il precario

dei paesi capitalistici più sviluppati, è costretto a spostarsi da un ramo di produzione all'altro e da un luogo a un altro, e a passare da un'attività all'altra indifferentemente da quale essa sia, dunque ad abbandonare tutti i suoi pregiudizi professionali - basta vedere l'inutilizzabilità della laurea universitaria in modo corrispondente al suo contenuto. Ma lo stesso lavoro intellettuale è ridotto e livellato per tutti a lavoro semplice: l'esempio più tipico è il lavoro del *call center*, sbocco frequente di coloro che hanno un titolo di studio in senso lato superiore. Nel sistema didattico universitario basato sul rapporto tra credito e debito formativo, dove è simulato che tra università e studente vi sia un rapporto di scambio semplice di una società produttrice di merci, si misura il credito in quantità astratte di tempo in esso contenute (x ore di lezione frontale, y di studio individuale ecc.); e i criteri di valutazione dei "prodotti della ricerca" scompongono quelli che si chiamavano "titoli scientifici" in quantità di ore-uomo complessive prodotte da una determinata struttura accademica (dipartimento, gruppo nazionale di ricerca) e monetizzabili in fondi di ricerca.

3. La legislazione sull'immigrazione nel quadro dell'universalismo borghese

La condizione dei migranti sotto il dominio del capitale nell'epoca della globalizzazione, con le sue leggi che regolano il movimento della forza-lavoro, si riflette anche nella sovrastruttura giuridica entro cui i conflitti della fase del capitalismo globalizzato vengono concepiti e combattuti.

Facendo riferimento all'Italia, il decreto legislativo n. 286/1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, emesso sulla base della delega prevista dall'articolo 47 della legge n. 40 del 6 marzo 1998 (Turco - Napolitano), successivamente integrato con la legge n. 189 del 30 luglio 2002, *Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo* (Bossi - Fini) e con parti della legge n. 94 del 15 luglio 2009 sulle *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, insieme con altri decreti legislativi accumulatisi nel corso di questi quattordici anni, costituisce un unico corpo che permette di metterlo in relazione con le basi materiali e sociali dello sviluppo capitalistico della globalizzazione per quel che riguarda l'immigrazione. La legge n. 40 costituisce il primo tentativo organico di regolazione dell'immigrazione alla luce dei mutamenti provocati dalla globalizzazione capitalistica e con l'aumento dei poteri dell'Unione europea. Su questo impianto, che ne resta il presupposto fondamentale, si sono inserite le successive modifi-

cazioni che, nonostante tutta una serie di fortissimi inasprimenti repressivi, tanto da sollevare eccezioni da parte della stessa giurisdizione internazionale borghese, non alterano la continuità tra i vari interventi legislativi.

Seguendo le premesse sopra fatte, il Testo unico rispecchia la tendenza del capitale a sopprimere gli impedimenti alla mobilità della forza-lavoro da una sfera di produzione all'altra e da un paese all'altro nel momento in cui esclude e sanziona in generale per ogni immigrato «discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» (articolo 43), intendendo per discriminazione ogni comportamento diretto e indiretto che «comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo e l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». In particolare, tra gli atti della discriminazione, al comma 2, vanno sottolineati l'omissione di atti dovuti da parte di un pubblico ufficiale, a causa di razza, religione, etnia o nazionalità e, per le stesse cause, l'imposizione di condizioni più svantaggiose o il rifiuto di offrire beni e servizi, e specificamente l'accesso al lavoro, alla casa, all'istruzione, alla formazione e ai servizi sociosanitari previsti, l'impedimento a svolgere attività economiche in genere, quindi anche autonome. Riguardo ai rapporti di lavoro, il testo parla di discriminazione quando «il datore di lavoro e i suoi preposti [...] compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza». Questa è una forma di discriminazione diretta. Inoltre la legge considera «discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa». All'articolo 44 il Testo unico prevede, allorché venga adottato da un datore di lavoro «un comportamento discriminatorio di carattere collettivo», anche quando non siano individuabili direttamente i lavoratori colpiti da questa discriminazione, la possibilità di un ricorso al giudice da parte delle rappresentanze sindacali o locali significative, affinché, accertata l'esistenza della discriminazione, egli ordini al datore di lavoro «un piano di rimozione delle discriminazioni accertate». Inoltre, nel caso che le imprese che hanno esercitato atti discriminatori siano benefi-

ciarie, da parte dello Stato o delle regioni, di sussidi ecc. oppure abbiano stipulato contratti di appalto relativi a opere pubbliche, servizi o forniture, esse vengono escluse dal beneficio concesso o dal contratto stipulato, e in casi gravi, i responsabili delle discriminazioni non possono accedere ad agevolazioni creditizie e appalti in genere per due anni. Dunque, questa legge riflette la tendenza della produzione capitalistica progredita, per cui il livellamento delle differenze dei saggi del profitto e la trasformazione dei valori in prezzi di produzione possono realizzarsi tanto più rapidamente quanto più i capitali sono mobili e trasferibili da una sfera produttiva all'altra e quanto più sono rimossi tutti gli ostacoli alla mobilità della forza-lavoro da un luogo all'altro e da una sfera di produzione a un'altra.

«[Nella] legge i borghesi devono darsi un'espressione universale appunto perché dominano come classe»¹¹, quindi la legge non riflette l'interesse del singolo capitalista o di una corporazione di capitalisti, tipo, ad esempio, una Confindustria di un determinato paese, ma è l'espressione del dominio della borghesia come classe. Perciò anche il Testo unico procede deduttivamente dall'universale al particolare. L'universale è l'astrazione dei diritti umani nella forma in cui l'universale si presenta nella società borghese. Infatti il Testo unico vuole attuare l'articolo 10, secondo comma, della Costituzione italiana che prevede una regolamentazione legislativa della condizione giuridica dello straniero. L'articolo 10 prevede il diritto di asilo allo straniero nel territorio della Repubblica se nel suo paese non è garantito l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana e non ammette l'extradizione dello straniero per reati politici. Ciò deriva a sua volta dai principi fondamentali della Costituzione stessa, che all'articolo 2 «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo» e all'articolo 3 afferma che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», quindi riconosce il carattere universale di questi diritti e perciò non può respingere uno straniero nei cui paesi di ritorno questi diritti vengono violati. Coerentemente con ciò, l'articolo 2 del Testo unico legislativo sull'immigrazione, facente parte dei principi generali enunciati nel Titolo I, dice che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle

11 K. MARX, F. ENGELS, J. WEYDEMEYER, *Die deutsche Ideologie. Artikel, Druckvorlagen, Entwürfe, Reinschriftenfragmente und Notizen zu I. Feuerbach und II. Sankt Bruno (Text)*, bearbeitet von I. Taubert und H. Pelger, «Marx-Engels-Jahrbuch 2003», hg. von der Internationalen Marx-Engels-Stiftung Amsterdam, Berlin, 2004, 99; tr. it. F. CODINO, *Opere V 1845-1846*, Roma, 1972, 78.

norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti». Dice inoltre che lo straniero che soggiorna in Italia gode degli stessi diritti civili del cittadino italiano, quello che vi soggiorna regolarmente partecipa alla vita pubblica, ha parità di trattamento col cittadino italiano quanto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi. Infine, agevola anche linguisticamente lo straniero prescrivendo la comunicazione degli atti riguardanti l'ingresso, il soggiorno, l'espulsione, in una lingua per lui comprensibile o un ampio arco di lingue qualora ciò non sia possibile. Quest'ultimo punto è indicativo della tendenza del capitale verso il mercato mondiale, dove la società civile globale ha l'egemonia sullo Stato.

La normativa sull'immigrazione prende le mosse, perciò, da tutti i soggetti, cittadini estranei all'Unione europea o apolidi, e non fa distinzione se si tratta di consumatori o produttori e, riguardo a questi ultimi, di capitalisti, operai o proprietari individuali dei mezzi di produzione, ovvero - detto nei termini della legge che in parte occultano queste distinzioni economiche fondamentali della società borghese - se si tratta di persone che si muovono per turismo o cultura, o per lavoro e, tra questi ultimi, se si tratta di lavoratori subordinati o lavoratori autonomi o imprenditori. La normativa sul lavoro discende, quindi, da questi presupposti della normativa generale sull'immigrazione, chiunque sia il soggetto e qualunque sia la sua condizione nei rapporti di produzione. In questo senso essa affronta coerentemente in un unico Titolo, il II, le «Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato». Il Titolo II è diviso in tre Capi: un primo, riguardante le «disposizioni su ingresso e soggiorno», un secondo, che regola tutto l'aspetto esecutivo del «controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione» e un terzo, contenente «disposizioni di carattere umanitario».

L'articolo 4, che apre questo Titolo II, richiede allo straniero (inteso sempre come non dell'Unione europea), oltre che il passaporto, il visto di ingresso (salvo casi specifici di esenzione). Inoltre secondo il comma 3 l'ingresso è consentito previa documentazione dello scopo e delle condizioni del soggiorno, «nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza». In questa discriminazione tra chi ha mezzi di sussistenza e chi non ne ha, si rivela il carattere prettamente borghese del Testo unico, quindi il carattere solo formale della libertà e dell'uguaglianza. Ma l'ineguale distribuzione dei mezzi di consumo, qui intesi come mezzi di sussistenza, che la legislazione

mette in luce nel momento in cui discrimina in base a essa l'accesso nel territorio dello Stato, ha la sua radice nell'ineguale distribuzione dei mezzi di produzione, che sta alla base della società borghese. Perciò la ragione di questa discriminazione apparirà esplicita nel momento in cui affronteremo la disciplina del lavoro subordinato che include (e copre) l'antagonismo di classe tra capitale e lavoro salariato, su cui si innalza lo Stato borghese e la sua legislazione.

Secondo l'articolo 4, comma 4, il permesso di soggiorno è richiesto per una permanenza superiore a 90 giorni, per la quale è sufficiente il visto d'ingresso, che già indica le motivazioni per cui anche il permesso può essere rilasciato. Secondo l'articolo 5, sempre coerentemente con la premessa universalistica borghese, il rifiuto o la revoca del premesso non avviene nel caso che ricorrano «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano». Il respingimento alle frontiere per i motivi previsti dall'articolo 4, commi 3 e 6, e dall'articolo 10, commi 1, 2, 3, non si applicano nei casi, disciplinati da norme vigenti, di asilo politico, di *status* di rifugiato e di protezione temporanea per motivi umanitari. Il Capo III di questo titolo II, dedicato alle disposizioni di carattere umanitario, prevede che ove, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di interventi assistenziali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento su uno straniero, può essere rilasciato un particolare permesso di soggiorno per sottrarsi a queste situazioni e a condizionamenti da parte dell'organizzazione criminale e per partecipare a un programma di integrazione e assistenza sociale. Ma in particolare l'articolo 19 prevede che l'espulsione non può eseguirsi «in nessun caso» se lo straniero dovesse essere espulso o respinto verso uno Stato in cui possa esser perseguitato «per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione». La legge n. 189 e la legge n. 94 rendono più stretta, nel Testo unico, la disciplina e il controllo sullo straniero che richiede il permesso di soggiorno, sottoponendolo «a rilievi fotodattiloscopici» (comma 2-bis) e obbligandolo al versamento di un importo tra 80 e 200 euro tranne, appunto, che il permesso di soggiorno sia «per asilo, per richiesta di asilo, per protezione sussidiaria, per motivi umanitari» (comma 2-ter). Anche qui notiamo come l'egualitarismo astratto dei diritti nella sfera pubblica poggia sulle disuguaglianze nella sfera privata quanto al possesso di mezzi di sussistenza.

Dunque, il quadro generale che disciplina tutta la materia dell'immigrazione è quello dei diritti umani borghesi, il cui universalismo riflette la

tendenza del capitale ad abbattere tutte le barriere di carattere locale, ideale, religioso, sessuale, razziale ed etnico, in modo da assicurare la massima mobilità della forza-lavoro. Ma già nella forma più elementare della produzione di merci che, come abbiamo ricordato, non è ancora produzione capitalistica di merci, benché ne sia logicamente e storicamente il presupposto, appare evidente la connessione di queste idee universalistiche con i rapporti economici che ne sono alla base e si sviluppano ulteriormente nella produzione capitalistica di merci. Infatti nella relazione di scambio semplice, cioè quella in cui la merce e il lavoro sono determinati solo come valori di scambio, i soggetti si presentano come individui che scambiano senza alcuna differenza tra loro, giacché questa è formalmente la loro determinazione economica. «Ciascuno dei soggetti è un individuo che scambia; ciascuno cioè ha con l'altro la medesima relazione sociale, che l'altro ha con lui. Come soggetti dello scambio dunque la loro relazione è quella di uguaglianza»¹². In secondo luogo gli oggetti che essi scambiano, in quanto valori di scambio, sono equivalenti, ossia sono oggettivazione di uguali quantità di lavoro genericamente umano¹³. In terzo luogo, l'atto stesso dello scambio è «la mediazione attraverso cui i soggetti vengono posti appunto come individui che scambiano, come uguali, e i loro oggetti come equivalenti, come uguali»¹⁴. È mediante gli equivalenti che i soggetti dello scambio entrano in relazione tra loro e sono l'uno per l'altro, si confermano come equivalenti e nello stesso tempo come indifferenti l'uno per l'altro, ossia la loro relazione prescinde completamente dalle loro differenze individuali. Al di fuori dell'atto di scambio in questo suo significato formale, l'aspetto contenutistico, rappresentato dalle caratteristiche naturali delle merci che vengono scambiate, quindi dalla loro differenza, e dalla differen-

12 MEGA² II/1(*Text*).1, Berlin, 1976, 165; tr. it. cit., vol. I, 209-210.

13 Marx sottolinea che interessa il lato economico formale ovvero la funzione sociale che, nello scambio, hanno i soggetti che scambiano e i loro equivalenti scambiati. Resta fuori considerazione l'eventuale naturale scaltrezza o la capacità di persuasione, insomma la superiorità di un individuo sull'altro nel raggiarlo. Queste sono differenze naturali tra i soggetti, il cui potere resiste anche alla concorrenza, cosa che Marx osserva «spingendo lo sguardo verso uno sviluppo ulteriore» (*ibidem*; tr. it. cit., vol. I, 210), per sottolineare il carattere storicamente determinato dei rapporti fondati sul valore di scambio. Ma tutto ciò non altera la forma sociale del rapporto, così come non altera tale forma il contenuto del rapporto stesso, il quale « propriamente esula ancora completamente dall'economia, o è posto come contenuto naturale distinto da quello economico, del quale contenuto naturale si può dire che è ancora del tutto separato dal rapporto economico perché ancora coincide immediatamente con esso» (*ibidem*).

14 *Ibidem*.

za dei bisogni degli individui che scambiano, non compromette il fatto che socialmente questi individui compaiano come eguali e i prodotti scambiati come equivalenti, ma, al contrario, conferma pienamente questa forma economica. Infatti è proprio la differenza dei bisogni e delle merci possedute per scambiare, che spinge questi individui allo scambio. Se i soggetti avessero lo stesso bisogno e producessero gli stessi oggetti per soddisfarlo, non entrerebbero in rapporto di scambio, perché non avrebbero bisogno l'uno dell'altro: «La diversità del loro bisogno e della loro produzione offre soltanto il motivo allo scambio e alla loro equiparazione sociale in esso; questa diversità naturale è perciò il presupposto della loro uguaglianza sociale nell'atto dello scambio e in generale di questa relazione in cui essi si presentano l'uno rispetto all'altro come individui produttivi»¹⁵. Così, «finché questa diversità naturale degli individui e delle loro merci [...] costituisce il motivo per l'integrazione di questi individui, per il loro rapporto sociale in quanto individui che scambiano, nel quale essi sono presupposti e si confermano come uguali, alla determinazione dell'uguaglianza si aggiunge quella della libertà»¹⁶. Infatti, anche se ciascuno dei due soggetti dello scambio ha bisogno della merce dell'altro, tuttavia ciascuno si sente proprietario della propria merce e quindi nessuno dei due si appropria della merce dell'altro con la violenza, ma ciascuno se la aliena mediante un atto volontario libero. «Qui, dice Marx, entra in ballo [...] anzitutto il momento giuridico della persona, e della libertà nella misura in cui vi è contenuta»¹⁷. Ciascuno dei due soggetti serve con la propria merce il bisogno dell'altro affinché l'altro serva con la propria merce il bisogno del primo. «Ciascuno serve l'altro per servire se stesso»¹⁸, deve necessariamente farsi mezzo dell'altro per raggiungere il suo scopo, «si pone come essere per un altro in quanto è essere per sé, e l'altro si pone come essere per lui in quanto è essere per sé»¹⁹, ossia scopo a se stesso. Questo movimento di reciprocità per cui ciascuno dei due soggetti dello scambio si fa contemporaneamente mezzo dell'altro e fine a se stesso, è un presupposto necessario dello scambio che ciascuno di loro riconosce come fatto; ma esso «procede per così dire solo alle spalle degli interessi particolari riflessi in se stessi»²⁰, perché ciascuno rimane indifferente all'altro, e ne serve il bisogno solo perché ha interesse solo a soddisfare il proprio bisogno: «Appunto soltanto nella

15 *Ivi*, 166; tr. it. cit., vol. I, 211.

16 *Ivi*, 167; tr. it. cit., vol. I, 212-213.

17 *Ibidem*; tr. it. cit., vol. I, 213.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ivi*, 168; tr. it. cit., *ibidem*.

bilateralità, nella multilateralità, e nel rendersi autonomi dai diversi lati, l'interesse comune è lo scambio dell'interesse egoistico. L'interesse generale è appunto la generalità degli interessi egoistici»²¹. Perciò, dal punto di vista della forma economica - dove i soggetti dello scambio stanno nella stessa determinazione indipendentemente dalle loro differenze naturali, le quali fanno anzi da presupposto al rapporto sociale che li mette sullo stesso piano; dove gli oggetti dello scambio sono degli equivalenti; e dove l'atto di scambio media il fatto che gli individui sono posti come soggetti che scambiano e gli oggetti scambiati sono posti come equivalenti - gli individui stanno nella determinazione dell'uguaglianza. Dal punto di vista della materia dello scambio, gli individui, che si fanno ciascuno mezzo dell'altro per farsi fini a se stessi, stanno nella determinazione della libertà. «Non solo dunque uguaglianza e libertà sono rispettate nello scambio basato sui valori di scambio, ma lo scambio di valori di scambio è la base produttiva, reale di ogni uguaglianza e libertà. Come idee pure esse ne sono espressioni solamente idealizzate; in quanto si sviluppano in rapporti giuridici, politici e sociali, esse sono soltanto questa base ad una diversa potenza»²².

Queste idee di uguaglianza e libertà sono possibili solo sulla base di una società fondata sul lavoro generale e sul valore di scambio. Perciò esse sono diverse dalle idee antiche di uguaglianza e di libertà, appunto perché non erano fondate sul valore di scambio sviluppato, ma sulla prevalenza del valore d'uso (mentre erano solo le eccedenze a essere scambiate). Perciò quelle idee crollarono appena il valore di scambio prese estensione. La base dei rapporti di produzione antichi era il lavoro coercitivo diretto su cui non si può sviluppare un valore di scambio nella sua massima estensione. Coerentemente, «nel diritto romano il *servus* è esattamente definito come colui che non può acquistare per sé mediante lo scambio»²³, e di conseguenza «in determinate sfere»²⁴ furono elaborati i concetti di “persona giuridica” e di “individuo dello scambio”. Questa consapevolezza sembra contraddire il fatto che nella società antica mancava la base economica e sociale per elaborare questo diritto, però esso si sviluppò insieme alla dissoluzione del mondo romano e anticipò i fondamenti del diritto della società industriale moderna, ai cui inizi fu fatto valere polemicamente contro il medioevo. Anche la società medievale non poteva avere i concetti di uguaglianza e libertà connessi allo scambio dei valori di scambio, perché la sua base era il lavoro come privilegio inserito in una struttura comunita-

21 *Ibidem*; tr. it. cit., vol. I, 214.

22 *Ibidem*.

23 *Ivi*, 169; tr. it. cit., vol. I, 215.

24 *Ibidem*.

ria considerata come superiore, vale a dire nella corporazione. Rimanendo lavoro particolare, legato al mestiere, non poté svilupparsi a lavoro genericamente umano, sulla cui base viene misurato il valore di scambio.

Quello che finora abbiamo analizzato nella legislazione sull'immigrazione discende dalle idee giuridiche fondamentali (uguaglianza e libertà), espressioni di una società fondata sullo scambio di valori di scambio e quindi sul lavoro inteso come lavoro generale. La sanzione legislativa di ogni discriminazione razziale, etnica, religiosa, riflette le condizioni materiali di una società in cui lo sviluppo dei presupposti del valore di scambio culmina nella libertà di commercio, la soppressione di tutti i monopoli, lo sviluppo del sistema creditizio, l'abolizione di ogni ostacolo che impedisce all'operaio di trasferirsi da una località e da una branca di produzione a un'altra, la riduzione del lavoro a lavoro semplice, l'abolizione dei pregiudizi professionali e la sottomissione degli operai al capitale: tutte queste sono le condizioni perché possa svilupparsi la piena mobilità dei capitali e della forza-lavoro, mobilità da cui discende il livellamento dei saggi medi del profitto in tutti i rami della produzione e la trasformazione dei valori in prezzi di produzione. Anche le restrizioni che il Testo unico prevede e che via via sono state inasprite, non alterano idealmente l'impianto di fondo che discende dall'applicazione dell'articolo 10 della Costituzione, anzi in qualche modo lo confermano, giacché le espulsioni e gli inasprimenti di pene sono diretti al contrasto dell'immigrazione clandestina, cioè di uno spostamento di individui che non avviene secondo la legge, vale a dire secondo una forma che rispecchia il movimento generale del lavoro che produce valori di scambio, e quindi rispecchia il dominio della borghesia come classe, mentre in nessun modo le restrizioni all'ingresso e l'espulsione sono - idealmente - condizionate da differenze di razza, sesso, etnia, religione e simili.

Ma qui cominciano tutte le contraddizioni. Il valore di scambio si realizza nel denaro e un sistema monetario sviluppato è la condizione dello sviluppo del sistema sociale fondato sul valore di scambio: di conseguenza, «il sistema monetario può essere in effetti soltanto la realizzazione di questo sistema della libertà e dell'uguaglianza»²⁵. E questo avviene in tutte le determinazioni del denaro ossia in quella di misura del valore, di mezzo di circolazione o materia generale dei contratti e di rappresentante generale della ricchezza. Nella sua determinazione scientifica più semplice (e in parte anche nello sviluppo storico reale) il valore di scambio sembra non mostrare nessuna reale antitesi dietro queste determinazioni della libertà e dell'uguaglianza in cui gli individui sono posti, anzi abbiamo vi-

sto che le disuguaglianze naturali sono qui le condizioni dell'uguaglianza sociale e proprio nella misura in cui questa diversità pone gli individui in un rapporto sociale in cui si integrano, insieme all'uguaglianza si pone la determinazione della libertà. Ma nella società borghese sviluppata, con la trasformazione del denaro in capitale, con la formazione di un compiuto sistema monetario, con il mercato mondiale ecc., le determinazioni elementari dello scambio fondato sul valore di scambio, riflesse nelle idee di uguaglianza e di libertà, «si presentano come il processo superficiale al fondo del quale invece si verificano ben altri processi nei quali questa apparente uguaglianza e libertà degli individui scompare»²⁶. Nello sviluppo compiuto del sistema capitalistico, questi processi più complessi si presentano sotto forma di riduzione di tutto a valore di scambio, ossia alla categoria più semplice che corrisponde anche alla fase iniziale della semplice produzione di merci prima che divenisse produzione capitalistica di merci. A questo stadio sviluppato e complesso del mercato mondiale la categoria semplice del valore di scambio si ripresenta in modo da mostrare, delle antitesi, «soltanto un lato in cui la loro espressione è cancellata»²⁷. Ma tali processi che cancellano l'apparenza della libertà e dell'uguaglianza sono lo sviluppo del presupposto stesso dello scambio sulla base dei valori di scambio: infatti qui l'individuo non è immediatamente lo scopo del prodotto, ma lo diventa nello scambio, dove egli non esiste come individuo con le sue qualità naturali, bensì nel suo prodotto oggettivo, rimanendo indifferenti quelle qualità. Tutto il sistema della libertà e dell'uguaglianza, fondato sul valore di scambio, presuppone che l'individuo debba negare le differenze naturali, e in questo modo egli, benché concepito come “naturalmente” libero e uguale, in realtà è un prodotto sociale, perciò non è affatto “libero”. Infatti lo scambio presuppone una divisione del lavoro in cui gli individui non stanno nel rapporto di individui che scambiano, e «già nella semplice determinazione del valore di scambio e del denaro è contenuta in forma latente l'antitesi tra lavoro salariato e capitale»²⁸. Pertanto, il sistema dei valori di scambio è solo relativo a una determinata fase storica rispetto alla quale ce ne può essere una più avanzata, in cui «gli individui si presentano non più semplicemente come individui che scambiano ovvero come compratore e venditore, bensì in determinati rapporti reciproci, non sono più posti tutti nella medesima determinazione»²⁹.

26 *Ivi*, 171; tr. it. cit., vol. I, 218.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*.

29 *Ivi*, 170; tr. it. cit., vol. I, 217.

Esaminando ora lo sviluppo del valore di scambio nella società borghese compiuta, quale si esprime nel mercato mondiale della globalizzazione, possiamo vedere tutta una serie di antitesi che riguardano proprio la questione delle migrazioni, e quindi come quelle determinazioni ideali universalistiche, che nel Testo unico sono presupposte alla disciplina legislativa dei fenomeni migratori, nascondano processi antagonistici, materiali e non ideali, di dominio a cui sono funzionali.

4. I migranti come componente della sovrappopolazione operaia creata dal capitale

L'accumulazione capitalistica presuppone, oltre alla reintegrazione degli elementi del capitale anticipato (strumenti di produzione e mezzi di sussistenza dell'operaio, rispettivamente capitale costante e capitale variabile), che una parte del plusvalore sia riconvertita in mezzi di produzione e mezzi di sussistenza per l'operaio, cioè in capitale (costante e variabile) che aumenta la grandezza del capitale anticipato. Se si reintegra soltanto il capitale anticipato, mentre tutto il plusvalore è destinato al consumo del capitalista, ci sarebbe solo una riproduzione semplice del capitale ossia «la semplice continuità del processo di produzione capitalistico»³⁰. Ogni processo di produzione, in quanto volto a essere un processo continuativo, è un processo di riproduzione, quindi il carattere del processo di riproduzione dipende dal carattere del processo di produzione. Se la produzione ha una forma capitalistica, la deve avere anche la riproduzione, e poiché nel modo di produzione capitalistico il processo lavorativo è solo un processo volto a creare plusvalore mediante il pluslavoro, ossia esso «si presenta solo come un mezzo del processo di valorizzazione»³¹, ne consegue che «la riproduzione si presenta solo come un mezzo per riprodurre il valore anticipato come capitale, cioè come valore che si valorizza»³². La riproduzione semplice ha certamente tutti i caratteri formali del processo di produzione capitalistico, ma se restasse tale contraddirebbe la tendenza del capitale a valorizzarsi continuamente e in tal modo a conservarsi come capitale. Perciò parte del plusprodotto espresso nel plusvalore che si presenta come reddito per il capitalista, deve essere trasformato «in mezzi aggiuntivi di

30 MEGA², II/10 (*Text*), 509; tr. it. cit., 624.

31 *Ivi*, 507; tr. it. cit., 621.

32 *Ibidem*.

produzione e di sussistenza»³³ per l'operaio. Questa trasformazione dà luogo alla riproduzione del capitale su scala allargata.

L'ampliamento del capitale anticipato in mezzi di produzione e mezzi di sussistenza per l'operaio, richiede un corrispondente «supplemento di lavoro»,³⁴ e se questo non è ottenuto con l'intensificazione e l'estensione dello sfruttamento degli operai già occupati, deve ottenersi utilizzando forza-lavoro supplementare, quindi assumendo nuovi operai. Di conseguenza occorre riprodurre la classe operaia, moltiplicando le forze-lavoro disponibili. Ma poiché l'operaio vive del salario, ecco che esso abitualmente equivale non solo ai mezzi di sussistenza dell'operaio, ma anche ai mezzi che ne favoriscono la riproduzione ossia la moltiplicazione. Così ci sono forze-lavoro addizionali disponibili che, se vengono aggiunte ai mezzi di produzione addizionali, trasformano il plusvalore in capitale. Se l'aumento del capitale in un determinato ramo della produzione agisce solo quantitativamente, il saggio del profitto, ossia il rapporto tra plusvalore e capitale anticipato, cresce nella stessa proporzione in cui cresce quest'ultimo. Ma con la produzione del plusvalore relativo, si ha un aumento della produttività e quindi una trasformazione tecnica della parte costante del capitale (soprattutto di quella fissa, ossia macchine e combinazione scientifica delle relazioni organizzative del lavoro). In tal modo, la concentrazione delle forze produttive disperse, avvenuta nella prima fase di sviluppo della produzione capitalistica, si trasforma nella centralizzazione di molti capitali individuali attraverso l'espropriazione di molti capitalisti da parte di pochi. Ciò provoca un'ulteriore socializzazione del lavoro, dello sfruttamento della terra e dei mezzi di produzione. Si sviluppa sempre più «la forma cooperativa del processo di lavoro su scala sempre crescente, la consapevole applicazione tecnica della scienza, lo sfruttamento metodico della terra, la trasformazione dei mezzi di lavoro in mezzi di lavoro utilizzabili solo collettivamente, l'economia di tutti i mezzi di produzione mediante il loro uso come mezzi di produzione del lavoro sociale, combinato»³⁵. Ma con questa trasformazione l'aumento della parte produttiva costante del capitale procede «*con rapidità incomparabilmente maggiore*»³⁶ rispetto a quella del capitale variabile, giacché tutti quegli elementi suddetti, volti ad accrescere esponenzialmente la forza produttiva del lavoro, riducono la necessità di lavoro immediato rendendo così l'operaio tecnicamente sempre meno importante nel processo lavorativo, benché esso resti ineliminabile

33 *Ivi*, p. 520; tr. it. cit., 637.

34 *Ibidem*.

35 *Ivi*, 684; tr. it. cit., 825.

36 *Ivi*, 564; tr. it. cit., 689.

per il processo di valorizzazione ossia di produzione del plusvalore - il che genera la contraddizione mortale della produzione capitalistica. «Siccome la *domanda di lavoro* non è determinata dal volume del capitale complessivo, ma dal volume della sua parte costitutiva variabile, *essa diminuirà quindi in proporzione progressiva con l'aumentare del capitale complessivo*, invece di aumentare in proporzione di esso [...]. Essa diminuisce in rapporto alla grandezza del capitale complessivo, e diminuisce in progressione accelerata con l'aumentare di essa»³⁷. Ciò appare in contraddizione con quanto prima osservato, ossia che l'aumento del capitale addizionale richiede un aumento di forze-lavoro da incorporare per mettere in movimento quei mezzi addizionali. Ma questa contraddizione agisce in modo tale da rendere decrescente la proporzione con cui il capitale variabile sta con quello costante, dunque esprime una grandezza relativa, non assoluta. Se è necessaria un'accelerazione dell'accumulazione complessiva del capitale per assorbire forza-lavoro proporzionata all'aumento dei mezzi di produzione e alla trasformazione della stessa parte costante del capitale anticipato o proveniente da precedenti accumulazioni, questa accumulazione e centralizzazione crescenti cambiano la composizione organica del capitale, quindi la parte variabile diminuisce proporzionalmente all'aumento di quella costante. Pertanto, quella che da una parte è una diminuzione relativa della parte variabile del capitale, ossia più di quanto aumenti la parte costante, «appare dall'altra parte, viceversa, *come un aumento assoluto della popolazione operaia costantemente più rapido di quello del capitale variabile ossia dei mezzi che le danno occupazione*»³⁸. Ma, in realtà, «è [...] *l'accumulazione capitalistica* che costantemente produce, precisamente in proporzione della propria energia e del proprio volume, *una popolazione operaia relativa, cioè eccedente i bisogni medi di valorizzazione del capitale, e quindi superflua o addizionale*»³⁹. E poiché, come

37 *Ivi*, 565; tr. it. cit., *ibidem*.

38 *Ibidem*; tr. it. cit., 690.

39 *Ibidem*. «Per quanto riguarda il capitale sociale complessivo, *il movimento della sua accumulazione* ora provoca un cambiamento *periodico*, ora i suoi momenti si distribuiscono *contemporaneamente* nelle sfere *diverse* della produzione. In alcune sfere si verifica un cambiamento nella composizione del capitale senza aumento della sua grandezza assoluta a seguito della semplice concentrazione; in altre l'aumento assoluto del capitale è collegato a una diminuzione *assoluta* della sua parte costitutiva variabile ossia della forza-lavoro da essa assorbita; in altre ora il capitale continua ad aumentare sulla propria base tecnica data e attrae forza-lavoro addizionale in proporzione del proprio aumento, ora subentra un cambiamento organico e la sua parte costitutiva variabile si contrae; in tutte le sfere l'aumento della parte variabile del capitale e quindi del numero degli operai

abbiamo visto, è la stessa popolazione operaia a produrre l'accumulazione del capitale, mediante la creazione di plusvalore che si trasforma in capitale addizionale, ecco che è essa stessa a produrre «in misura crescente [...] *i mezzi per render se stessa relativamente eccedente*. È questa una *legge della popolazione* peculiare del *modo di produzione capitalistico*, come di fatto ogni modo di produzione storico particolare ha le proprie leggi della popolazione particolari, storicamente valide. Una legge astratta della popolazione esiste soltanto per le piante e per gli animali nella misura in cui l'uomo non vi interviene storicamente»⁴⁰. È dunque il capitale stesso che, per accumulare, ossia per trasformare in capitale parti sempre crescenti del plusvalore, crea questa sovrappopolazione. Se quest'ultima «è il prodotto necessario [...] dello sviluppo della ricchezza su base capitalistica»⁴¹, e non una legge generale valida in qualsiasi epoca, ciascuna delle quali ha una sua propria legge della popolazione, ne consegue anche l'inverso, dato che il capitale è lavoro accumulato, quindi è prodotto e riprodotto in ogni sua parte dagli operai: «Questa sovrappopolazione diventa [...] la leva dell'accumulazione capitalistica e addirittura *una condizione d'esistenza del modo di produzione capitalistico*. Essa costituisce un *esercizio industriale di riserva disponibile* che appartiene al capitale in maniera così completa come se quest'ultimo l'avesse allevato a sue proprie spese. Essa crea per i mutevoli bisogni di valorizzazione del capitale il materiale umano sfruttabile sempre pronto, indipendentemente dai limiti del reale aumento della popolazione»⁴². È difficile negare che proprio questa legge del capitale agisca sulle migrazioni nella globalizzazione, visto che, in conseguenza dei mutamenti provocati dalla crescente centralizzazione dei

occupati è sempre legato a violente fluttuazioni e a una passeggera produzione di sovrappopolazione, sia che questa assuma la forma più vistosa respingendo gli operai già occupati, sia che assuma quella meno appariscente, ma non meno efficace, di una maggiore difficoltà nell'assorbimento della popolazione operaia addizionale nei consueti canali di sfogo. Insieme con la grandezza del capitale sociale già in funzione, insieme col grado del suo aumento, con la estensione della scala di produzione e della massa degli operai messi in moto, insieme con lo sviluppo della forza produttiva del loro lavoro, insieme col flusso più largo e più pieno di tutte le fonti sorgive della ricchezza, *si estende anche la scala* in cui una maggiore attrazione degli operai da parte del capitale è legata ad una maggiore ripulsione di questi ultimi, aumenta la rapidità dei cambiamenti nella composizione organica del capitale e nella sua forma tecnica, e si dilata l'ambito delle sfere di produzione, le quali ora ne sono prese contemporaneamente, ora alternativamente» (*ivi*, 565-566; tr. it. cit., 690-691).

40 *Ivi*, 566-567; tr. it. cit., 691-692.

41 *Ivi*, 567; tr. it. cit., 692.

42 *Ibidem*.

capitali, «tutti i popoli vengono intricati nella rete del mercato mondiale e così si sviluppa il carattere internazionale del regime capitalistico»⁴³.

L'accumulazione e l'aumento della forza produttiva del lavoro vanno insieme alla velocità di espansione del capitale, non solo «perché crescono l'elasticità del capitale funzionante e la *ricchezza assoluta*, di cui il capitale costituisce soltanto una *parte elastica*»⁴⁴, e non solo perché il credito valorizza la disponibilità di questa ricchezza per convertirla in capitale addizionale, ma anche perché questa conversione è velocizzata dalle innovazioni tecniche e dallo sviluppo dei mezzi di trasporto, e oggi in modo enormemente maggiore dalle reti informatiche, cosicché non solo questa massa di ricchezza che diventa capitale addizionale crea nuove branche di produzione, ma trasforma «con frenesia»⁴⁵ anche le vecchie. In questa frenetica espansione di ricchezza su basi capitalistiche, vale a dire con l'aumento esponenziale dell'accumulazione e quindi della conversione del plusvalore in nuovo capitale, «grandi masse di uomini devono essere gettabili improvvisamente nei punti decisivi, senza pregiudizio della scala di produzione in altre sfere; le fornisce la sovrappopolazione»⁴⁶. E così ci colleghiamo a quanto sopra visto, ossia che con il progresso della produzione capitalistica e quindi con la crescente sottomissione della società alle sue leggi, lo spostamento incessante dei capitali da una sfera di produzione all'altra alla ricerca di più alti saggi del profitto comporta il livellamento di questi ultimi in un saggio medio del profitto e la formazione dei prezzi di produzione in cui si trasformano i valori delle merci. Ciò richiede, oltre a una sempre maggiore mobilità dei capitali, una sempre maggiore mobilità della forza-lavoro per essere gettata da una sfera produttiva all'altra e da una località all'altra. Ebbene, di tutti questi processi che velocizzano freneticamente l'accumulazione e provocano, mediante il livellamento dei saggi del profitto, la centralizzazione dei capitali e la loro trasformazione in capitale sociale complessivo, la sovrappopolazione relativa costituisce una leva: «Il ciclo vitale caratteristico dell'industria moderna, la forma di un ciclo decennale - interrotto da piccole oscillazioni - di periodi di vivacità media, produzione con pressione massima, crisi e stagnazione, si basa sulla costante formazione, sul maggiore o minore assorbimento e sulla nuova formazione dell'esercito industriale di riserva o della sovrappopolazione. Le alterne vicende del ciclo industriale reclutano, da parte loro,

43 *Ivi*, 684; tr. it. cit., 825.

44 *Ivi*, 567; tr. it. cit., 692.

45 *Ibidem*.

46 *Ivi*, 568; tr. it. cit., *ibidem*.

la sovrappopolazione e diventano uno degli agenti più energici della sua riproduzione»⁴⁷.

In che senso questa popolazione disoccupata è una leva dell'accumulazione capitalistica, ossia uno dei fattori più importanti del suo processo di riproduzione? Risponde Marx: «L'esercito industriale di riserva preme durante i periodi di stagnazione e di prosperità media sull'esercito operaio attivo e ne frena le rivendicazioni durante il periodo della sovrapproduzione e del parossismo. *La sovrappopolazione relativa è quindi lo sfondo sul quale si muove la legge della domanda e dell'offerta di lavoro. Essa costringe il campo d'azione di questa legge entro i limiti assolutamente convenienti alla brama di sfruttamento e alla mania di dominio del capitale*»⁴⁸. Perciò Marx critica l'apologia dell'economia volgare la quale, appena del capitale viene investito in macchine ossia in capitale costante, e di conseguenza una parte di operai da attivi passano nell'esercito di riserva, ritiene che ciò andrebbe a vantaggio degli operai in altri rami della produzione grazie alla legge della domanda e dell'offerta. Intanto, secondo Marx, qui vengono «messi in libertà» non solo operai già occupati soppiantati dalle macchine, ma anche, in uguale quantità, la parte di operai di riserva e quelli che potevano regolarmente essere assorbiti senza innovazione. A questo punto, se un «capitale nuovo, desideroso di entrare in funzione»⁴⁹, e che quindi può disporre di questa riserva accresciuta, attrae solo il numero degli operai messi in libertà, allora la domanda di lavoro resta eguale a zero; se ne attrae un numero minore, cresce la quantità di popolazione operaia eccedente; se ne attrae un numero maggiore, la domanda generale di lavoro è pari solo al numero di operai occupati eccedenti quelli espulsi dalla produzione ovvero «messi in libertà».

Pertanto l'aumento assoluto di capitale non significa una maggiore domanda di lavoro, come invece pretende l'economista, bensì tendenzialmente solo un aumento dell'offerta di lavoro grazie alla creazione di una sovrappopolazione operaia che eccede la grandezza del capitale variabile ossia la disponibilità dei mezzi di sussistenza. Insomma, nell'accumulazione capitalistica la domanda e l'offerta non si equilibrano affatto. Nel rapporto tra capitalisti e operai c'è un trucco, perché questa sovrappopolazione è creata dal capitale stesso in base alle sue leggi di accumulazione sfruttando il lavoro altrui e appropriandosene secondo le sue esigenze. E poiché sono gli operai stessi a creare l'accumulazione, ecco che il capitale crea la

47 *Ibidem*; tr. it. cit., 692-693.

48 *Ivi*, 574; tr. it. cit., 699.

49 *Ibidem*; tr. it. cit., 700.

sovrappopolazione attraverso gli operai stessi che producono i mezzi (capitale costante addizionale) per rendersi eccedente. «*Les dés sont pipés*. Il capitale agisce contemporaneamente da tutte e due le parti. Se da un lato la sua accumulazione aumenta la domanda di lavoro, dall'altro essa aumenta l'offerta di operai mediante la loro "messa in libertà", mentre allo stesso tempo la pressione dei disoccupati costringe gli operai occupati a render liquida una maggiore quantità di lavoro *rendendo in tal modo l'offerta di lavoro in una certa misura indipendente dall'offerta di operai*. *Il movimento della legge della domanda e dell'offerta di lavoro su questa base porta a compimento il dispotismo del capitale*»⁵⁰. La "crescita decrescente" del capitale variabile è data dal fatto che se da un lato, con l'accumulazione aumenta il numero di forze-lavoro da utilizzare per mettere in moto nuovi mezzi di produzione addizionali, dall'altro il mutamento qualitativo che l'aumento di capitale comporta sul piano dell'aumento della forza produttiva del lavoro, riduce la necessità di operai e così crea una sovrappopolazione la quale preme sugli operai occupati sia moderandone le richieste verso il capitale, sia costringendola a rendere liquida una certa quantità di lavoro comandata dal capitale. In tal modo la maggiore domanda di lavoro che l'aumento del capitale comporta per mettere in moto i mezzi di produzione aggiuntivi, viene a significare, per il capitale, non già una maggiore domanda di operai, bensì un'intensificazione del lavoro, grazie alla pressione esercitata dalla sovrappopolazione operaia che offre lavoro in eccedenza. Anche nel caso che ciò comportasse un aumento del capitale variabile, dato l'aumento di salario richiesto dal maggior lavoro fornito dall'operaio singolo, il capitalista è più interessato a ricavare una maggiore quantità di lavoro da un minor numero di operai, piuttosto che a spremere una maggior quantità di lavoro da un numero maggiore di operai a un prezzo magari più conveniente. Infatti, nel primo caso il capitalista spende più lentamente in capitale costante, mentre nel secondo caso, ossia di un maggior numero di operai occupati, deve spendere in mezzi di produzione addizionali per attivarli. Inoltre lo sviluppo del modo di produzione capitalistico, che significa sviluppo della forza produttiva del lavoro, può rendere liquida una maggior quantità di lavoro individuale sfruttando l'intensità del lavoro e agendo sulla giornata lavorativa, cioè combinando produzione di plusvalore assoluto e relativo senza esborso di maggiore capitale variabile. Oppure, con la stessa quantità di capitale variabile si può acquistare più forza-lavoro ma meno qualificata rispetto alla precedente che viene così sostituita. In ogni caso, la produzione di una sovrappopolazione relativa si ha in misu-

50 *Ivi*, 574-575; tr. it. cit., *ibidem*.

ra più rapida della rivoluzione tecnica del processo di produzione e della diminuzione della proporzione tra il capitale variabile e quello costante. In tal modo l'esercito industriale di riserva diventa, con la concorrenza tra operai, un potente mezzo di pressione per costringere la massa degli operai occupati al lavoro fuori orario e alla sottomissione all'organizzazione del lavoro imposta dal capitale: «La condanna di una parte della classe operaia a un ozio forzoso mediante il lavoro fuori orario dell'altra parte e viceversa diventa mezzo d'arricchimento del capitalista singolo e *accelera allo stesso tempo la produzione dell'esercito industriale di riserva su una scala corrispondente al progresso dell'accumulazione sociale*»⁵¹.

L'andamento di questo processo di accumulazione del capitale, da essi stessi creato loro malgrado, pone gli operai di fronte a un «mistero»⁵²: più essi lavorano per accrescere il capitale, ossia la ricchezza altrui, e, di conseguenza, più «cresce la forza produttiva del loro lavoro»⁵³, più «la loro funzione come mezzo di valorizzazione del capitale diventa [...] precaria per essi»⁵⁴. Inoltre la maggiore o minore intensità della concorrenza tra di loro dipende dal grado di pressione che la sovrappopolazione relativa esercita sugli operai comandati, ossia occupati dal capitale, in condizione, però, di sempre maggiore precarietà come mezzi di arricchimento del capitale stesso. Infatti essi possono essere espulsi dalla produzione immediata se la quantità del loro lavoro non aumenta in funzione dei bisogni del capitale (risparmio del capitale costante), o perché la concorrenza tra gli operai occupati e disoccupati condiziona le oscillazioni del salario. L'arcano di questo mistero sta nelle leggi stesse dell'accumulazione capitalistica, poiché il capitale a seconda delle sue esigenze di valorizzazione, quindi in funzione della sua brama di arricchimento, e quindi della sua brama di sfruttamento, crea questa popolazione operaia eccedente. Perciò sono gli operai stessi che, producendo più ricchezza in forma di capitale complessivo, creano le condizioni perché possano essere messi fuori dal processo di produzione immediato e da fuori, mediante la concorrenza con gli operai occupati, costringere questi ultimi a lavorare di più e quindi, con la creazione di ulteriore accumulazione, a creare ulteriore sovrappopolazione.

La soluzione si ha quando gli operai capiscono come mai l'aumento della forza produttiva del loro lavoro, necessaria all'accumulazione capitalistica, rende invece la loro funzione sempre più precaria, e che la concorrenza tra di loro dipende dalla pressione esercitata dalla sovrappopolazione

51 *Ivi*, 571; tr. it. cit., 696-697.

52 *Ivi*, 575; tr. it. cit., 700.

53 *Ibidem*; tr. it. cit., 701.

54 *Ibidem*.

relativa. Da ciò consegue che essi devono organizzare «una cooperazione sistematica fra gli operai occupati e quelli disoccupati per spezzare o affievolire le rovinose conseguenze che quella *legge naturale della produzione capitalistica* ha per la loro classe»⁵⁵. Marx notava, per il suo tempo, che appena gli operai, scoperto il mistero, cercavano di organizzare questa cooperazione attraverso le Trade Unions, ecco che il capitale e i suoi economisti si ribellavano perché questa unione turbava il principio della concorrenza. Viceversa nelle colonie, dove le circostanze facevano sì che l'offerta di forza-lavoro fosse minore o non ci fosse del tutto, perché era preferito il lavoro agricolo con proprietà diretta dei mezzi di produzione da parte del contadino, la legge della domanda e dell'offerta cessava di valere e con mezzi coercitivi si cercava di sottomettere gli operai alle leggi del lavoro salariato, cioè al dominio del capitale.

Ho voluto riportare analiticamente questo discorso di Marx perché, a mio parere, permette di spiegare bene i processi migratori nella globalizzazione capitalistica e di indicare praticamente il modo efficace di affrontarli dal punto di vista dell'emancipazione e della realizzazione dell'uomo nella sua totalità. Infatti i movimenti migratori, che oggi osserviamo, sono il risultato della produzione, a opera dell'accumulazione capitalistica, di quella popolazione operaia eccedente che preme su quella occupata ovvero comandata, in modo che essa venga costretta dal capitale stesso a rendere liquido più lavoro, aumentandone così la forza produttiva, e in modo che, contemporaneamente, essa renda più precaria la sua funzione come mezzo di valorizzazione del capitale, e quindi più precarie le proprie condizioni di vita proprio grazie a questo aumento di forza produttiva del suo lavoro. Infatti, quanto più gli operai lavorano per valorizzare il capitale, tanto più l'innalzamento della sua composizione organica a vantaggio del capitale costante fa aumentare il rischio che essi finiscano nella sovrappopolazione relativa, la quale cresce più rapidamente sia del progredire dell'accumulazione sia della diminuzione della proporzione tra la parte variabile del capitale e quella costante. Così i migranti non in quanto tali, ma in quanto parte cospicua dell'esercito industriale di riserva, diventano la leva dell'accumulazione capitalistica. E poiché quest'ultima costituisce il motore della globalizzazione, ecco che nella prospettiva del discorso qui fatto i migranti, in quanto sono gli agenti più numerosi dell'accumulazione del capitale, costituiscono i propulsori del processo di globalizzazione.

Possiamo cogliere questa connessione tra i movimenti migratori e le esigenze di accumulazione capitalistica, osservando l'accordo sindacale del

giugno 2010 nello stabilimento “Giambattista Vico” di Pomigliano d’Arco, di proprietà del *Fiat group automobiles*. Il punto 1, dedicato all’orario di lavoro, prevede l’utilizzazione degli impianti di produzione per 24 ore giornaliere e per sei giorni alla settimana, sabato incluso, 18 turni settimanali, e la refezione a fine pasto. Il punto 2 dell’accordo prevede che «per far fronte alle esigenze produttive di avvenimenti, recuperi o punte di mercato, l’azienda potrà fare ricorso a lavoro straordinario per 80 ore annue pro capite, senza preventivo accordo sindacale, da effettuare a turni interi» e che può essere anche effettuato nel 18° turno. Come osserva Antonio Di Luca, raccontando la sua esperienza di operaio alla Fiat di Pomigliano, «la possibilità di aumentare di 80 ore (oltre le 40 già previste dal CCNL [Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro]) lo straordinario collettivo non negoziabile con le RSU [Rappresentanze Sindacali Unitarie] porta il totale a ben 15 giornate annue lavorative, rendendo così strutturale il 18° turno ed obbligando al lavoro di domenica»⁵⁶. Al punto 5, dedicato all’organizzazione del lavoro, si dice che per riportare il sistema produttivo alle condizioni di competitività internazionali attuali, si interviene sulle tecnologie e sul prodotto, e si migliorano i livelli delle prestazioni lavorative con i nuovi sistemi ergonomici WCM e Ergo-UAS. L’adozione di tali sistemi ergonomici permette di fare pause, sulle linee a trazione meccanizzata con scocche in movimento continuo, non più articolate in due da 20 minuti ciascuna, ma in tre da 10 minuti ciascuna. Così, è possibile guadagnare collettivamente 10 minuti per ogni operaio, aumentando enormemente la massa di lavoro non pagato e quindi la massa del plusvalore. Nel rapporto capitalistico di produzione basato sul valore di scambio, la base della produzione della ricchezza rimane sempre la quantità di tempo di lavoro immediato. Ma con lo sviluppo della grande industria la base della ricchezza diventa sempre più la «potenza degli agenti che vengono messi in moto durante il tempo di lavoro»⁵⁷, rispetto al tempo di lavoro immediato oggettivato nei prodotti, e anche la potenza di questi nuovi agenti non consiste nel tempo di lavoro immediato che costa la loro produzione, ma «dipende [...] dallo stato generale della scienza e dal progresso della tecnologia, o dall’applicazione di questa scienza alla produzione»⁵⁸. Inoltre, tali agenti non consistono solo nelle macchine, ma anche nella «combinazione delle attività umane»⁵⁹. E poiché macchine e organizzazione dei processi lavora-

56 A. DI LUCA, *Da Pomigliano a Mirafiori. Fiat: una storia italiana*, Napoli, 2011, 26.

57 MEGA², II/1(*Text*).2, 581; tr. it. cit., vol. II, 400.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*; tr. it. cit., vol. II, 401.

tivi sono scienza applicata alla produzione, la grande base della ricchezza che subentra al lavoro immediato «è lo sviluppo dell'individuo sociale»⁶⁰, ossia la «comprensione»⁶¹ che l'uomo ha «della natura e il dominio su di essa attraverso la sua esistenza di corpo sociale»⁶². Il capitale, usando le macchine per la produzione e organizzando quest'ultima secondo criteri scientifici, si appropria di questo sapere sociale generale gratis, giacché paga solo il tempo di lavoro immediato che costano le macchine o la forza-lavoro dei ricercatori (sociologi del lavoro, psicologi, scienziati dell'organizzazione e della gestione delle cosiddette risorse umane ecc.), e la utilizza per i suoi fini, ossia per valorizzarsi e quindi per accumulare. Ora però, malgrado che per la società il lavoro immediato abbia cessato di essere la prima fonte della ricchezza, per il capitale, invece, la ricchezza è sempre derivante dal tempo di lavoro immediato e quindi, in quanto ricchezza capitalistica, dal pluslavoro, lavoro altrui non pagato, ovvero «furto di tempo di lavoro altrui»⁶³. E allora ecco che esso utilizza questa nuova forza produttiva, che è la scienza oggettivata nelle macchine e nell'organizzazione delle attività umane, per rendere liquida una sempre maggiore quantità di lavoro e così valorizzarsi aumentando lo sfruttamento, tutte cose, queste, che entrano in violenta e insolubile contraddizione proprio con quelle forze produttive che esso stesso ha nel frattempo sviluppato. I sistemi ergonomici WCM e Ergo-UAS sono scienza e tecnologia, ossia sapere sociale generale, oggettivati nella combinazione delle attività umane ossia nella cooperazione, base della produzione del plusvalore relativo. Quindi il capitale si appropria gratis della scienza incorporata nel sistema ergonomico e la usa per aumentare la domanda di lavoro verso gli operai già occupati senza bisogno di aumentare necessariamente la quantità di forze lavorative individuali, e così l'accumulazione procede ulteriormente. Infatti, migliorando l'ergonomia grazie a questa applicazione della scienza all'organizzazione del lavoro, aumenta la "saturazione", cioè la quantità di lavoro assegnata in un turno, al netto delle pause e della refezione. L'applicazione del sistema ergonomico, perciò, aumenta la produttività agendo sull'intensità del lavoro. Ma questo significa aumento del grado di sfruttamento. Infatti, nell'accordo di Pomigliano è disdetto l'accordo del 1971 sulle saturazioni «che [...] prevedeva una soglia minima di fattore di riposo non negoziabile - perché legata al rischio da stress lavoro - suddiviso nelle pause di 40 minuti per turno, più 30 minuti da suddividere nel singolo ciclo

60 *Ibidem.*

61 *Ibidem.*

62 *Ibidem.*

63 *Ibidem.*

di lavoro, e 30 minuti della pausa mensa»⁶⁴. Quindi i presunti miglioramenti dei sistemi ergonomici sul piano strettamente fisico⁶⁵, si convertono in netti peggioramenti sul piano psicofisico dello stress da lavoro, data la riduzione delle pause indispensabili al recupero integrale, quindi umano, delle energie e della forza-lavoro. I 10 minuti di lavoro guadagnati con la riorganizzazione delle pause sono «monetizzati in una voce retributiva specifica denominata ‘indennità di prestazione collegata alla presenza’», ed esclusi dal trattamento di fine rapporto.

È qui evidente come il capitale faccia in modo che la sua domanda di lavoro non significhi necessariamente domanda di operai. Ma questo è possibile solo perché la pressione della sovrappopolazione operaia eccedente costringe, con la concorrenza, la parte comandata ovvero occupata a sottomettersi ai dettami del capitale, dimostrando così come tale sovrappopolazione creata dal capitale sia una delle leve dell’accumulazione. Questo processo reale si riflette mistificato nell’ideologia del lavoro contemporaneo che si rifà al “modello Toyota”, teorizzato da Taichi Ohno, invece che al modello di produzione della fabbrica fordista: entrambi sono applicazioni della scienza e della tecnologia allo sviluppo del capitale fisso (macchine e organizzazione del lavoro), quindi modi in cui il capitale si appropria della scienza trasformandola in una sua forza produttiva. Lo specifico della produzione ohnista è produrre senza lasciare scorte di magazzino e senza errori. Perciò, alla tradizionale linea di montaggio, da monte a valle, essa sostituisce una linea snella metaforizzata dall’immagine di un tubo, in cui si simula una domanda a valle da parte del cliente, per soddisfare la quale il *team* immediatamente contiguo verso monte, a cui è stata fatta la richiesta, richiede a sua volta il semilavorato al *team* ancora più a monte e così di seguito. Il rifornimento di scorte non sta in magazzino ma giunge dai fornitori *just in time*, «letteralmente “al momento giusto”. [...] per l’ingresso nella linea di fabbricazione o di montaggio»⁶⁶ nella quale si opera sulla base della domanda che parte dal cliente. «Adottando tale processo produttivo si riducono i costi di immagazzinamento, e quindi si migliora la redditività aziendale»⁶⁷. La forma della cooperazione in un siffatto processo lavorativo consiste nell’auto-attivazione del lavoratore, vale a dire, i tecnici e

64 A. DI LUCA, *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., 28.

65 La metodologia dei sistemi WCM e Ergo-Uas «non è ancora certificata dalle normative previste per legge, e[d] effettua solo una prima stima, tra l’altro del tutto superficiale, dei rischi per la salute dei lavoratori» (*ibidem*).

66 <http://economia.tesionline.it/economia/glossario.jsp?GlossarioID=3788>, Definizione redatta da GIOVANNI CANTONE.

67 *Ibidem*.

gli operai manuali presenti nell'Unità tecnologica elementare (Ute), senza distinzione e separazione tra funzioni direttive intellettuali e funzioni esecutive manuali, come invece avviene nella fabbrica fordista, collaborano in una comune impresa volta a soddisfare le richieste del cliente. Come abbiamo detto, la presenza effettiva di un cliente che richiede il prodotto è una finzione, cosicché l'autoattivazione non è altro che l'introiezione, da parte del lavoratore, delle richieste dall'azienda. Scrive Laura Fiocco a proposito dell'organizzazione del lavoro alla Fiat di Melfi: «L'intera fabbrica è disseminata di display elettronici, visibili a tutti, che mostrano in tempo reale i dati relativi alla produzione teorica e effettiva. Ognuno sa quindi, in ogni momento, l'eventuale scarto tra l'obiettivo da realizzare e la realtà, ma sa anche (dispositivo panoptico) che ciò significa che deve attivarsi per "risolvere il problema". Se l'autoattivazione non scatta autonomamente, cioè se i lavoratori resistono al comando veicolato dal sistema informativo, l'apparente oggettività dei dati rilevati dai display diventa un'arma usata dai capi Ute per indurre, via premi di produzione e discorsivamente, l'aumento del flusso della produzione»⁶⁸. In questo emerge la differenza con il modo in cui il capitale domina attraverso il processo lavorativo fordista: «Nella fase fordista la reificazione degli operai era esplicita (legittimata dalla "natura" del sistema tecnologico), lo sfruttamento relativamente visibile, e la piena occupazione, combinata con il *welfare*, un obiettivo di "equilibrio" del processo di accumulazione. In quel contesto le prospettive di un mondo "a misura d'uomo" oscillavano su due fronti (strutturalmente determinati): da un lato la liberazione *del* lavoro (il lavoratore rivendicava il suo essere persona in quanto lavoratore: l'ideologia del produttore), dall'altro la liberazione *dal* lavoro (il rifiuto del lavoro salariato in quanto alienante)»⁶⁹. Invece nella fabbrica integrata la presunta migliore qualità ergonomica del lavoro, la volontarietà come carattere fondamentale dell'autoattivazione volta a soddisfare tutti insieme, tecnici e operai sullo stesso piano, le richieste del cliente, fanno passare l'idea che nelle mura della fabbrica il lavoro coincida con la vita stessa: «Ciò che la nuova organizzazione del lavoro sta producendo, in processo, è una nuova forma del comando e, insieme, una nuova configurazione del soggetto antagonista, il che presuppone una dislocazione del discorso che ricomponga il modo di esistenza dentro la fabbrica con lo spazio di vita: quel "fuori" che la Fiat vorrebbe ridotto a "prato verde" [...]. L'azienda è costretta a dare forma "umana" al mo-

68 L. FIOCCO, *La cellularizzazione della forza lavoro e le forme di resistenza alla Fiat di Melfi*, in <http://www.intermarx.com/temilfiat.html>.

69 ID., *L'effetto kanban nell'organizzazione del lavoro alla Fiat di Melfi*, *ivi*.

dello direttivo, per cui deve porre i lavoratori come *persone*, non più come corpi-macchina della fabbrica fordista. Ma per realizzare i propri fini deve comunque ridurre le persone a *lavoratori*, cioè porli come meri portatori di ruoli»⁷⁰. Qui l'organizzazione capitalistica del lavoro e la sua ideologia celano a malapena quanto il prato verde fuori della fabbrica sia la condizione e la leva più potente affinché dentro le mura della fabbrica stessa il lavoratore sia posto come persona e nello stesso tempo la persona sia ridotta a lavoratore. Infatti, il lavoratore è posto come persona perché, a differenza che nella fabbrica fordista, deve autoattivarsi, ossia sentire la fabbrica e il lavoro come la realizzazione "positiva" della sua stessa vita, e al tempo stesso affinché la persona, proprio in quanto persona, sia un portatore di ruolo, il che di fatto significa: uno strumento del capitale che lo sfrutta. Ma proprio per questo il "prato verde" è popolatissimo, anzi "sovrapopolatissimo", da una numerosa riserva di operai in ozio forzoso, la quale preme sul lavoratore-uomo cosicché egli si pieghi alla volontà dell'azienda di ridurlo a uomo-lavoratore, cioè lo costringe a rendere liquida la quantità di lavoro atta a soddisfare la domanda del capitale in modo che questa non coincida con la domanda di operai che popolano il "prato verde". In altri termini, il sovrapopolatissimo e forzatamente ozioso "prato verde" preme affinché il lavoratore-uomo introietti la costrizione al lavoro in più del necessario a riprodurre i mezzi di sussistenza dell'operaio, ossia affinché introietti la costrizione al pluslavoro per arricchire il capitale, vale a dire introietti proprio la condizione che rende precaria la sua stessa funzione come mezzo di valorizzazione del capitale, aprendogli continuamente la prospettiva del soggiorno, legale o clandestino, nel suddetto prato.

Infine, l'accordo di Pomigliano è considerato al punto 13 come un «insieme integrato, sicché tutte le sue clausole sono correlate e inscindibili tra loro». Di conseguenza, se le organizzazioni sindacali o le rappresentanze unitarie assumono «comportamenti inidonei a rendere inesigibili le condizioni concordate per la realizzazione del Piano», l'azienda è liberata «dagli obblighi in materia di contributi sindacali, permessi sindacali retribuiti» ecc., e la stessa cosa vale per i comportamenti individuali o collettivi dei lavoratori. Di Luca ha mostrato alcune conseguenze derivanti da se si collega questa clausola all'impostazione del punto 5, di cui sopra si è detto. Infatti l'assunto da cui tale punto muove è che l'applicazione del sistema Ergo-UAS elimini i rischi per la salute dei lavoratori, dato che le postazioni sarebbero progettate in modo ergonomico. Poiché «negli stabilimenti FIAT sono presenti in media non meno di 1000-1500 lavoratori e lavoratrici RCL [ridotte

70 *Ibidem*.

capacità lavorative] con gravi patologie muscolo-scheletriche [,]è reale, nel caso un lavoratore non accetti uno spostamento o cambio di mansione, sia il rischio di sanzioni previste dall'esigibilità dell'Accordo Separato [...], sia - ed è questo l'aspetto più grave - il licenziamento per incollocabilità»⁷¹. La connessione, notata da Di Luca, tra i punti 13 e 5 dell'Accordo separato, nonché la clausola del punto 2 sopra ricordata, secondo cui l'aumento di 80 ore degli straordinari collettivi sta al di fuori delle 40 ore previste dal contratto nazionale e non è negoziabile con i sindacati ovvero con le rappresentanze sindacali unitarie, rende chiaro che l'impianto del Piano è volto a ridurre la forza *politica*, ossia *di classe* dell'organizzazione operaia, giungendo così, attraverso una prassi sempre più frequente di deroghe, ad abolire la contrattazione collettiva e tornare alla contrattazione individuale o localizzata nella singola fabbrica. Ciò si esprime nell'ideologia dell'organizzazione del lavoro sottesa all'accordo separato, il quale sta sempre più costituendo il modello delle relazioni capitalistiche odierne: il carattere di classe e quindi politico del conflitto dei lavoratori con il capitale è ridotto a, e presentato come, un problema di funzionamento tecnico del processo lavorativo strutturato sulle relazioni discorsive all'interno dell'Ute e perciò da risolvere discorsivamente tra gli operai-persone, la direzione ecc., secondo il principio "zero errori" che regola il *just in time* a tutti i livelli della produzione. Proprio l'ideologia del *just in time*, ossia della soluzione dei problemi al momento giusto eliminando gli errori, giustifica la deroga alla contrattazione collettiva e il suo passaggio a quella individuale e locale, più *lean*, "snella". In questa ideologia è occultato però il fatto che il processo lavorativo è specificamente anche un processo di valorizzazione del capitale ossia il dispotismo di quest'ultimo sulle persone-operai. Sotto l'apparenza del discorso negoziale individuale e locale, visto come un processo di soluzione dei problemi *just in time*, si cela il fatto che, nel rapporto tra operai e impresa, condizione perché gli operai possano vivere è che forniscano un quantitativo di tempo lavorativo non pagato dietro l'apparenza di un libero scambio tra proprietari dei mezzi di produzione e proprietari della forza-lavoro. Affinché questo quantitativo di lavoro non pagato aumenti continuamente, provvede la pressione che la sovrappopolazione relativa degli operai costretti a un ozio forzoso esercita sugli operai comandati nella fabbrica. Questa concorrenza derivante dalla durezza del dominio di classe del capitale, è mistificata dalla teoria del dualismo tra lavoratore-uomo nella fabbrica e "prato verde". Perciò con le deroghe alla contrattazione collettiva e il suo spostamento a quella locale e individuale,

71 A. DI LUCA, *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., 22.

il capitale aumenta ancora di più, nella frammentazione, la concorrenza tra operai occupati e operai disoccupati, ostacolando così la possibilità che essi penetrino il mistero di come mai la loro crescente importanza come forza produttiva del capitale renda sempre più precaria proprio questa loro funzione, e quindi passino a cooperare sistematicamente tra loro attraverso un'organizzazione unitaria volta ad abbattere o indebolire le conseguenze della presunta legge naturale della sovrappopolazione.

5. I migranti rivelano la contraddizione dell'universalismo borghese della globalizzazione

Tornando al Testo unico sull'immigrazione, sovrastruttura giuridica di rapporti sociali della globalizzazione capitalistica, dove il valore di scambio si è sviluppato a mercato mondiale grazie alla centralizzazione dei capitali e alla formazione di un saggio generale del profitto, noi vediamo, in questa ideale riconducibilità di tutte le disposizioni ai principi di uguaglianza e di libertà della Costituzione, del cui articolo 10 il Testo unico vuole essere applicazione, il tentativo di cancellare le antitesi, in primo luogo quella, fondamentale nella società borghese, tra lavoro salariato e capitale, da cui discende anche quella, che qui stiamo esaminando, tra le due parti del proletariato, occupata ed eccedente, antitesi grazie alla quale si libera più lavoro per aumentare l'accumulazione capitalistica. Ma ciononostante, queste antitesi, dove scompare l'apparenza della libertà e dell'uguaglianza, vengono alla luce e non a caso ciò avviene nella parte del Testo unico dove l'impianto complessivo della normativa sembra andare a scaricare tutti i suoi effetti maggiori, ossia quella dedicata al lavoro e in particolare al cosiddetto lavoro subordinato, che di questa materia costituisce la parte più cospicua. Infatti è sotto la dizione di "lavoro subordinato" che sono inclusi i lavoratori salariati, ossia coloro che «produc[ono] e valorizza[no] "capitale" e [vengono] gettat[i] sul lastrico non appena [sono] superflu[i] per i bisogni di valorizzazione»⁷² di esso. In verità la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo non coincide con quella tra lavoro salariato e lavoro che non lo è. Nel primo il lavoratore è non-proprietario dei mezzi di produzione e riceve il salario, in cui è occultato il fatto che per ottenerlo, e così riprodurre la propria esistenza di operaio, egli è costretto a fornire al capitalista una quantità di lavoro non pagato per valorizzarne il capitale. Dunque, l'operaio riceve il salario fin quando egli serve ai bisogni dell'ac-

72 MEGA², II/10 (*Text*), 551; tr. it. cit., 673.

cumulazione, cosicché è sempre esposto alla possibilità di essere gettato nella popolazione disoccupata che eccede quei bisogni e che tuttavia costituisce una leva dell'accumulazione medesima attraverso la concorrenza con la parte occupata. Nel lavoro non salariato il lavoratore o è proprietario dei mezzi di produzione (poniamo un artigiano o un professionista) o, se non lo è, comunque non produce il plusvalore e quindi il suo reddito non ha la forma del salario, giacché ciò che è scambiato con denaro è un servizio utile, come avviene, per esempio, nel caso di una colf, di una badante che lavora in una famiglia ecc. La legge mette sotto la categoria di lavoro subordinato anche quest'ultimo genere di lavori, centrali fra quelli forniti dagli immigrati, in modo da estendere loro la regolamentazione e le tutele previste per i lavoratori salariati. Ma la parte del lavoro subordinato (nel nostro caso, migrante) che mostra la contraddizione dei principi di uguaglianza e libertà, ossia occulta antitesi che costituiscono la struttura stessa della società borghese, dove proprio uguaglianza e libertà scompaiono, è il lavoro salariato, cioè quello che crea l'accumulazione del capitale riproducendo contemporaneamente la miseria dell'operaio, grazie al fatto che la leva più potente di questo processo è la pressione sui salariati da parte dell'esercito industriale di riserva senza salario, che, sempre nel caso dei migranti, avviene alle frontiere.

L'Articolo 3 del Testo unico prevede che il Presidente del Consiglio dei Ministri predisponga con cadenza triennale un programma relativo alla politica di immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato, e, sulla base del documento programmatico, prevede la definizione annuale delle quote massime di stranieri da ammettere sia per lavoro subordinato e lavoro subordinato di carattere stagionale, sia per lavoro autonomo, di modo che i visti di ingresso e i permessi di soggiorno per queste tipologie di lavoro siano rilasciati entro il limite di tali quote. L'articolo 21, tra l'altro, prevede che i decreti annuali tengano conto dei tassi di occupazione e di disoccupazione sia a livello regionale che nazionale, e del numero dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea iscritti nelle liste di collocamento; prevede un'anagrafe annuale informatizzata delle offerte di lavoro subordinato e delle richieste di esso da parte dei lavoratori stranieri, stabilisce le modalità di collegamento con l'archivio dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e delle questure: questa anagrafe centralizzata presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali costituisce la base per predisporre il decreto annuale articolato in relazione alle effettive richieste di lavoro divise per regioni e bacini provinciali di utenza. Inoltre le regioni possono trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un rapporto sulla presenza e le condizioni degli immigrati extracomunitari nel territorio

regionale con le previsioni sui «flussi sostenibili nel triennio successivo in rapporto alla capacità di assorbimento del tessuto sociale e produttivo».

Il fatto che si possa prevedere e controllare i flussi migratori in base all'effettiva proporzione tra domanda e offerta di lavoro, indica che la società è arrivata a un grado molto avanzato di sviluppo capitalistico, dove l'azione reciproca dei capitali che migrano da una sfera all'altra a seconda delle variazioni dei saggi del profitto, provoca il loro livellamento e la trasformazione dei valori in prezzi di produzione. Ma «il rapporto fra domanda e offerta non può spiegare assolutamente nulla, fino a che non è sviluppata la base su cui gioca questo rapporto»⁷³. Appena, nello scambio, i valori delle singole merci si livellano in un valore di mercato, ossia vengono misurate non in base alla quantità di lavoro individuale che le ha rispettivamente prodotte, ma in base al lavoro sociale medio che la merce contiene, la domanda è regolata dal bisogno sociale. E quest'ultimo «è condizionato essenzialmente dal rapporto fra le diverse classi e dalla loro rispettiva posizione economica, vale a dire innanzitutto dal rapporto fra il plusvalore complessivo e il salario, e in secondo luogo dal rapporto fra le diverse parti, nelle quali si scompone il plusvalore (profitto, interesse, rendita fondiaria, imposte, ecc.)»⁷⁴. Nel caso dell'odierna globalizzazione il bisogno sociale, in quanto è determinato innanzitutto dal rapporto tra il plusvalore complessivo e il salario complessivo, è evidentemente determinato dalle esigenze dell'accumulazione capitalistica. E noi abbiamo visto come una leva decisiva dell'accumulazione sia la formazione, a opera del capitale, di una sovrappopolazione relativa che preme sulla massa di operai comandati e così rende possibile una domanda di lavoro che non necessariamente coincide con la domanda di operai. Perciò, malgrado l'articolo 21 determini in generale i flussi di ingresso indipendentemente da se si tratti di lavoro autonomo o subordinato, è chiaro che è quella sezione del lavoro subordinato produttrice di un plusvalore sotto l'apparenza di uno scambio semplice, il luogo in cui si mostrano tutte le antitesi che la forma generale della legge fondata sui principi dell'uguaglianza e della libertà occulta.

L'articolo 22 disciplina in modo esplicito il lavoro subordinato istituendo «presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo uno sportello unico per l'immigrazione, responsabile dell'intero procedimento relativo all'assunzione di lavoratori subordinati stranieri a tempo determinato e indeterminato». Poiché il cuore del lavoro dipendente è quello salariato,

73 MEGA², II/15 (*Text*), 181; tr. it. cit., 224.

74 *Ibidem*.

condizionato, nel produrre l'accumulazione del capitale, dalla pressione degli operai eccedenti, è chiaro che l'istituzione dello sportello unico per l'immigrazione esprime innanzitutto un grado di centralizzazione e quindi di socializzazione dei capitali, tale che richiede la libertà della forza-lavoro di spostarsi da un luogo all'altro e da un ramo di produzione all'altro senza confini etnici o razziali e senza ostacoli tradizionali, in corrispondenza degli incessanti spostamenti di capitale da un ramo di produzione all'altro, che livellano i saggi del profitto. In questo quadro la programmazione della domanda e dell'offerta di lavoro è centralizzata in un unico organismo che fa capo direttamente al potere esecutivo in coerenza con la programmazione triennale della politica dell'immigrazione, prevista dall'articolo 3, e con la determinazione annuale, su questa base, delle quote di immigrati da assorbire nell'anno in questione. Sempre l'articolo 3 dice che il documento programmatico deve indicare «le azioni e gli interventi che lo Stato italiano, anche in cooperazione con gli Stati membri dell'Unione europea, con le organizzazioni internazionali, con le istituzioni comunitarie e con organizzazioni non governative, si propone di svolgere in materia di immigrazione, anche mediante la conclusione di accordi con i Paesi di origine», così come deve prevedere «ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine». L'articolo 21 prevede l'assegnazione di quote preferenziali agli Stati non appartenenti all'Unione europea con cui siano stati conclusi accordi per regolamentare i flussi di ingresso e le procedure di riammissione, ed eventualmente accordi per i flussi di lavoro stagionale. Questi accordi, unitamente alla centralizzazione della programmazione dei flussi migratori e delle quote di ingresso in relazione all'effettiva domanda di lavoro, esprimendo l'esigenza di regolamentare sempre più su scala mondiale la domanda e l'offerta di lavoro, sono l'indice della tendenziale centralizzazione dei capitali, dei livellamenti dei saggi del profitto, ecc., insomma del carattere sempre più manifestamente sociale della produzione capitalistica. Proprio alla luce di tali processi di centralizzazione della gestione della domanda e dell'offerta di lavoro a livello statale e comunitario, e attraverso accordi con Stati non comunitari, si può vedere come la domanda e l'offerta di lavoro siano regolate e costrette dalla legge niente affatto naturale della sovrappopolazione relativa, la quale agisce entro i limiti richiesti dalle esigenze della valorizzazione del capitale, cioè dalla sua brama di sfruttamento e smania di dominio, come abbiamo sopra visto. In tal modo si può comprendere l'organicità delle migrazioni planetarie al mercato mondiale della globalizzazione capitalistica.

In questo quadro, condizionato dal funzionamento dalla legge della sovrappopolazione relativa, leva del processo di accumulazione capita-

listico giunto alla creazione del mercato mondiale della globalizzazione, vanno viste, a mio avviso, anche le norme rigidissime sull'immigrazione clandestina contenute nel Testo unico. Il principio resta sempre quello generale secondo cui il respingimento avviene per tutti coloro che non sono in regola con la documentazione richiesta per l'ingresso nello Stato, e a tale scopo è previsto il potenziamento e il coordinamento dei controlli di frontiera. Dunque, la generalizzazione del principio per tutti gli stranieri, lavoratori e non, lavoratori autonomi e subordinati, cela contraddizioni più profonde che hanno la radice nelle condizioni reali dell'accumulazione capitalistica, vale a dire nel conflitto tra la classe dei capitalisti e la classe degli operai, siano essi occupati o disoccupati, e nella produzione capitalistica della sovrappopolazione relativa che mette le due parti della classe operaia l'una contro l'altra. Le modificazioni intervenute con la legge Bossi-Fini e con il Pacchetto sicurezza intensificano, all'articolo 10-bis, le punizioni pecuniarie per coloro che illegalmente soggiornano nel territorio dello Stato, unificano più strettamente il controllo delle frontiere in base all'Accordo di Schengen (articolo 11, comma 1-bis) e sottolineano ancora di più la finalità della collaborazione tra i paesi interessati, ossia il «contrasto all'immigrazione clandestina» (articolo 11, comma 4). Le misure contro questo tipo di immigrazione riguardano, da un lato, coloro che favoriscono il traffico clandestino di migranti per motivi di arricchimento e i datori di lavoro che assumono immigrati non in regola con il permesso di soggiorno e, dall'altro, l'immigrato clandestino stesso. Con ciò si vede subito che il cuore del problema sono i lavoratori subordinati e tra questi i lavoratori salariati, ossia sottomessi al capitale, sotto la cui schiavitù producono i mezzi per rendere se stessi eccedenti, e così mediante la concorrenza premere sui salariati, in modo che il capitale spremi da questi ultimi più lavoro per accumularsi. Perciò la parte più significativa del Testo unico finisce con l'essere, al solito, quella che concerne il migrante "clandestino", potenziale o attuale, che nella globalizzazione è parte centrale dell'esercito industriale di riserva. In riferimento a questa leva decisiva dell'accumulazione va colta, a mio avviso, una connessione stretta tra i forti interventi repressivi verso l'immigrazione clandestina e alcuni interventi educativi, parimenti previsti dalla legge, riguardanti da un lato l'integrazione degli immigrati con lavoro e permesso di soggiorno nello Stato e, dall'altro, il riconoscimento del valore delle culture, religioni e razze che i migranti portano con sé.

Per quanto riguarda i datori di lavoro, al solito, il Testo unico fa discendere la disciplina specifica da quella riguardante in generale gli obblighi di chi ospita un immigrato, non importa in quale veste. L'articolo 7 prescrive

a chiunque dia alloggio o ospitalità «a straniero o apolide, anche se parente o affine», o gli dia in godimento immobili nel territorio dello Stato, di darne comunicazione entro quarantotto ore all'autorità locale di pubblica sicurezza, dichiarando gli estremi dei documenti e l'esatta ubicazione dell'immobile eventualmente ceduto, e sanziona amministrativamente chi viola questa disposizione generale. Da questa prescrizione generale, presa dal Regio Decreto n. 773 del 18 giugno 1931, discende la normativa contro l'immigrazione clandestina. L'articolo 12 prevede arresto e multa per chi «in violazione del presente Testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente». La pena è aggravata quando il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nello Stato di cinque o più persone, quando la persona trasportata è esposta a pericolo di vita (è quello che accade con il traffico clandestino in modo caratteristico nel canale di Sicilia o nel canale d'Otranto), o è stata oggetto di trattamento inumano, quando vi è concorso di più persone nell'organizzazione del trasporto, finanziamento ecc., quando gli autori del fatto criminoso abbiano disponibilità di armi o esplosivi, e quando i reati sono commessi per reclutamento ai fini della prostituzione, dello sfruttamento sessuale o lavorativo, per favorire l'ingresso di minori da usare in attività illecite o comunque a fini di sfruttamento. La reclusione è prevista anche per chi, «al fine di trarre ingiusto profitto», dà alloggio o fitta un immobile allo straniero privo del titolo di soggiorno. Infine l'articolo disciplina le modalità di intervento delle navi in servizio di polizia e della Marina Militare in base alle loro diverse competenze per quanto riguarda le acque territoriali e quelle non territoriali, nel caso si abbia «fondato sospetto di ritenere» che una nave «sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti». E finalmente, venendo al lavoro subordinato, l'articolo 22 prescrive al datore di lavoro che voglia assumere un lavoratore residente all'estero a tempo determinato o indeterminato, di presentare al locale sportello per l'immigrazione la «documentazione relativa alle modalità di sistemazione alloggiativa» di questo lavoratore e «la proposta di contratto di soggiorno con la specificazione delle relative condizioni, comprensiva dell'impegno al pagamento da parte dello stesso datore di lavoro delle spese di ritorno dello straniero nel Paese di provenienza». Punisce infine molto duramente, con la reclusione fino a tre anni e una multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato, il datore di lavoro che impiega lavoratori - siano essi a tempo determinato, indeter-

minato e stagionali (articolo 24) - che non hanno il permesso di soggiorno o a cui questo sia scaduto, revocato o annullato.

L'articolo 13 regola le modalità dell'espulsione per motivi di ordine pubblico oppure assenza del permesso di soggiorno quando lo straniero si trova sottoposto a procedimento penale, con tutta la connessa casistica (comma 3), i casi in cui l'espulsione deve essere eseguita con l'accompagnamento alla frontiera per mezzo della forza pubblica, i casi di partenza volontaria, ecc. Ma dove si mostra con più evidenza come le misure repressive relative all'espulsione, malgrado la normativa riguardi tutti gli stranieri che soggiornano nello Stato non muniti dei documenti richiesti, vadano a ricadere in particolare sui migranti che costituiscono o debbono costituire la sovrappopolazione operaia relativa, è nell'articolo 14 comma 1: «Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di identificazione ed espulsione più vicino, tra quelli individuati o costituiti con decreto del Ministero dell'Interno ecc.». La misura restrittiva deve essere convalidata dal giudice di pace e comporta la permanenza nel centro per trenta giorni, salvo prolungamento di ulteriori trenta nel caso in cui l'accertamento dell'identità o della nazionalità, e l'acquisizione dei documenti di viaggio presentino «gravi difficoltà». Le ulteriori proroghe della permanenza per la sussistenza delle stesse difficoltà, giungono fino a un periodo massimo complessivo di trattenimento non superiore a centottanta giorni. Ma, come specifica il comma 5, se, compiuto «ogni ragionevole sforzo», non è stato possibile eseguire l'espulsione o perché c'è una mancata cooperazione al rimpatrio da parte del Paese terzo interessato o c'è un ulteriore ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione da parte di questi Paesi terzi, «il questore può richiedere al giudice di pace la proroga del trattenimento, di volta in volta, per periodi non superiori a sessanta giorni, fino ad un termine massimo di ulteriori dodici mesi». Lo straniero che si allontana indebitamente dal centro di identificazione ed espulsione incorre nel ripristino forzato del trattenimento «mediante l'adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento», da computare secondo i termini, prima descritti, dell'articolo 13, comma 5. Il comma 2 dell'articolo 14 prescrive che lo straniero trattenuto nel centro di identificazione ed espulsione debba ricevere «la necessaria assistenza» ed essere trattato «nel pieno rispetto della sua dignità» e che ci sia libertà di corrispondenza epistolare e telefonica con l'esterno.

Orbene, poiché la maggior parte della popolazione migrante è quella che esegue un lavoro subordinato, vale a dire riguarda il punto critico intorno a cui ruota tutta questa legislazione; e poiché, nella nostra impostazione, il lavoro subordinato ha come punto critico il lavoro salariato e la sovrappopolazione che funge da leva dell'accumulazione capitalistica: è chiaro che il carattere così ferocemente repressivo delle misure a cui sono soggetti i migranti clandestini, è funzionale a mantenere netta la divisione e la contrapposizione tra migranti in possesso di contratto di lavoro e quindi di permesso di soggiorno, e migranti che non hanno lavoro, quindi documenti, e aspirano ad avere entrambe le cose. In tal modo la legge crea condizioni favorevolissime perché il capitale utilizzi la pressione che i migranti senza libretto di lavoro, insieme con tutti i disoccupati residenti nello Stato, fanno su tutti gli operai occupati, migranti e non, per rendere le condizioni sempre più precarie quanto più essi sono essenziali alla valorizzazione del capitale. Ovviamente la pressione è ulteriormente accresciuta dalla concorrenza, all'interno dell'esercito industriale di riserva, tra migranti e disoccupati residenti, i quali, sotto la pressione dei primi, aumentano la disponibilità, qualora dovessero trovare lavoro, a farsi sfruttare dal capitale a condizioni ancora peggiori e così premono sugli operai occupati, i quali, di conseguenza, sono disposti a rendere liquide quantità sempre maggiori di lavoro per il capitale. Perciò migranti irregolari e migranti regolari nella loro contrapposizione - creata dal capitale e favorita dal Testo unico, espressione giuridica del dominio di classe della borghesia su tutta la società - sono momenti del movimento complessivo della forza-lavoro essenziale a tutto il funzionamento dell'accumulazione capitalistica, dove la domanda e l'offerta di lavoro sono regolate dalla pressione della sovrappopolazione relativa, cioè di chi sta fuori dalla fabbrica e, nel caso dei migranti, di chi non ha il permesso di soggiorno perché non ha lavoro. Allora, le "gravi difficoltà" per l'identificazione, le quali portano alla permanenza nel centro di identificazione ed espulsione a tempi lunghissimi, non sono l'eccezione, ma la regola: infatti questi migranti clandestini sono semplicemente non-proprietari di mezzi di produzione eccetto la loro forza-lavoro, pronta a essere venduta per le esigenze di accumulazione capitalistica, quindi per essere spremuta al massimo. Se essi non trovano un capitalista a cui vendersi per farsi derubare di pluslavoro ossia di tempo di lavoro oltre il necessario per vivere, non hanno alternativa che mendicare o andare a rubare (non certo pluslavoro, ma valori d'uso altrui). Partiti o fuggiti dai loro paesi e costretti a cadere nella schiavitù del capitale mascherata dietro le leggi del libero scambio, essi non hanno nulla da perdere, quindi nessunissimo vantaggio a ritornare nei paesi di

origine, il cui rapporto con lo Stato europeo di destinazione consiste nella piena complementarità e interdipendenza tra mancata collaborazione e disponibilità a collaborare, dato che tutto dipende dal modo in cui la legge capitalistica della sovrappopolazione condiziona la domanda e l'offerta di lavoro in ciascuno di quei paesi, dall'eventuale presenza in essi di rapporti direttamente schiavistici, oppure di condizioni tali che, in caso di collaborazione, i migranti rimpatriati ritornano alla miseria da cui erano fuggiti o addirittura vengono imprigionati replicando la condizione dei centri di identificazione ed espulsione. Di conseguenza questi migranti, venditori di nuda forza-lavoro, non ritorneranno mai nei paesi di origine, dove è loro chiaro il destino che li aspetta, ma fuggire dal centro di identificazione ed espulsione e tentare la clandestinità rappresentano la scelta obbligata. In questo modo si crea un circolo per cui più si intensificano le misure contro la clandestinità, che hanno la funzione di accrescere la contrapposizione complessiva tra operai occupati e sovrappopolazione relativa, affinché la seconda eserciti la pressione sulla prima, e più la clandestinità aumenta. Appare chiaro come il tentativo del Testo unico di cancellare idealmente le antitesi materiali tra capitale e lavoro salariato, attraverso il richiamo a gravi difficoltà che giustificano la permanenza nei centri di identificazione ed espulsione o attraverso la richiesta di dare ai clandestini lì trattenuti l'assistenza necessaria, di rispettare la loro dignità e assicurare la libertà di comunicazione con l'esterno; insomma, come il richiamo del Testo unico in ultima istanza ai diritti umani fondamentali, si vanifichi nell'atto stesso dell'applicazione della legge, data la presenza dei rapporti borghesi di produzione di cui essa è espressione. Volendo combattere la clandestinità, essa il clandestino finisce col crearlo, perché l'accumulazione capitalistica stessa regola la domanda e l'offerta di lavoro in base alla pressione sugli operai occupati da parte della sovrappopolazione relativa creata su misura, quindi - per quel che riguarda i migranti - sulla base della contrapposizione tra regolari e clandestini, contrapposizione che nel Testo unico si riflette nella divisione tra dentro e fuori dello Stato. E di conseguenza i trafficanti di potenziali schiavi salariati clandestini, malgrado le dure pene che li colpiscono, si riproducono incessantemente, giacché essi fanno per il capitale il lavoro sporco di procurargli una sezione cospicua di sovrappopolazione illegale che possa fare da leva per l'accumulazione, aumentando la pressione sugli occupati legali, data la disponibilità dei clandestini a darsi in schiavitù al capitale a qualsiasi prezzo, perché ciò è meglio che accettare le condizioni di vita dalle quali essi sono fuggiti. E in conseguenza di questa riproduzione, o produzione continua, di clandestinità, si ha un inasprimento ulteriore delle misure repressive rispetto a cui riparte la spirale che crea

nuova clandestinità. Così, la classe dei capitalisti che dà al suo dominio come classe un'espressione universale nella legge, trova alimento proprio nell'illegalità di una parte della sua classe - i mercanti di potenziali schiavi salariati - e nei fatti la promuove. Ma il reciproco condizionarsi e generarsi di legalità e illegalità è una caratteristica della società borghese, perché, essendo il capitale la contraddizione in processo esso stesso, anche la manifestazione giuridica del suo dominio sulla società deve rifletterne questo carattere contraddittorio.

È dunque evidente che questo Testo unico non ha di mira l'esclusione o la discriminazione dello straniero per motivi di razza, sesso, cultura ecc., ma segnatamente l'immigrazione clandestina, obiettivo venuto sempre più in primo piano nell'evoluzione dalla legge n. 40/1998, alla n. 189/2002, alla n. 94/2009. In ciò si rivela il carattere specificamente borghese di questa legislazione. Condizione dell'ingresso e della permanenza nello Stato, dunque, non è l'appartenenza a una razza, a una cultura o l'aver dei caratteri sessuali determinati - anzi, come abbiamo visto, questo tipo di discriminazione la legge idealmente combatte -, bensì l'aver dei mezzi di sostentamento nel periodo di soggiorno nel territorio dello Stato e dei mezzi per il rientro nei paesi di origine, o avendoli già in proprio, oppure potendoli ottenere mediante il lavoro. Capovolgendo nell'idea l'ordine reale, perché deve occultare l'antitesi fondamentale tra capitale e lavoro salariato sotto una veste universale che esprima il dominio della borghesia come classe, la legge parte dal legame inscindibile tra concessione del visto d'ingresso e dimostrazione che si è in grado di mantenersi durante il soggiorno, per arrivare alla connessione tra l'aver un lavoro di qualunque tipo, autonomo o subordinato - quest'ultimo a tempo determinato, indeterminato o stagionale -, e concessione del permesso di soggiorno. L'ipotesi su cui ci siamo mossi è che i flussi migratori nella globalizzazione si muovono sullo sfondo della legge capitalistica della popolazione, secondo cui la sovrappopolazione operaia, leva dell'accumulazione capitalistica, è un prodotto dell'accumulazione stessa, e perciò appartiene al capitale *come se* esso l'avesse allevata a sue spese (mentre è la stessa popolazione operaia che, producendo l'accumulazione, lavora per rendersi eccedente); in tal modo il capitale ha sempre a disposizione, per i suoi bisogni di valorizzazione, il materiale umano da sfruttare indipendentemente dai limiti dall'aumento naturale della popolazione. Ma nel momento in cui il capitale estende il dominio della sua forma di produzione su tutta la società, quindi i borghesi dominano come classe dando espressione al loro dominio nella legge e organizzandosi come Stato, ecco che si crea una contraddizione insormontabile, la quale mostra tutto il limite storico del capitale e spinge alla sua soppressione. L'aumento della

sovrappopolazione relativa, disoccupata, e la sempre maggiore precarizzazione delle condizioni di esistenza anche degli operai occupati in modo direttamente proporzionale alla ricchezza che essi creano, non possono fare altro che accrescere la povertà della stragrande maggioranza (la povertà qui è intesa relativamente all'aumento della ricchezza come capitale, quindi ricchezza per pochi). Così, mentre nelle altre società basate sul contrasto tra classi di oppressori e classi di oppressi, gli oppressori, proprio per poter opprimere e sfruttare la classe oppressa, le assicurano «condizioni entro le quali essa possa per lo meno stentare la sua esistenza di schiava»⁷⁵, viceversa, sotto il dominio del capitale la classe oppressa, composta di operai occupati e disoccupati tra loro in concorrenza, si immiserisce sempre più. Infatti il servo della gleba, proprio lavorando nella sua condizione di servo della gleba, poté poi elevarsi a membro del comune, e il cittadino del popolo minuto poté elevarsi a borghese all'interno del rapporto di soggezione feudale. Invece nella società capitalistica più l'industria progredisce e meno l'operaio si può elevare, anzi «scende sempre più in basso al disotto delle condizioni della sua propria classe»⁷⁶. Da ciò consegue che mentre le altre classi dominanti erano in grado di riprodursi come tali perché dentro le condizioni di oppressione davano all'oppresso la possibilità di progredire ed elevarsi, viceversa la classe dominante borghese più accumula ricchezza ed estende il suo dominio su tutta la società, più non è in grado di assicurare l'elevazione dell'oppresso entro l'oppressione stessa, e ciò è eclatante perché l'impoverimento e la degradazione dell'oppresso e, di conseguenza, questa incapacità di mantenere la società intera si hanno quanto più aumenta la ricchezza prodotta. Così mentre le altre classi dominanti, assicurando all'oppresso una possibilità di elevarsi entro le condizioni di oppressione, facevano sì che l'oppresso le potesse nutrire e quindi quelle classi potessero restare dominanti, viceversa la classe borghese, «invece di esser [...] nutrita»⁷⁷ dall'operaio, «è costretta a nutrirlo»⁷⁸, poiché il suo dominio produce solo una povertà alla quale non può far fronte, date le leggi di funzionamento che abbiamo visto all'opera nella produzione capitalistica della sovrappopolazione relativa come condizione di accumulazione e quindi di esistenza del capitale. «Da tutto ciò appare manifesto che la borghesia non è in grado di rimanere ancora più a lungo la classe dominante della società e di imporre alla società le condizioni di vita della propria classe come legge

75 K. MARX, F. ENGELS, *Werke*, Bd. 4, Berlin, 1972, 473; tr. it. E. CANTIMORI MEZZOMONTI, *Manifesto del Partito Comunista*, Bari, 1995, 103.

76 *Ibidem*.

77 *Ibidem*.

78 *Ibidem*.

regolatrice [...]. La società non può più vivere sotto la classe borghese, vale a dire la vita della classe borghese non è più compatibile con la società»⁷⁹, la quale può esistere e riprodursi umanamente solo abbattendo le condizioni materiali di esistenza borghesi.

Questo passo di Engels e Marx dà, a mio avviso, la chiave per comprendere la ragione della legislazione contro l'immigrazione clandestina sullo sfondo della legge capitalistica della popolazione. Condizione perché la sovrappopolazione relativa, creata dal capitale stesso, possa costituire la leva dell'accumulazione, dunque della produzione di ricchezza, è che essa sprofondi in una sempre maggiore miseria, grazie alla quale l'operaio disoccupato può aumentare la propria disponibilità a farsi sfruttare e quindi accrescere la pressione sugli operai occupati affinché eroghino più lavoro per il capitale senza che quest'ultimo abbia bisogno di più operai. Ma così si crea una situazione in cui la stessa classe borghese, che ha "allevato" una sovrappopolazione necessariamente sempre più povera come condizione per valorizzare il capitale, *nella misura in cui vuole essere classe dominante sull'intera società* e deve mantenersi come tale, dovrebbe nutrire tale popolazione eccedente, altrimenti quest'ultima morirebbe e così il capitale perderebbe la leva fondamentale dell'accumulazione, giacché la sola riproduzione della specie da parte degli operai occupati - sempre più decrescenti di numero - prevista nel salario⁸⁰, non basterebbe a rimpiazzare la sovrappopolazione in misura conveniente ai suoi bisogni di sfruttamento e di dominio. Ma ciò entrerebbe a sua volta in contraddizione con lo stesso presupposto su cui questa sovrappopolazione relativa è stata creata, ossia quella di avere una massa di senza lavoro e quindi di senza mezzi di sussistenza, come condizione grazie alla quale coloro che hanno lavoro e quindi mezzi di sussistenza possano essere messi sotto pressione e lavorare di più per il capitale, la qual cosa, lungi dal garantirne, ne rende la sussistenza stessa sempre più problematica. Insomma il capitale deve, al tempo stesso, produrre una sovrappopolazione senza mezzi di sussistenza come leva della sua accumulazione e al tempo stesso, per poterla mantenere in vita come leva dell'accumulazione, dovrebbe nutrirla, cioè negarne proprio quella condizione di povertà che la fa essere una tale leva; insomma, perché la popolazione eccedente possa adempiere alla sua funzione per la brama di sfruttamento e di dominio del capitale, dovrebbe essere da esso non nutrita e nello stesso tempo nutrita! Questa contraddizione insormontabile dimostra che il capitale, più diventa la forma di produzione dominante, più è

79 *Ibidem*; tr. it. cit., 103-104.

80 su questo, *infra*.

incapace di dominare e quindi deve essere superato. Ritengo che questa sia la contraddizione che sta alla base di tutto quello che si chiama *welfare* e che riguarda la sanità, l'istruzione, l'alloggio ecc. Nel salario, oltre al sostentamento e quindi alla riproduzione della forza-lavoro dell'operaio, è inclusa anche la sua «moltiplicazione»⁸¹, altrimenti non sarebbe possibile passare dalla riproduzione semplice a quella allargata ossia all'accumulazione: le «forze-lavoro addizionali, che gli vengono fornite annualmente dalla classe operaia in differenti stadi di età, debbono ormai soltanto essere incorporate dal capitale ai mezzi di produzione addizionali già contenuti nella produzione annua [...]. Considerata in concreto, l'accumulazione si risolve in riproduzione del capitale su scala progressiva»⁸². Viceversa, nel caso della popolazione disoccupata, il capitale è costretto a erogare gratis le condizioni di "allevamento", se deve dominare su tutta la società e quindi mantenere i poveri, decisivi per far funzionare la sua legge della sovrappopolazione, leva dell'accumulazione. Ma in tal modo esso contraddice proprio quella sua legge che regola l'accumulazione medesima, ossia la sua stessa esistenza come forma di produzione dominante, cosicché esso si mostra *incapace* di dominare. Perciò, il problema degli ammortizzatori sociali costituisce non la spina, bensì la vera e propria piaga mortale nella carne del capitale e del suo Stato, l'essenza di tutto il suo movimento contraddittorio, perché sono una spesa improduttiva della quale, d'altra parte, non può fare a meno. Infatti esso è costretto comunque a nutrire la maggioranza della classe oppressa ossia la sovrappopolazione che ha creato, o tenendola in "libertà", oppure, dato che la fame obbliga a rubare o fare rapine, tenendola in galera e quindi spendendo in misura anche maggiore in apparati repressivi e di sicurezza. Dentro o fuori di galera, comunque esso deve nutrire la classe oppressa invece di venire da essa nutrita, quindi comunque deve fare questa spesa irrazionale dal punto di vista delle sue condizioni di produttività, il che significa, in un modo o in un altro, andare verso il suicidio. Più che mai la legge capitalistica della popolazione mostra che il capitale è la contraddizione in processo esso stesso, che, quindi, spinge alla sua soppressione.

È allora evidente la ragione del legame stretto che il Testo unico stabilisce tra documentazione relativa al contratto di lavoro e permesso di soggiorno, nel quadro più generale del nesso tra visto d'ingresso e possibilità di mantenersi economicamente - quadro, però, in cui è chiaro che il punto dove si mostrano tutte le contraddizioni è il rapporto antagonisti-

81 MEGA², II/10 (*Text*), 520; tr. it. cit., 637.

82 *Ibidem*.

co tra capitale e lavoro salariato. Un'immigrazione al di fuori del legame stretto fra permesso di soggiorno e "libretto di lavoro" o, genericamente, disponibilità di mezzi di sussistenza nel periodo di permanenza nello Stato, non farebbe che accelerare la contraddizione interna alla legge capitalistica della popolazione sopra esposta, in quanto aumenterebbe l'incapacità del capitale di essere classe dominante, mettendo così ancora più in evidenza il danno che la stessa esistenza della classe borghese costituisce per tutta la società e la necessità di sopprimere la forma di produzione capitalistica. L'immigrato senza lavoro accrescerebbe ulteriormente quella sovrappopolazione relativa che la classe borghese sarebbe costretta a nutrire o in stato di "libertà" o in prigione, perché anche per l'immigrato senza lavoro - anzi, ancor di più per lui, dato il suo maggiore isolamento - si prospetterebbe la necessità di andare a fare furti o rapine per vivere. È per questo motivo che l'obiettivo del Testo unico, nel corso della sua evoluzione, si va a precisare sempre più nella lotta all'immigrazione clandestina fino alla sua criminalizzazione. Si vede qui il carattere prettamente borghese di questa legislazione: non distinzioni o discriminazioni razziali, sessuali, culturali ecc., costituiscono *idealmente* (solo idealmente) i motivi delle limitazioni d'ingresso e soggiorno per gli stranieri extracomunitari, perché se fossero questi i motivi, sarebbero presupposte o una forma sociale precapitalistica o una non ancora pienamente sviluppata in senso capitalistico, dove gli individui sarebbero inibiti nella loro libertà di movimento dalla persistenza di vincoli naturali o comunitari, e da vincoli protezionistici. Tutto ciò non sarebbe affatto compatibile con le condizioni di produzione presupposte al mercato mondiale della globalizzazione, ossia la centralizzazione dei capitali, il livellamento dei saggi del profitto ecc. La ragione di questa normativa sull'immigrazione sta invece nel carattere peculiare dell'economia capitalistica, vale a dire nella contraddizione che caratterizza questo modo di produzione in ogni suo punto. Come abbiamo visto, il ruolo decisivo dei migranti all'interno della sovrappopolazione relativa che, attraverso la concorrenza, preme sulla popolazione occupata, - dunque il ruolo decisivo dei migranti ai fini dell'accumulazione capitalistica odierna - consiste nel fatto che i clandestini (ossia coloro che non hanno lavoro e quindi non hanno il permesso di soggiorno) sono disposti a vendersi a qualunque prezzo, perciò intensificano quella pressione sugli operai occupati utilizzabile dal capitale per sfruttarli fino all'ultima goccia di sangue, di modo che lavorino sempre di più, per poi diventare, in conseguenza di ciò, ancora più esposti al rischio di perdere il lavoro, giacché l'aumento di produttività, che si genera con questo loro intensificato lavoro, finisce col renderli superflui. Perciò abbiamo visto che lo stesso capitale, con il suo Stato e la

sua legislazione contro l'immigrazione clandestina, riproduce i clandestini stessi e, insieme, quegli stessi trafficanti di schiavi che intenderebbe punire così severamente. Ma per combattere l'accresciuta clandestinità, bisogna intensificare ulteriormente le misure repressive e di conseguenza aumenta esponenzialmente la spesa per i centri di identificazione ed espulsione, per la sorveglianza delle frontiere terrestri e marittime, dunque per l'impiego di navi, per il potenziamento o la costruzione di nuovi posti di polizia ecc. E poiché i migranti preferiscono non rientrare nei paesi di origine, la loro permanenza nei centri di identificazione ed espulsione si prolunga, i casi di clandestinità aumentano, e la considerazione della clandestinità come reato provoca l'affollamento delle prigioni e fa salire i costi per mantenerle o costruirne di nuove. Così, mai come nel caso dell'immigrazione si conferma che mentre nelle altre società fondate sull'antagonismo di classe quella dominante opprime per mantenersi a spese degli oppressi e quindi dominare, invece la società borghese precisamente questo non è in grado di fare, cioè non è in grado proprio di mantenere il suo dominio a spese degli oppressi, ma, volente o nolente, deve essere essa stessa a mantenere gli oppressi, indifferentemente se con la carota o con il bastone. E poiché il capitale ha distrutto in profondità tutte le condizioni perché quelle precedenti forme di produzione possano ritornare, questa sua incapacità a dominare e quindi a farsi mantenere dagli oppressi, non lascia altra possibilità che passare a una forma di società che si riproduca senza necessità di fondarsi sulla divisione antagonistica tra oppressori e oppressi.

6. La contraddizione dei concetti di integrazione e multiculturalità

Accanto alle misure repressive contro l'immigrazione clandestina, gradualmente aggravate man mano che sulla premessa della legge n. 40 si inserivano le successive legislazioni, compaiono disposizioni legislative volte all'integrazione sociale dell'immigrato insieme all'educazione alla multiculturalità, a cui è dato particolare peso. La prima legislazione del Testo unico, risalente alla legge n. 40, nel documento programmatico triennale del governo, relativo alla politica dell'immigrazione, individua anche «gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia» (articolo 3, comma 3). Il Titolo V, oltre a disposizioni in materia sanitaria, di istruzione, alloggio, e partecipazione alla vita pubblica, ne prevede anche di relative all'integrazione sociale. Indica che la scuola deve accogliere le differenze linguistiche, lo scambio e la tolleranza di e tra culture, l'or-

ganizzazione di attività interculturali comuni (articolo 38). L'articolo 42 prevede corsi di lingua e cultura di origine per gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, «la diffusione di ogni informazione utile al positivo inserimento degli stranieri nella società italiana», «la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia», l'informazione sulle cause dell'immigrazione e la prevenzione di discriminazioni razziali e della xenofobia, «corsi di formazione, ispirati a criteri di convivenza in una società multiculturale». La coerenza ideale di queste disposizioni tende a mostrare che l'integrazione nella società italiana, quindi l'assimilazione dei valori culturali della Costituzione, non solo non eliminerebbe le pluralità delle culture e delle lingue di origine degli stranieri extracomunitari soggiornanti in Italia, ma le valorizzerebbe e renderebbe possibili una convivenza pluralistica e una reciproca integrazione.

Ma ecco il punto: tali iniziative che uniscono sia integrazione, sia multi- e interculturalità, sono rivolte al cittadino straniero extracomunitario regolarmente soggiornante in Italia, quindi presuppongono il permesso di soggiorno o documento equipollente. La richiesta di permesso di soggiorno che, escludendo ogni discriminazione razziale, religiosa, sessuale ecc., idealmente non contraddice l'universalismo borghese fondato sui diritti umani, in realtà riproduce quelle discriminazioni nel punto critico intorno a cui la legislazione sull'immigrazione ruota, ossia la regolamentazione dei flussi migratori riguardanti il lavoro subordinato, la cui gran parte è costituita dal lavoro salariato. Infatti, come abbiamo visto, è qui che agisce la legge capitalistica della sovrappopolazione, e nello specifico del lavoro migrante ciò significa che la domanda e l'offerta di lavoro sono tenute entro i limiti convenienti alla brama di sfruttamento del capitale proprio da coloro che premono "fuori" dai confini. Nel caso della clandestinità il "fuori" può essere anche un "dentro", ma è un "dentro" creato dal capitale e dalla sua legislazione come un "fuori". E se la pressione del "fuori", costituito dalla sovrappopolazione, agisce col rendere la domanda di lavoro indipendente da quella di operai e quindi col rendere liquida una maggior quantità di lavoro e di sfruttamento nel "dentro", costituito dai lavoratori occupati, ecco che l'integrazione di fatto finisce col servire all'acquisizione della disciplina del lavoro ossia alla sottomissione al capitale e alle sue esigenze di accumulazione. Infatti il possesso del permesso di soggiorno diventa una necessità per lavorare e quindi per vivere. Ma lavorare per vivere implica lavorare per produrre l'accumulazione del capitale, quindi fornirgli costrittivamente sempre più lavoro non pagato, e attraverso di questo creare le condizioni più favorevoli per perdere il lavoro stesso e con

esso, nel caso dell'immigrato, il permesso di soggiorno entrando nell'esercito industriale di riserva, che la Fiat chiama il prato verde, e che, nel caso dell'immigrato, diventa il "fuori" della clandestinità perseguita come reato. Sotto questo ricatto che si allarga a spirale, ogni operaio occupato, ma a maggior ragione l'immigrato che ha trovato un lavoro, è costretto a fornire più lavoro ovvero sottoporsi a sempre maggiore sfruttamento. Questo processo è mistificato dal discorso sull'integrazione ed è favorito dalla pratica educativa che ne discende. Coerentemente con questo impianto che è già potenzialmente contenuto nella legge n. 40, primo nucleo di questo Testo unico, l'articolo 4 bis, introdotto nel Testo dal Pacchetto sicurezza nel 2009, vincola il rilascio del permesso di soggiorno a un «accordo di integrazione, articolato per crediti [...] da conseguire nel periodo di validità del permesso di soggiorno» e tale che la perdita integrale dei crediti determina la revoca del permesso stesso e l'espulsione dallo Stato. Per integrazione la legge intende «quel processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana, con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società» (articolo 4-bis, comma 1). Qui l'integrazione diventa un obbligo di legge e in questo modo la necessità, per il lavoratore salariato immigrato (figura intorno a cui vanno a mostrarsi tutte le contraddizioni che la legge cerca di cancellare sotto i suoi presupposti generali), che si sottometta alle esigenze di valorizzazione del capitale lavorando di più, altrimenti perde il lavoro e con esso il permesso di soggiorno andando a finire nella sezione clandestina dell'esercito industriale di riserva, è indotta costrittivamente come un processo di disciplinamento. Lo Stato interviene non più solo esternamente (nel nostro caso, attraverso l'espulsione) e internamente in modo indiretto, creando la paura della sanzione, e tuttavia lasciando la *libera cogitatio* interiore degli individui, come teorizzava il primo pensiero borghese moderno⁸³, espressione della fase dell'accumulazione originaria e della manifattura capitalistiche. Nella fase della globalizzazione lo Stato interviene direttamente nell'interiorità degli individui⁸⁴, facendosi immediatamente strumento del

83 Carl Schmitt ha messo in evidenza il motivo tipicamente liberale della distinzione tra costrizione esteriore e libertà interiore, nell'"assolutista" Hobbes. Cfr. C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Köln, 1982, 84 ss.; tr. it. C. GALLI, *Scritti su Thomas Hobbes*, Milano, 1986, 104 ss.

84 Michael Hardt e Antonio Negri hanno ampiamente sviluppato questa problematica, connettendo il marxismo con le elaborazioni di Michel Foucault e Gilles Deleuze, e parlando del passaggio dalla "società disciplinare" della modernità

capitale nel costringere alla disciplina del pluslavoro, cioè a sottomettersi allo sfruttamento capitalistico, mediante l'arma spirituale dell'educazione all'integrazione misurata in crediti, che diventa poi l'arma materiale dell'espulsione in caso di loro perdita. In tal modo l'integrazione, che dovrebbe discendere dall'educazione dell'immigrato ai valori universalistici della Costituzione, con il loro superamento delle divisioni di razza, sesso, religione, etnia ecc., sotto il ricatto dei crediti e del permesso di soggiorno, funzionali all'estorsione di sempre maggior pluslavoro, si capovolge in un dispositivo identitario atto a dividere il "dentro" dell'immigrato regolare dal "fuori" del clandestino o del non-ancora-regolare. Ma poiché, in base al funzionamento generale della legge capitalistica della popolazione, il "fuori" è funzionale al "dentro", ecco che è soprattutto il clandestino, con la sua pressione sui lavoratori occupati, la leva dell'integrazione degli immigrati con lavoro e permesso di soggiorno. E tale integrazione porterà necessariamente tutti caratteri negativi dell'esclusione da cui nasce l'identità, portatrice a sua volta delle peggiori pulsioni securitarie e razziste, con buona pace dell'universalismo dei "valori sanciti dalla Costituzione italiana" di cui parla il Testo unico. Anche a questo riguardo si può dire che la legge contro l'immigrazione clandestina è essa stessa uno strumento che media la creazione capitalistica del clandestino.

Il primo dispositivo identitario, dunque, si produce nello stesso processo di integrazione in conseguenza della connessione tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro, quindi in conseguenza della pressione del "fuori" della sovrappopolazione, clandestina e non, sul "dentro" degli integrati, nazionali e stranieri. Ne consegue a sua volta che quella stessa educazione alla multiculturalità, componente del processo di integrazione in un ordinamento fondato sui principi universalistici di uguaglianza e libertà, rovescia le culture "ospiti", le quali dovrebbero essere accolte, integrate e convivere, in una serie di repliche dell'identità "ospitante", poiché la brama del capitale di più lavoro supplementare per accumulare, riproduce la messa l'uno contro l'altro dei lavoratori, residenti e immigrati e, tra questi ultimi, regolari e clandestini (noi assumiamo qui sempre che il punto dove queste contraddizioni si mostrano stia nella regolamentazione della parte salariata del lavoro subordinato, in questo caso multiculturale). Così, anche la divisione e la contrapposizione di diversi gruppi etnici, culturali, razziali ecc., diventa funzionale a esercitare la pressione reciproca affinché sia resa

industriale alla "società del controllo" caratteristica della produzione biopolitica postmoderna. Cfr. M. HARDT, A. NEGRI, *Impero/ Il nuovo ordine della globalizzazione*, tr. it. A. PANDOLFI, Milano, 2001, 38 ss.

liquida una sempre maggiore quantità di pluslavoro da parte dei lavoratori occupati. Il precipitare dell'integrazione in un dispositivo identitario si riproduce all'interno del dispositivo stesso rovesciando la multiculturalità in una molteplicità di identità e, di conseguenza, l'interculturalità in una gerarchia di subculture, ciascuna identitaria nella sua relativa subalternità all'altra. Nessuna meraviglia che su questa base, dove l'integrazione è diventata la sottomissione a un dispositivo identitario e l'interculturalità una gerarchia di sottoidentità, possa presentarsi e riprodursi il razzismo sia verso l'esterno, come superiorità dell'abitante dello Stato ospitante sullo straniero ed esclusione del secondo da parte del primo, sia all'interno del dispositivo identitario dello Stato ospitante, tra gruppi etnici, culturali ecc.

Ideologie razziste, sessiste, discriminatorie ecc., sembrano essere rappresentazioni, nel cervello degli uomini, di rapporti sociali chiusi, locali, propri di ambiti di produzione ristretti o di stadi capitalistici non ancora pienamente sviluppati. Per questo, come abbiamo visto, il Testo unico, sovrastruttura giuridica di rapporti economici borghesi, combatte e sanziona ogni discriminazione dello straniero in base a criteri siffatti, distinguendo, nella concessione del permesso di soggiorno, tra chi ha un lavoro e chi no, o, in generale, condizionando la concessione del visto di ingresso al possesso di mezzi di sussistenza sufficienti per mantenersi fino a tutta la durata del viaggio di ritorno. Ma il razzismo qui si manifesta proprio a uno stadio massimamente progredito della produzione capitalistica, là dove il livellamento dei saggi del profitto e la formazione dei prezzi di produzione tendono ad abolire tutti gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali e della forza-lavoro, e dove la sovrastruttura giuridica più adeguata sembra essere l'ordinamento fondato sui diritti umani universali di uguaglianza e di libertà. Non solo: poiché qui il razzismo nasce dalla concorrenza tra operai occupati e disoccupati, di cui la forza-lavoro migrante è una parte cospicua, e poiché la pressione dell'esercito industriale di riserva è una leva dell'accumulazione del capitale, esso diventa addirittura funzionale a questo obiettivo. Così, essendo l'accumulazione presupposto e conseguenza del mercato mondiale, ecco che il particolarismo inerente a tutti i fenomeni discriminatori, e l'universalismo dell'uguaglianza e libertà borghesi finiscono col presupporre a vicenda.

Anche qui si vede come il capitale sia esso stesso la contraddizione in processo, attraverso la quale crea le condizioni del suo superamento. Grazie alla sua tendenza a creare il mercato mondiale, esso «spinge a superare sia le barriere e i pregiudizi nazionali, sia l'idolatria della natura, la soddisfazione tradizionale, orgogliosamente ristretta entro angusti limiti, dei bisogni esistenti, e la riproduzione del vecchio modo di vivere. Nei

riguardi di tutto questo il capitale opera distruttivamente, attua una rivoluzione permanente, abbatte tutti gli ostacoli che frenano lo sviluppo delle forze produttive, la dilatazione dei bisogni, la varietà della produzione e lo sfruttamento e lo scambio delle forze della natura e dello spirito. Ma dal fatto che il capitale pone ciascuno di questi limiti come un ostacolo e perciò idealmente lo ha superato, non ne deriva affatto che esso lo abbia superato realmente, e poiché ciascuno di tali ostacoli contraddice alla sua destinazione, la sua produzione si muove tra contraddizioni continuamente superate ma altrettanto continuamente poste. E c'è di più. L'universalità verso la quale esso spinge irresistibilmente, trova nella sua propria natura ostacoli che ad un certo livello del suo sviluppo faranno riconoscere il capitale stesso come l'ostacolo massimo che si oppone a questa tendenza e perciò spingono alla sua soppressione attraverso esso stesso»⁸⁵.

7. Cooperazione organizzata tra residenti e migranti, occupati e disoccupati

Nell'immediato, l'unico modo per combattere questa situazione che genera l'esclusione e la degradazione dell'immigrato *posto* dal capitale come clandestino potenziale o reale, sempre sul confine che separa il "dentro" del lavoro e del permesso di soggiorno dal "fuori" della disoccupazione e del reato di clandestinità, è *la rottura netta e totale del nesso tra permesso di soggiorno e contratto di lavoro, nella prospettiva della libera circolazione di tutti gli individui sul pianeta*. Ma questo obiettivo è possibile perseguire solo se si comprende che gli immigrati non sono coloro che "tolgono lavoro" - vale a dire mezzi di sussistenza - a chi ce l'ha, residente o immigrato, ma che il lavoro lo toglie quello stesso capitale che "dà lavoro" agli oggi sempre meno occupati, residenti e migranti, perché utilizza e crea la sovrappopolazione di chi il lavoro non lo ha - in primo luogo degli immigrati - affinché preme su chi lo ha perché lavori di più e, creando più accumulazione, si scavi la fossa del perderlo. Insomma, penetrare il mistero della legge della sovrappopolazione operaia significa mettere in chiaro che il capitale, mediante la creazione di una linea di confine tra il "dentro" della fabbrica e il "fuori" del prato verde e, per gli immigrati, tra libretto di lavoro e clandestinità, proprio questa linea di confine tra "dentro" e "fuori" finisce col negare. Ma si tratta di una negatività riferita a se stessa, proprio come il lavoro sotto il capitale, separato dalla proprietà, quindi «miseria

85 MEGA², II/1(*Text*).2, 322-323; tr. it. cit., vol. II, 11-12.

assoluta come oggetto»⁸⁶, e, solo in quanto tale, «possibilità generale della ricchezza come soggetto e come attività»⁸⁷. Perciò è nello stesso interesse di tutti gli operai, occupati e disoccupati, residenti e migranti, comprendere che la loro divisione è precisamente quello che il capitale stesso *produce* per dominare e quindi è la chiave della loro comune rovina. Occorre insomma capire che, come i disoccupati residenti e i migranti che premono alle frontiere sono essi stessi dei potenziali operai sempre a disposizione del capitale, anche se non sono comandati immediatamente nel processo lavorativo, allo stesso modo gli operai occupati, residenti e immigrati-”integrati”, sono sempre potenziali disoccupati grazie al loro stesso lavoro, perché quel capitale, che essi hanno creato con la loro forza produttiva, li rende rimpiazzabili in qualsiasi momento grazie alla riserva dei potenziali occupati che preme. Dunque, l’avversario degli occupati non è costituito dai disoccupati né dai migranti, ma è il capitale l’avversario di entrambi. E poiché il capitale è vorace di pluslavoro, ecco che l’interesse comune di occupati e disoccupati, migranti regolari e irregolari, consiste nel cooperare per maturare la comune indisponibilità a dare al capitale il novantanove per cento della propria vita in tempo di lavoro non pagato.

Nella fase attuale della globalizzazione capitalistica ciò è difficile da ottenersi giacché sotto il ricatto della crisi, ossia dell’impoverimento della gran massa della popolazione e quindi sotto il ricatto della pressione dei poveri creati dal capitale, gli operai occupati sono pronti a lasciarsi sfruttare quanto più è possibile, illudendosi che in tal modo conservano il loro posto di lavoro. In questo il capitale, incapace di dominare sulla società perché non gli riesce neanche di opprimere per farsi nutrire dall’oppresso, ma è costretto a nutrirlo, mostrando così il suo fallimento e la necessità di superarlo, è al tempo stesso anche una negatività ferocemente pervicace, dato che l’unico suo modo di produrre ricchezza nelle forme convenienti alla sua brama di dominio (che peraltro non riesce a esercitare) è prendere per fame. Infatti la crisi rivela nettamente il carattere della produzione capitalistica: «Non viene prodotta troppa ricchezza. Ma periodicamente viene prodotta troppa ricchezza nelle sue forme capitalistiche, che hanno un carattere antitetico»⁸⁸. I poveri si impoveriscono sempre più, mentre l’enorme ricchezza prodotta non può essere convenientemente usata per soddisfare bisogni umani date le leggi di funzionamento della società borghese. Ma proprio per questo, la lotta per la riduzione della giornata lavo-

86 MEGA², II/1 (*Text*).1, 216; tr. it. cit., vol. I, 280.

87 *Ibidem*.

88 MEGA², II/15 (*Text*), 254; tr. it. cit., 312.

rativa, che retroagisce dal luogo del lavoro forzato al luogo del non-lavoro forzato, resta la chiave dell'emancipazione di tutta la società dalla miseria e dallo sfruttamento.

FABIO CICILIANO - LAURA MOSCATELLO
LA SALUTE DEGLI IMMIGRATI

1. La salute è considerata un diritto inalienabile dell'individuo, appartenente all'uomo in quanto tale, dal momento che deriva dall'affermazione del più universale diritto alla vita e all'integrità fisica di cui rappresenta una delle declinazioni principali. A partire, infatti, dalle direttive fondamentali stabilite dalla Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e fatte proprie dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), la salute è definita come: *“uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate”*.

In linea con la dichiarazione dell'OMS, le principali Convenzioni internazionali sanciscono il diritto alla salute come uno dei diritti fondamentali dell'individuo e delle collettività e la sua tutela uno dei doveri degli Stati.

Anche l'Italia, in maniera lungimirante e nel rispetto dei principi di uguaglianza e di giustizia sociale, ha riconosciuto il diritto alla salute come fondamentale diritto dell'individuo, che viene ad essere tutelato nel suo bisogno di personalità e socialità. L'art. 32 della Costituzione repubblicana del 1948 cita infatti testualmente che *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*.

Nella prospettiva della garanzia del diritto alla salute come diritto umano universale ed inalienabile, la Costituzione italiana non limita la garanzia del diritto alla salute ai soli cittadini od ai residenti, ma lo estende a tutti gli individui, affermando così di fatto il diritto alla salute anche per i migranti.

In passato, la relazione tra migrazione e salute era concepita come funzione del “bagaglio patologico” delle popolazioni migranti, elemento che rifletteva le loro condizioni di salute. Questo approccio era caratterizzato da una serie di elementi negativi che mettevano in evidenza le caratteristiche sanitarie dei migranti: malattie importate dal paese di origine, principalmente malattie infettive, patologie legate all’adattamento alla società d’accoglienza, disturbi psichici, ecc. Inoltre, questo approccio aveva la tendenza a considerare le condizioni di salute delle migranti e dei migranti in riferimento ai rischi che esse potevano rappresentare per la salute pubblica.

Viceversa, alcuni studi, contrariamente a quanto descritto, considerano positivamente il rapporto tra migrazione e salute poiché è stato rilevato che le persone più inclini a lasciare il loro paese sono in generale quelle più in buona salute.

Attualmente, si riconosce la difficoltà di stabilire a priori un rapporto di causalità diretta tra la migrazione e certe patologie particolari. Non è possibile ignorare gli effetti, talora negativi, sulla salute delle migranti e dei migranti delle condizioni di vita e di lavoro nella società di immigrazione e l’influenza delle condizioni giuridico-amministrative del soggiorno: è il cosiddetto “*exhausted migrant effect*”. Di conseguenza, essere migranti non è considerato in sé come un fattore di rischio sanitario e gli studi più recenti parlano piuttosto della complessità di questo rapporto che risulta dalla combinazione di molti elementi genetici, sociali, economici, amministrativi e legati agli stili di vita. Si sa che i fattori che determinano le condizioni di salute non devono essere ricercati esclusivamente nell’ambito della salute in senso stretto: elementi come le condizioni ambientali e socio-economiche, le abitudini e anche la politica intesa nella sua accezione più ampia contribuiscono a definire le condizioni-quadro fondamentali per la salute. L’esperienza migratoria, uno dei momenti che più marcano la vita di un individuo e della sua famiglia, insieme al contesto migratorio determinano le condizioni socio-economiche dei migranti e influiscono sulla loro salute; una parte della popolazione dei migranti, in effetti, è presente sovente nelle posizioni più basse della gerarchia sociale e occupa posti di lavoro esposti a importanti rischi professionali come gli incidenti sul lavoro.

Inoltre, quando la congiuntura economica è sfavorevole, i migranti sono più spesso disoccupati e, a causa della remunerazione non sempre adeguata ai bisogni di un corretto tenore di vita, una parte rilevante di questo gruppo di persone si ritrova a far parte della categoria dei cosiddetti “*working poor*”.

A volte, è il tipo di autorizzazione di soggiorno che determina una situazione precaria dannosa per la salute e, in particolare, per l’equilibrio psichico.

2. Per quanto riguarda le condizioni di salute e i comportamenti dei migranti nell'ambito della salute, si può fare qualche osservazione generale, anche se le ricerche realizzate sono carenti e non permettono affermazioni definitive. Alcuni studi effettuati che hanno preso in considerazione il monitoraggio sullo stato di salute delle popolazioni immigrate in Italia evidenziano che i migranti valutano in media le loro condizioni di salute peggiori rispetto alla valutazione espressa, sullo stesso argomento, dalla popolazione italiana residente. Le persone appartenenti a comunità immigrate presentano delle condizioni di salute meno buone rispetto a quelle della popolazione italiana, confermando così la validità del dato soggettivo, basato sull'autovalutazione delle condizioni di salute da parte dei migranti.

Più in generale, la salute dei migranti è caratterizzata, tra l'altro, da:

- patologie importate dal paese d'origine, malattie infettive in particolare;
- problemi psico-sociali legati alle cause o alle condizioni della migrazione, riscontrati presso i richiedenti asilo e i rifugiati;
- lento deterioramento della salute a seguito di un'attività professionale a volte pesante e faticosa e a condizioni di vita spesso precarie;
- salute non buona nella fase della riproduzione, gravidanze a rischio e elevata proporzione di nascite di neonati prematuri.

Per quanto riguarda le abitudini dei migranti nel campo della salute, gli elementi centrali sono i comportamenti a rischio e l'accesso alle prestazioni sanitarie: vari gruppi di migranti hanno un comportamento più a rischio per quanto riguarda il consumo di tabacco e di alcol, l'esercizio fisico e l'alimentazione.

In questo senso, è opportuno sottolineare l'importanza della maniera in cui le informazioni sul tema della salute sono diffuse e recepite. La letteratura scientifica in materia afferma che diversi fattori, come la "*health literacy*" (le competenze sanitarie), il capitale sociale, la situazione economica, ecc. giocano un ruolo importante in questo contesto. Le persone con competenze sanitarie limitate hanno difficoltà a comprendere e interpretare le informazioni scritte e orali fornite loro dagli specialisti della salute, a seguirne le prescrizioni e a posizionarsi in maniera critica rispetto alle informazioni sulla salute. Per questo, gli interventi sul tema della promozione della salute e della prevenzione dovrebbero quindi tener conto del ruolo della *health literacy* sul comportamento sanitario dei migranti.

Per quanto attiene all'accesso al sistema delle prestazioni sanitarie, la letteratura scientifica sottolinea che il ricorso alle prestazioni sanitarie e i comportamenti – protettivi o a rischio – non sono determinati dalla semplice scelta individuale, ma sono condizionati da una serie di fattori che

toccano in maniera minore la popolazione autoctona rispetto a quella migrante. Le esperienze discriminatorie, le difficoltà linguistiche, la diversità del significato dei concetti di salute e di malattia, la mancanza di conoscenze e di informazioni sul sistema sanitario e sulle istituzioni sanitarie sono dei fattori negativi che generano una situazione di sotto-utilizzazione o di utilizzazione inadeguata della copertura sanitaria da parte della popolazione migrante.

Da ciò segue che i progetti e i programmi di intervento nell'ambito della salute che hanno l'obiettivo di ridurre le ineguaglianze dovrebbero prendere in considerazione anche la popolazione migrante. È chiaro che, al di là dei problemi di salute di certi gruppi migranti, la promozione della salute e la prevenzione devono tener conto anche del fattore della diversità in termini di stili di vita, di codici di rappresentazione, di sistema di valori, ecc. che caratterizza la migrazione. In effetti, tutti questi aspetti condizionano i comportamenti che influenzano la salute, la percezione delle informazioni in materia di prevenzione e la possibilità di raggiungere le migranti e i migranti o le persone appartenenti ad altre minoranze.

3. Oltre alla nazionalità o al Paese di provenienza che costituisce un fattore importante nella spiegazione delle disparità nelle condizioni di salute dei diversi gruppi migranti, non bisogna dimenticare l'esistenza di altri fattori come l'età, il sesso, i motivi di migrazione, il tipo di autorizzazione di soggiorno, ecc.

Le condizioni di salute sono influenzate anche dal tipo di migrazione: le richiedenti e i richiedenti d'asilo percepiscono il loro stato di salute meno buono delle migranti e dei migranti per ragioni economiche della loro stessa origine nazionale.

È stato anche dimostrato che tra i migranti che sono in situazioni marginali a causa della loro autorizzazione di soggiorno, come per esempio le persone ammesse provvisoriamente e quelle in situazioni irregolari, coloro che hanno un'attività professionale si considerano in buona salute rispetto a chi non lavora. Ciò evidenzia l'effetto che le risorse proprie di una persona hanno sulla valutazione soggettiva delle proprie condizioni di salute.

Esistono, infatti, effetti cumulati di certi fattori che possono determinare un aumento della vulnerabilità e/o una carenza di risorse per contrastarla. In un contesto migratorio, fattori quali un permesso di soggiorno temporaneo, una conoscenza insufficiente della lingua, la mancanza di risorse sociali, le discriminazioni, la mancanza di informazioni sul sistema socio-sanitario, ecc. possono generare molto spesso delle situazioni a rischio per la popolazione migrante.

La questione può essere compiutamente compresa solo se inserita nella logica globale delle ineguaglianze nella salute che esistono nella nostra società. Tra i fattori più importanti che possono generare queste ineguaglianze c'è il fenomeno migratorio ed è per questo che le strategie sviluppate da diversi paesi per ridurre tali ineguaglianze nella salute, sottolineano l'importanza di considerare adeguatamente la dimensione "migrazione" in tutti gli interventi nel campo della promozione della salute e della prevenzione.

L'assistenza ai migranti rappresenta, quindi, un capitolo particolarmente significativo dell'impegno del sistema sanitario nel contrastare gli effetti negativi delle disuguaglianze sociali, economiche e culturali sulla salute. Le nuove sfide che questo problema pone alle organizzazioni sanitarie vanno considerate anche come un'opportunità per migliorare la qualità generale dei servizi e l'orientamento al paziente.

Nel nostro Ordinamento, agli stranieri non in regola con le norme sul soggiorno presenti a qualsiasi titolo sul territorio nazionale è riconosciuto e garantito il diritto all'accesso alle cure mediche. Il diritto può essere esercitato attraverso la procedura di assistenza sanitaria per gli STP – stranieri temporaneamente presenti – per tutte le prestazioni a carattere di urgenza e/o essenzialità ed a quelle di medicina preventiva inerenti la tutela della gravidanza, maternità, salute del minore, vaccinazioni, malattie infettive, prevenzione, diagnosi e cura delle tossicodipendenze. L'assistenza agli STP rappresenta un obbligo di legge ai sensi del d.lgs. n. 286/1998 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione) e della circolare del Ministero della Sanità n. 5/2000.

Ai sensi dell'art. 35 del succitato d.lgs. 286/1998, le prestazioni a cui gli STP hanno diritto sono:

1. Cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o essenziali:
 - o Così come definite dal Ministero della Salute:
 - Costituiscono cure urgenti le prestazioni sanitarie che non possono essere differite senza pericolo per la vita o danno per la salute;
 - Costituiscono cure essenziali le prestazioni sanitarie diagnostiche e terapeutiche relative a patologie non pericolose nell'immediato ma che, nel tempo, potrebbero determinare danno alla salute o rischi per la vita;
 - o È compito del medico – per diretta competenza – attestare la sussistenza dell'urgenza e/o dell'essenzialità della prestazione erogata o prescritta.
2. Interventi di medicina preventiva e prestazioni di cura inerenti:
 - o Tutela della gravidanza e della maternità;

- o Tutela del minore;
- o Vaccinazioni;
- o Interventi di profilassi internazionale;
- o Profilassi, diagnosi e cura delle malattie infettive.

Le prestazioni sanitarie di cui al punto 1) sono sostenute dal Ministero dell'Interno, previa rendicontazione alla locale Prefettura.

Le prestazioni sanitarie di cui al punto 2) sono sostenute dalla Regione (o dalla Provincia Autonoma) competente alla quale, per tali finalità vengono assegnati specifici fondi CIPE nell'ambito del fondo sanitario nazionale, con corrispondente riduzione dei programmi riferiti agli interventi di emergenza.

Nello specifico, sono a carico della Regione (o della Provincia Autonoma) gli oneri relativi alle prestazioni rese a minori, a donne in gravidanza (tutela della maternità compresi i ricoveri per parto), per interruzione volontaria della gravidanza, a titolo di prevenzione (vaccinazioni obbligatorie e consigliate, trattamento delle malattie infettive compresi i ricoveri ospedalieri, trattamento e prevenzione delle tossicodipendenze).

La procedura per l'attribuzione del titolo di STP si attiva all'atto della prima richiesta/accesso e può essere rilasciato dalla ASL competente per territorio, dalle aziende ospedaliere, dagli istituti di ricerca e cura a carattere scientifico, dai policlinici universitari.

Il personale sanitario dei presidi sanitari ad accesso diretto ai quali si rivolge l'utente STP sprovvisto di codice/tessera STP – anche senza documento di riconoscimento e su semplice dichiarazione delle proprie generalità – è tenuto in ogni caso all'erogazione – al primo accesso e senza assegnazione del codice – della prestazione per la quale sussistono caratteri di urgenza.

Non è possibile effettuare alcuna prescrizione su “ricetta rossa” (ricettario unico regionale) ad utenti sprovvisti di tessera/codice STP.

La tessera/codice STP ha validità sull'intero territorio nazionale e durata di 6 mesi, rinnovabile.

Il paziente STP non può accedere, per le visite e le prescrizioni, agli ambulatori dei Medici di Medicina Generale e dei Pediatri di Libera Scelta.

Il D.L. n. 92/2008, convertito con modificazioni, nella legge n. 125/2008 (c.d. pacchetto sicurezza) non abroga l'art. 35 comma 5 del d.lgs. 286/1998 e pertanto resta confermato che: “L'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero non in regola con le norme sul soggiorno non può comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi in cui sia obbligatorio il referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano”.

4. Capitolo a parte è quello relativo all'assistenza sanitaria degli stranieri non comunitari minori e/o titolari di permesso di soggiorno o in attesa di permesso di soggiorno per richiesta di asilo, protezione sussidiaria, protezione umanitaria. Per costoro è obbligatoria l'iscrizione al SSN.

L'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale è gratuita ed obbligatoria e si effettua presso il presidio ASL competente per la zona di residenza o di abituale dimora e consente di scegliere il medico di base e, nel caso dei minori, del pediatra di libera scelta e di usufruire dell'assistenza sanitaria, gratuitamente. L'iscrizione si effettua mediante l'esibizione del permesso di soggiorno o della ricevuta della richiesta e il codice fiscale.

Il richiedente asilo in possesso di permesso di soggiorno ha l'obbligo di iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale.

In maniera analoga, il rifugiato e il beneficiario di protezione sussidiaria hanno l'obbligo all'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale e beneficiano delle prestazioni in compartecipazione della spesa.

Non possono iscriversi al SSN i cittadini stranieri non comunitari per soggiorni di breve periodo (inferiori a tre mesi) e i titolari di permesso di soggiorno per cure mediche rilasciato ai sensi dell'articolo 36 del d.lgs. 286/1998.

Quando la competenza del rilascio del permesso di soggiorno è in capo alle Questure, al cittadino straniero viene rilasciato il cosiddetto "cedolino", documento che attesta l'avvenuta richiesta di primo rilascio del permesso di soggiorno. In particolare, la Questura competente rilascia, entro tre giorni dalla presentazione della domanda (acquisizione del cosiddetto Mod. C3, previsto per la formalizzazione della richiesta di protezione internazionale), un attestato nominativo con foto (definito "cedolino") che certifica allo straniero la qualità di richiedente asilo, nonché, entro venti giorni dalla presentazione della domanda, il permesso di soggiorno per richiesta di asilo. Il rilascio del "cedolino" garantisce gli stessi diritti derivanti dal possesso di regolare permesso di soggiorno e, quindi, (insieme al codice fiscale) consente l'iscrizione al SSN.

I cittadini stranieri richiedenti asilo e i loro familiari dovrebbero essere iscritti al SSN a cura del gestore del servizio di accoglienza.

Il cittadino straniero con permesso di soggiorno per richiesta d'asilo, al quale non è stata data facoltà di intrattenere regolari rapporti di lavoro durante il periodo di richiesta di asilo, usufruisce delle prestazioni sanitarie in esenzione dal sistema di compartecipazione alla spesa, venendo assimilato al disoccupato iscritto alle liste di collocamento.

A differenza di quanto accadeva in passato, oggi il cittadino straniero non deve più procedere al rinnovo annuale dell'iscrizione al SSN, diven-

dosi procedere alla sua cancellazione contestualmente alla scadenza o alla revoca del permesso di soggiorno o in caso di modifica del motivo del permesso di soggiorno da cui consegue il venire meno dell'obbligo dell'iscrizione al SSN.

5. In conclusione, nel contesto migratorio, tre sono i tipi di fattori che influenzano la salute delle popolazioni migranti: i fattori socioeconomici, la cultura, l'esperienza migratoria. A causa di condizioni di vita e di lavoro difficili, una parte della popolazione migrante forma uno strato sociale svantaggiato; peraltro la popolazione migrante è caratterizzata da una grande diversità linguistica e da una decisa pluralità di stili di vita, di sistemi di riferimento e di valori, ma anche di differente percezione della salute e del benessere. Per quanto riguarda l'esperienza migratoria (cause di migrazione, fuga, difficoltà di integrazione, incertezza riguardo al futuro, esperienze di esilio, ecc.), essa lascia un segno importante nella vita dei migranti e delle loro famiglie, in particolare nel caso dei richiedenti asilo e dei rifugiati.

Peraltro, questi fattori non sono gli unici; altri elementi intervengono sulla salute dei migranti come l'età, il genere, ecc. ed è per questo che la promozione della salute deve considerare l'insieme di questi fattori come complementari in tutte le sue azioni.

È necessario, quindi, soddisfare i bisogni specifici delle popolazioni migranti nel campo della promozione della salute e della prevenzione; ciò richiede un adattamento istituzionale, di metodo e di conoscenza nei confronti di questo contesto in continua evoluzione.

È solo attraverso un tale percorso che gli sforzi di tutti gli attori che operano nella promozione della salute e nella prevenzione potranno consentire il raggiungimento di risultati soddisfacenti al fine di annullare quel divario che, tuttora presente, separa i cittadini italiani dai migranti presenti sul territorio nazionale.

GIANCAMILLO TRANI

L'IMPEGNO DELLA CARITAS NELLA SALVAGUARDIA DELLA SALUTE DEI MIGRANTI

1. *Breve analisi di scenario*

Tra le regioni meridionali, la Campania è quella che registra il maggior numero di stranieri residenti. In particolare, nella provincia di Napoli (dove risiede quasi la metà dei cittadini stranieri della regione), si trova oltre un sesto di tutti gli stranieri residenti nell'intero Meridione d'Italia.

Diversi studi confermano come, in questo ultimo decennio, la Campania abbia acquisito tratti ben definiti riguardo alla presenza straniera, trasformandosi, progressivamente, da area di soggiorno temporaneo e transito verso altre aree del Paese a regione con qualche capacità attrattiva e meta per inserimenti più o meno stabili.

Lo stesso *Dossier Statistico Immigrazione Caritas/Migrantes* ha posto in luce questa tendenza fin dai primi anni del 2000, sottolineandone l'evoluzione attraverso alcuni indicatori, fra cui: la progressiva riduzione dello scarto tra titolari di permesso di soggiorno e stranieri residenti, l'incremento delle iscrizioni scolastiche da parte di alunni stranieri e, non ultimo, il numero crescente di ricongiungimenti familiari.

Oltre a queste caratteristiche, è lo stesso incremento in termini assoluti della presenza straniera a testimoniare come anche la Campania (ma tutto il Sud più in generale), sebbene con cifre più contenute rispetto ad altre aree del Paese, stia registrando un cambiamento riguardo ai flussi immigratori. Nell'arco di sei anni (in particolare dal 2002 al 2008) il numero dei residenti stranieri è cresciuto del 204%, passando da 43.202 a 131.335 unità, con valori di gran lunga superiori alla media regionale in alcune aree provinciali, come a Salerno (dove la crescita è stata del 328,9%), Benevento (+252,5%) e Caserta (+222,7%). La stessa incidenza percentuale degli stranieri sulla popolazione residente aiuta a cogliere il dato statistico di una tendenza che non è solo rintracciabile a livello di percezione collettiva: la componente straniera, che incideva soltanto per lo 0,8% nel 2002, nel 2008 ha raggiunto un'incidenza del 2,3%.

Un altro dato che conferma la tendenza ad una stabilità della presenza straniera in regione è quello riguardante l'incidenza della componente femminile, già di per sé significativa nel 2002 (53,3% di donne sul totale degli stranieri residenti) e in costante crescita negli anni seguenti, fino a raggiungere il 58,5% nel 2008.

Gli ultimi dati disponibili ci confermano gli elementi di cui sopra: al 31/12/2009, secondo l'Istat, ivi dimorerebbero 147.057 cittadini migranti, ovvero il 3,5% del totale nazionale. La Campania è settima in assoluto tra le regioni italiane quanto a presenza migratoria; il computo dei migranti soggiornanti vale il 37,3% del totale nel Meridione (a livello nazionale, corrisponde al 3,5%). L'incidenza sulla popolazione autoctona è pari al 2,5% (nel Mezzogiorno è del 2,8%), tuttavia molto distante dalla percentuale nazionale che si attesta intorno al 7%.

Volendo porre l'attenzione sul differenziale quantitativo che intercorre tra le province campane, si evidenzia che il primato è saldamente detenuto dalla provincia di Napoli, la quale accoglie sul suo territorio ben il 46,9% degli immigrati regolari residenti in Campania. Sempre sulla scorta dei dati Istat, è altrettanto interessante notare come i migranti residenti nella provincia partenopea rappresentino il 17,5% del totale di quelli soggiornanti nell'intero Meridione. Alle spalle del capoluogo di regione si conferma la provincia di Salerno, che ospita il 22,8% del totale regionale, ribadendo il "sorpasso" del 2009 su quella di Caserta che è terza, con il 19,6% delle presenze. Chiudono la classifica la provincia di Avellino con il 7% e quella di Benevento con il 3,7%.

2. I problemi connessi all'integrazione dei soggetti migranti

I complessi mutamenti di ordine quali – quantitativo, intervenuti in poco meno d'un trentennio, hanno profondamente modificato l'entità del fenomeno migratorio nella regione Campania, trasformandolo da fattore congiunturale a consolidato elemento strutturale della stessa società.

Anche in Campania, al pari di quanto verificatosi in altre aree del Paese, l'aumento dell'istruzione e del reddito, ha alimentato la crescita delle aspettative professionali e di ascesa sociale degli autoctoni, creando alcune tipologie di lavori manuali sempre meno graditi, nelle quali si sono, progressivamente, inseriti gli immigrati. Al tempo stesso, le diffuse opportunità di lavoro in nero, hanno creato la possibilità di un precario inserimento economico di lavoratori stranieri privi di qualsivoglia autorizzazione, facilitata dalla crisi dello stato sociale di fronte all'invecchiamento accelerato

della popolazione, che ha creato un nuovo mercato per l'assistenza domestica privata.

Come già accennato in precedenza, la progressiva stabilizzazione del soggetto migrante passa – oltre che per il lavoro – anche dall'aver accanto la propria famiglia, mettere al mondo un figlio, acquisire via via sempre più diritti.

Tuttavia, la crisi economica e sociale che sta investendo il territorio campano sta penalizzando, in particolar modo, le fasce più deboli della popolazione, che stanno vedendo progressivamente diminuire non solo le possibilità occupazionali, i redditi e la capacità di acquisto, ma anche i servizi sociali e tutte quelle misure di sostegno di cui le famiglie più disagiate hanno maggiormente bisogno. C'è da aggiungere, inoltre, il rischio concreto che il degrado dei rapporti sociali possa veder maturare una violenza nuova, collegata a situazioni di grande povertà ed emarginazione. L'aumento spaventoso delle disuguaglianze sociali porta, purtroppo, a fenomeni di malessere quali il piccolo furto, il bullismo, l'aumento della prostituzione minorile (anche maschile), nonché all'incremento nel consumo di alcool e di sostanze stupefacenti. In questo scenario, i cittadini migranti sono – senza ombra di dubbio alcuno – tra i soggetti più esposti.

Il fenomeno migratorio connesso alla edificazione d'una società multietnica e multiculturale, appare senz'altro come l'ineludibile sfida epocale della società italiana nel Terzo Millennio.

Perché ciò si realizzi bisognerà avviare una decisa inversione di tendenza che coinvolga anzitutto le istituzioni: la legislazione a tutt'oggi prodotta in materia d'immigrazione si è rilevata problematica nelle sue attuazioni pratiche ed inefficace quanto agli obiettivi che si proponeva di conseguire, primo fra tutti quello di promuovere un equilibrato inserimento dello straniero nel nostro tessuto sociale.

Sono prevalse interpretazioni ed applicazioni improntate ad un problema di pubblica sicurezza che, peraltro, si sono ritorte esclusivamente sugli immigrati e non già su chi specula sulla loro pelle.

Portare clandestinamente immigrati in Italia è divenuto di fatto la nuova tratta di schiavi del Duemila. Le bande criminali proliferano e, secondo gli esperti, il contrabbando di esseri umani avrebbe già da tempo soppiantato quello di armi e sigarette.

Occorrerà quindi perseguire detti fenomeni e, parimenti, attuare delle contromisure che ci consentano di governarli.

Bisognerà programmare i flussi d'ingresso in Italia in proporzione a quelle che sono le risorse locali, introducendo una nuova normativa sui permessi stagionali, e passare dalla logica dell'emergenza alla cultura

dell'accoglienza, sradicando il razzismo facile e demagogico che, purtroppo, da qualche tempo, dimora nel nostro Paese.

Perché ciò avvenga, sarà necessario cambiare il nostro sistema di valori: non serve la solidarietà verso il diverso se questa non porta poi necessariamente alla comprensione integrale del diverso stesso. E per arrivare a questo bisognerà lavorare a fondo: nella società, nelle istituzioni, ma, soprattutto nella scuola.

La presenza sempre più massiccia di immigrati extracomunitari nel nostro Paese pone i servizi sociosanitari di fronte al difficile compito di rispondere alle richieste di cura di popolazioni provenienti da un diverso universo culturale e linguistico.

La distanza culturale diventa particolarmente apprezzabile in campo sanitario sia per la difficoltà di accedere ai servizi (barriere burocratiche, linguistiche, etc.), sia per la difficoltà di costruire una relazione fiduciaria tra medico e paziente quando non si condividono i modelli d'interpretazione relativi alla salute ed alla malattia.

Tutti gli studi sull'evoluzione dei flussi migratori concordano nel ritenere l'immigrazione dai Paesi Terzi un fenomeno duraturo e di dimensioni crescenti, che porterà in un immediato futuro ad una progressiva destabilizzazione.

La novità del fenomeno migratorio, come già accennato in precedenza, è stata affrontata sul piano meramente emotivo e non su quello razionale, evidenziandone i pericoli più che le opportunità.

L'immigrazione ha avuto l'effetto devastante d'un detonatore che ha messo a nudo le carenze e le inadeguatezze del nostro sistema, ivi compresa l'organizzazione sanitaria.

Ma quello del diritto alla salute, al contrario di quelli che la Costituzione Italiana definisce come "diritti del cittadino", all'art. 32 della medesima viene identificato come "diritto dell'individuo e della collettività": ciò implica un dovere pubblico di tutela della salute che è indipendente dal riconoscimento legale della cittadinanza e della residenza, requisiti viceversa richiesti all'extracomunitario, attraverso l'esibizione del permesso di soggiorno, per poter usufruire della iscrizione al S.S.N.

Ne deriva necessariamente che lo Stato deve essere impegnato in una attività di accoglienza e prevenzione, basata sì su dati epidemiologici, ma soprattutto su di una profonda conoscenza delle condizioni di lavoro e di vita degli immigrati, cercando di conoscerne e comprenderne appieno le originalità culturali, le tradizioni e le specificità delle diverse etnie.

La nostra legislazione, in tempi recenti sta compiendo un notevole sforzo, senz'altro in controtendenza rispetto al panorama internazionale, per

farsi carico della domanda di salute degli immigrati, prendendo in considerazione anche gl'irregolari ed i clandestini.

La Caritas cerca di venire incontro alle esigenze degl'immigrati e di sopperire alle eventuali carenze istituzionali, attraverso la propria rete di servizi, anche sanitari.

Quotidianamente, all'interno degli ambulatori gestiti dal volontariato Caritas, vengono erogate prestazioni sanitarie gratuite anche ad immigrati irregolari, si sviluppano progetti di ricerca con enti ed università, si attuano campagne d'informazione sanitaria, si assistono pazienti stranieri negli ospedali.

Ogni anno, la Delegazione Regionale Caritas della Campania, pubblica il Dossier sulle povertà presenti in regione, elaborata sulla scorta delle presenze e dei bisogni rilevati dai centri di ascolto delle Caritas Diocesane. In relazione ai bisogni di natura sanitaria e di cure mediche da parte degli stessi utenti migranti, relativamente all'anno 2009, le richieste di assistenza sanitaria ammontano ad una percentuale del 3,4%. A mero titolo esemplificativo, ancor più illuminanti – in proposito – possono risultare alcune statistiche rese note dal SASCI (Servizio Attività Socio Sanitarie Cittadini Immigrati e Senza Fissa Dimora) dell'Asl Napoli 1. Oltre 22.000 sono i cittadini migranti che risultano assistiti dalla suddetta Azienda: provengono da Paesi a forte pressione migratoria e sono regolarmente iscritti al Servizio Sanitario Nazionale. Ammontano invece a 4.000 i migranti temporaneamente assistiti (STP nel caso di extracomunitari, ENI per romeni e neocomunitari): si tratta, perlopiù, di irregolari che hanno ottenuto dall'Asl una tessera provvisoria, della durata di sei mesi (eventualmente rinnovabile), perché indigenti. Nel solo 2009, gli ambulatori coordinati dal SASCI hanno registrato circa 12.000 contatti di cittadini migranti. Solo 1.500 si sono fermati alla prima visita, mentre tutti gli altri sono tornati per ricevere cure specifiche. Tra gli utenti, gli ucraini sono stati i più numerosi (26%), seguiti dai serbi (19%, in questo caso si tratta, nella stragrande maggioranza dei casi, di migranti di etnia rom), gli srilankesi (16%) ed i russi (8%). Nel 65% dei casi sono state le donne a rivolgersi ai servizi sanitari: dunque, ostetricia e ginecologia sono le branche mediche più frequentate, seguite da cardiologia, odontoiatria a gastroenterologia. Il 70% dei pazienti immigrati dell'Asl Napoli 1 ha una età compresa tra i 18 ed i 49 anni, i minori rappresentano il 7%, gli over 65 appena il 2%. I senza dimora presenti sul territorio della prefata Azienda sono circa seicento, soffrono di alcolismo, tossicodipendenza e disagio psichico e sono fortemente esposti a malattie riconducibili alle subumane e precarie condizioni di vita in cui versano: patologie respiratorie, dermatologiche, infettive. Proseguendo il discorso sui bisogni espressi dall'utenza

migrante dei CdA Caritas, troviamo quelli relativi a detenzione e giustizia (0,9%), dipendenze (0,6%), handicap e disabilità (0,3%).

3. La normativa vigente in materia di tutela della salute

La presenza sul territorio di migranti provenienti da Paesi diversi comporta la necessità di fornire adeguate informazioni circa la normativa sanitaria vigente e di monitorare il fenomeno per individuare iniziative ed attività utili a preservare la salute dei cittadini stranieri e della collettività. La salute è considerata un diritto inalienabile dell'individuo, appartenente all'uomo in quanto tale, dal momento che deriva dall'affermazione del più universale diritto alla vita e all'integrità fisica di cui rappresenta una delle declinazioni principali. A partire, infatti, dalle direttive fondamentali stabilite dalla Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e fatte proprie dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), la salute è definita come *“uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate”*.

In linea con la dichiarazione dell'OMS, le principali Convenzioni internazionali sanciscono il diritto alla salute come uno dei diritti fondamentali dell'individuo e delle collettività e la sua tutela uno dei doveri degli Stati. L'assistenza ai migranti rappresenta un capitolo particolarmente significativo dell'impegno del sistema sanitario nel contrastare gli effetti negativi delle disuguaglianze sociali, economiche e culturali sulla salute. Le nuove sfide che questo problema pone alle organizzazioni sanitarie vanno considerate anche come un'opportunità per migliorare la qualità generale dei servizi e l'orientamento al paziente.

In materia di assistenza sanitaria, a parità di trattamento e di piena uguaglianza con i cittadini italiani, è prevista l'iscrizione obbligatoria al servizio sanitario nazionale (S.S.N.) degli stranieri regolarmente soggiornanti e dei loro familiari, nonché dello straniero regolarmente soggiornante iscritto nelle liste di collocamento.

L'art. 34 del Testo Unico delle Leggi sull'Immigrazione (Decreto Legislativo n°286 del 25 luglio 1998) prevede l'obbligo dell'iscrizione al S.S.N. delle seguenti categorie di persone:

- a) gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento;
- b) gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno, per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo politico, per asilo umanitario, per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza o per motivi religiosi;
- c) i familiari a carico regolarmente soggiornanti. Lo straniero per iscriversi al S.S.N. deve recarsi presso l'Asl ove risiede o ha l'abituale dimora, munito di documento d'identità personale; codice fiscale; permesso di soggiorno; autocertificazione di residenza o di dimora. L'ospitalità protratta per un periodo superiore a tre mesi presso un centro di accoglienza è considerata dimora abituale.

Alle medesime condizioni di parità sono assicurate anche l'assistenza riabilitativa e protesica. L'iscrizione è valida per tutta la durata del permesso di soggiorno. Per i lavoratori stranieri stagionali è valida per tutta la durata dell'attività lavorativa. L'iscrizione non decade nella fase di rinnovo del permesso di soggiorno, mentre cessa per mancato rinnovo, revoca o annullamento del permesso di soggiorno ovvero per espulsione. All'iscritto viene consegnato, dall'Asl del luogo di residenza o di quella indicata dallo straniero, il "tesserino sanitario personale". Il "tesserino sanitario personale" dà diritto gratuitamente ovvero a pagamento - a seconda della regione di residenza o domicilio - del *ticket* sanitario alle seguenti prestazioni: visite mediche generali in ambulatorio, visite mediche specialistiche, a domicilio, ricovero in ospedale, vaccinazioni, esami del sangue, radiografie, ecografie, medicine, assistenza riabilitativa e protesica. Lo straniero, regolarmente residente in Italia, disoccupato o inoccupato, iscritto nelle liste di collocamento con reddito familiare lordo riferito all'anno precedente, e lo straniero temporaneamente presente in Italia in stato di indigenza, hanno diritto all'esenzione dalla spesa sanitaria ai sensi della legge 724/1994. Il reddito familiare lordo, riferito all'anno 2009, deve essere inferiore ad €. 8263.31, aumentato a €. 11.362.05 in presenza del coniuge ed incrementato di €. 516.46 per ogni figlio a carico.

Lo straniero regolarmente soggiornante e non facente parte di coloro che hanno l'obbligo di iscrizione al S.S.N., è tenuto tuttavia ad assicurarsi contro il rischio di malattia, infortunio e maternità mediante stipula di apposita polizza assicurativa con un istituto assicurativo italiano o straniero, valida sul territorio nazionale, oppure iscriversi volontariamente - se è in possesso di un permesso di soggiorno per motivi di studio o regolarmente

”collocato alla pari” - ai sensi dell’accordo europeo adottato a Strasburgo il 14 novembre 1969, ratificato ai sensi della legge 18 maggio 1973 n. 304. A titolo di partecipazione alla spesa, lo straniero iscritto al S.S.N. è tenuto a corrispondere un contributo annuale forfetario di importo percentuale pari a quello previsto per i cittadini italiani sul reddito complessivo conseguito nell’anno precedente in Italia e all’estero. L’ammontare del contributo non può essere inferiore al contributo minimo previsto dalle leggi vigenti. Il contributo non è valido per i familiari a carico. Inoltre lo straniero, che abbia richiesto un permesso di soggiorno superiore a tre mesi, può richiedere l’iscrizione volontaria al S.S.N., previa corresponsione del contributo prescritto. Lo straniero titolare di permesso di soggiorno per cure mediche non può iscriversi volontariamente al S.S.N. Anche agli stranieri regolarmente soggiornanti, ma non iscritti al Servizio sanitario nazionale, sono assicurate le prestazioni sanitarie urgenti previo pagamento secondo le tariffe determinate dalle regioni e province autonome.

Agli stranieri irregolarmente presenti nel territorio nazionale sono comunque assicurate, nei presidi pubblici e privati accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti ed essenziali, anche se continuative, per malattia ed infortunio, per effetto della modifica introdotta dalla legge 94/2009 all’art. 6, comma 2, del T.U., che prevede l’eccezione all’obbligo di esibizione del permesso di soggiorno per l’accesso alle prestazioni sanitarie, alle prestazioni scolastiche, alle attività sportive e ricreative a carattere temporaneo. Ai sensi dell’art. 35 del T.U., “*le prestazioni comunque garantite*” sono: la tutela sociale della gravidanza e della maternità; la tutela della salute del minore; le vaccinazioni nell’ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle Regioni; gli interventi di profilassi internazionale; la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai. A tal fine, lo straniero richiede presso qualsiasi Asl o ambulatorio dedicato, un tesserino denominato “straniero temporaneamente presente” (S.T.P.), con validità semestrale, rinnovabile. Le citate prestazioni sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani. Nel caso di cittadini stranieri neocomunitari bulgari e romeni (anche in seguito alla emanazione dei Decreti Legislativi 6 febbraio 2007, n°30 e n°32/2008), laddove sprovvisti di tessera TEAM (Tessera Europea Assicurazione Malattia ex Modello E112), si rilascia il tesserino ENI (europeo non iscritto). L’impossibilità, per indigenza, di adempiere al pagamento delle prestazioni sanitarie erogate dal S.S.N. può essere attestato con autodichiarazione da parte dello straniero da presentare alla struttura sanitaria che poi eroga la

prestazione. Le eccezioni sopra citate sono state inserite dal legislatore, a seguito di un acceso dibattito durante l'iter parlamentare, in quanto si sarebbe voluto abrogare il comma 5 dell'art. 35, che prevedeva che l'accesso alle strutture sanitarie da parte dello straniero irregolarmente soggiornante nel territorio nazionale non poteva comportare alcun tipo di segnalazione all'autorità, salvo i casi di obbligatorietà del referto qualora non espone l'assistito a procedimento penale, ai sensi dell'art. 365 del Codice Penale, a parità di condizione con il cittadino italiano. Infatti con l'abrogazione della citata eccezione, prevista dal previgente comma 5 dell'art. 6 del T.U., lo stato di clandestinità dello straniero avrebbe determinato l'obbligo da parte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio di denunziarlo all'autorità giudiziaria, incorrendo altrimenti nei reati di omessa denuncia di cui agli artt. 361 e 362 del Codice Penale.

È stato osservato, al contrario, che se anche fosse stato abrogato il comma 5 dell'art. 6 del T.U., l'art. 365 C.P. non sarebbe stato applicabile al reato di clandestinità, che integra il reato di contravvenzione, atteso che l'obbligo di referto sussiste quando, nell'esercizio di una professione sanitaria, sia stata prestata *“la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto per cui si debba procedere d'ufficio”*. Con la modifica apportata, il legislatore ha esentato soltanto gli esercenti una professione sanitaria e non anche tutti gli altri pubblici ufficiali ed incaricati di un pubblico servizio che non svolgono attività sanitaria dall'obbligo di denunciare la condizione di illegalità del cittadino straniero, qualora ne abbiano avuto contezza.

FABIO AMATO

SALUTE DEI MIGRANTI E LAVORO DI CURA: LE UCRAINE NEL NAPOLETANO

1. *Premessa*

L'accesso all'assistenza sanitaria gratuita non è solo una questione di promozione e difesa dei diritti umani, ma deve essere considerato come un prerequisito per la tutela della salute pubblica in Europa ed un elemento essenziale per lo sviluppo sociale, economico e politico dell'UE. Questo il senso di una conferenza sul tema *Health and Migration in UE: better health for all in an inclusive society*, promossa nel 2007 dalla allora presidenza comunitaria portoghese. Al di là delle dichiarazioni di principio - che spesso risultano prive di contenuti reali - si tratta di un'apertura importante, che rivela però delle contraddizioni forti nelle prassi dei singoli paesi comunitari. Basti pensare al caso dell'Italia, che da paese all'avanguardia - con la costituzione del codice STP (straniero temporaneamente presente), che assicurava assistenza anche agli irregolari - è andata nella direzione opposta con l'adozione del pacchetto sicurezza del 2008, caratterizzato da scelte demagogiche e allarmistiche, tra le quali l'abrogazione del divieto di segnalazione da parte degli addetti all'assistenza sanitaria, l'obbligatorietà della presentazione dei documenti per accedere ai servizi e la penalizzazione dell'irregolarità e della clandestinità.

Come sappiamo, l'emergenza è stata superata grazie alla pressione esercitata dagli ordini medici e dai colleghi degli infermieri e delle ostetriche, che hanno permesso di stralciare l'articolo di legge, ma restano ancora oggi le tracce di una pericolosa tendenza all'esclusione, che si ripropone anche in altri paesi comunitari. Bisogna, inoltre, sottolineare che le disposizioni relative alla penalizzazione della clandestinità creano ancora comportamenti in alcuni casi discrezionali e, di fondo, una sostanziale diffidenza da parte dei migranti che oggi hanno più esitazioni ad accedere ai servizi sanitari di emergenza. Un rapporto normale con questo tipo di servizi dovrebbe invece caratterizzare la cittadinanza nel suo significato più ampio e profondo, travalicando l'annosa discussione sull'accesso formale ad essa (*ius soli* contro

ius sanguinis): si tratta infatti di prestazioni così importanti che dovrebbero essere garantite ai migranti in qualunque condizione giuridica si trovino.

Il tema della salute fa riferimento al quotidiano che i singoli migranti vivono nelle differenti realtà territoriali. Non è un caso, infatti, che negli ultimi anni sembra cresciuta l'attenzione delle autorità e delle istituzioni locali per la salute degli immigrati nella maggior parte delle regioni italiane. Se in generale il sistema socio-sanitario si è mostrato abbastanza inclusivo nei suoi intenti, bisogna ricordare che i risultati non sono sempre stati eccellenti: “il contesto in cui si inseriscono gli immigrati mostra, infatti, molti chiaro-scuri e un'alta variabilità a livello regionale” (Fondazione Ismu, 2011, p. 129). Il progetto *Migrazione e Salute*, promosso dal Ministero della Salute e coordinato dall'Istituto Superiore di Sanità ha sottolineato alcune differenze di rilievo (Caritas, 2010). Sono stati presi in esame gli atti formali (leggi locali, delibere) emanati dal 1995 al 2010 ed è stata valutata la presenza di osservatori, ambulatori e servizi di assistenza a immigrati irregolari e comunitari a livello regionale e provinciale. La Puglia risulta essere la Regione più attiva e attenta alle politiche sanitarie in materia di immigrazione, mentre Calabria, Basilicata e Lombardia sono le meno sensibili.

Secondo le indagini più recenti, l'accesso ai servizi ospedalieri configura alcune tipologie ricorrenti: dall'analisi delle schede di dimissione ospedaliera prevalgono tra le donne l'assistenza al parto, le interruzioni volontarie di gravidanza e le problematiche legate alla salute riproduttiva, mentre gli uomini si rivolgono alle strutture ospedaliere per fratture, traumi, appendici, bronchiti e malattie infettive, rivelando profili patologici spesso riconducibili a difficili condizioni lavorative. Il ricorso ai servizi pubblici da parte delle persone immigrate, pertanto, avviene principalmente nell'alveo delle situazioni quotidiane, come confermato anche dal progetto “La salute della popolazione immigrata” attraverso il quale si procede ad un monitoraggio grazie ad una metodologia istituzionalizzata da parte dei Sistemi Sanitari Regionali (Carletti, 2011).

I rischi della diffusione di malattie infettive appartengono alle semplificazioni “inferiorizzanti” tipiche della interpretazione veicolata dai mass media: se cresce nella platea di migranti, la quota di persone interessate da malattie sessualmente trasmissibili, contro ogni interpretazione pregiudiziale si segnala, per contro, che la prevalenza di malati di Hiv sulla popolazione complessiva tra gli immigrati (5,3%) è minore che nella popolazione italiana, che è toccata per l'8,8% (Caritas, 2010).

Gli esempi in tal senso potrebbero essere molteplici, ma in questa sede si ritiene fornire uno spaccato differente: a differenza di quanto si possa

credere seguendo il senso comune, *il nostro stato di salute non è misurabile esclusivamente con il rapporto che noi abbiamo con i servizi sanitari*. L'Organizzazione Mondiale della Sanità, fin dalla sua costituzione (1948), definisce la salute come uno "stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia". Ed è da questa prospettiva che si è mossa una indagine cui ho partecipato (un'indagine nazionale commissionata a Synergia dal Ministero del Lavoro), concentrandosi sulla ricostruzione dei fattori di rischio di natura psicologica e sociale e sulle eventuali derive traumatiche o patologiche che lo svolgimento di determinate mansioni può comportare per i lavoratori immigrati, con un'attenzione particolare al ruolo che tali traumi o patologie possono giocare all'interno di processi di marginalizzazione e di esclusione sociale.

L'indagine prendeva in considerazione diversi settori di inserimento lavorativo in contesti geografici differenti, diversificando il campione per genere e nazionalità. In una prospettiva più propriamente socio-geografica si destinava una attenzione particolare ai contesti presi in considerazione per analizzare in dettaglio l'inserimento delle donne e degli uomini immigrati nel mercato del lavoro italiano secondo un approccio di genere. Con la collega sinologa Maurizia Sacchetti ho coordinato la ricerca relativa all'area napoletana, destinando in particolare l'indagine empirica alle donne ucraine inserite nel lavoro di "cura" e ai Cinesi che lavorano nell'industria tessile. L'indagine sul campo è stata condotta con metodologie qualitative, alternando sui diversi territori interviste in profondità a testimoni privilegiati ed a lavoratori immigrati, uno studio di casi volto a esaminare le dinamiche di rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, nonché le condizioni ambientali e organizzative del lavoro, *focus group* con operatori socio-sanitari della rete dei servizi pubblici territoriali, delle associazioni di terzo settore attive in campo socio-sanitario, dei sindacati e delle associazioni di categoria.

2. Il quadro di riferimento dell'immigrazione nel Napoletano

I contesti socio-economici di arrivo risultano determinanti nella definizione dei processi di territorializzazione messi in atto dai migranti. La regione Campania, come è noto, si caratterizza per un sistema produttivo debole e un Welfare locale molto carente. Questi elementi connotano un mercato del lavoro che presenta un alto livello di disoccupazione e un significativo ruolo dell'economia informale, che, a sua volta, vanifica qual-

siasi corrispondenza tra i dati ufficiali e le reali condizioni lavorative¹. Le maglie larghe del mercato del lavoro, come del mercato dell'alloggio, fanno di questa regione una buona porta di accesso nell'irregolarità e nella precarietà che, spesso, rappresenta il punto di partenza del cammino di integrazione dei nuovi arrivati.

Fino all'inizio degli anni Novanta quest'area, come tutto il Sud, veniva considerata in prevalenza come terra di transito verso le regioni settentrionali del paese ed i progetti migratori residenziali apparivano ancora episodici. La presenza straniera in Campania, secondo le più recenti risultanze anagrafiche, è di 164.268 migranti (dato Istat al 1° gennaio 2011). Si tratta di una presenza crescente e sempre più stabile, che si concentra nel capoluogo di Napoli e nella sua ampia area metropolitana. Nonostante questo deciso indirizzo di "sedentarizzazione", permane la possibilità per i migranti di galleggiare sul filo dell'irregolarità: si stimano in 34.000 gli irregolari e i clandestini ancora presenti nella regione.

L'immigrazione in Campania, e in particolare nel Napoletano, rivela, per diversi aspetti del suo andamento, caratteri analoghi a quelli che connotano gli arrivi in altre realtà italiane: sono presenti in questa regione almeno ottanta nazionalità differenti con una rappresentanza superiore alle dieci unità. La collocazione lavorativa dei migranti è spesso la traccia più utilizzata per comprendere il livello di inserimento nella società locale, la sistemazione insediativa, i meccanismi di riproduzione sociale. È sul doppio binario delle opportunità di lavoro (sia esso regolare o al nero) e dell'alloggio che, in questi ultimi decenni, si sono ridisegnati i caratteri del territorio campano. Le maggiori concentrazioni sono appannaggio delle tre province costiere (Napoli, Caserta e Salerno), che ospitano quasi il 90% degli stranieri ufficialmente presenti. I tre comuni capoluogo registrano il maggior numero di stranieri, con un ruolo dominante di Napoli, che testimonia, insieme alle altre metropoli nazionali, la dimensione eminentemente urbana del fenomeno migratorio.

Le città, grandi e piccole, sono i luoghi delle opportunità, delle relazioni, delle comunicazioni, degli scambi commerciali, del primo inserimento nella marginalità. Le grandi città sono anche il luogo di elezione per le comunità che si inseriscono nelle attività di collaborazione domestica e di aiuto alla persona: alle sporadiche presenze di Eritree degli anni Settanta (frutto del retaggio post-coloniale) si sono affiancati i migranti provenienti

1 Negli ultimi anni si è arricchita la letteratura sullo spazio migratorio napoletano. Per un quadro di insieme si rimanda a PANE e STROZZA (2000); ORIENTALE CAPUTO (2007); AMATO e COPPOLA (2009); AMMATURO, DE FILIPPO e STROZZA (2010).

da Capo Verde, dal Perù, dallo Sri Lanka, dalle Filippine e dalla Repubblica Dominicana. A partire dagli anni Novanta, la regione, come il resto d'Italia, è investita da un nuovo fronte migratorio rappresentato dai cittadini provenienti dai paesi dell'Europa Orientale che rapidamente crescono di numero, fino a diventare tra le prime nazionalità presenti in Campania, soprattutto nella componente femminile, monopolizzando il settore della collaborazione domestica (Ucraine, Polacche, Russe, Moldave, Rumene e Bulgare). Sempre i grandi centri urbani sono luoghi privilegiati del commercio ambulante e, in generale, del terziario dequalificato. Nel corso degli anni, le opportunità lavorative e i costi relativamente più contenuti degli alloggi hanno disegnato nuove centralità nelle geografie private dei migranti, definendo anche un modello insediativo più periferico e, in diverse aree della regione, rurale. Così, nella provincia di Napoli, sempre più stranieri vivono in quel caotico *continuum* edilizio-abitativo dell'hinterland, tanto nella prima corona di comuni, quanto a Giugliano, a Pozzuoli, a Sant'Antimo, nel Vesuviano e nelle isole. Non esistono concentrazioni di particolari comunità o casi di quartieri di segregazione: Albanesi, Marocchini, Ucraini si distribuiscono sul territorio come altre nazionalità di minor peso e accedono attraverso canali diversi al lavoro più o meno precario (piccole fabbriche, settore edilizio, stagionalità nel commercio, nel settore agricolo e nel comparto turistico).

In linea con un processo che contraddistingue attualmente il fenomeno migratorio a scala globale (Sassen, 2010), la femminilizzazione sembra una caratteristica peculiare di tutta la regione, che vede le donne migranti costituire il 57% del totale. La dominanza delle donne, che assumono spesso il ruolo di primo migrante, caratterizza in modo marcato tanto le comunità provenienti dall'Europa Orientale (sono donne 8 su 10 tra gli Ucraini, i Polacchi e i Russi), che le Filippine. Sono, invece, maschi nella stragrande maggioranza i migranti provenienti dal Maghreb e dall'Africa sub-sahariana. Un maggior equilibrio di genere, che potrebbe essere interpretato come indice di traiettorie migratorie più stabili, si registra infine tra i Cinesi, i Rumeni e gli Srilankesi.

La municipalità di Napoli, come tutte le grandi città, rappresenta un luogo fondamentale da cui si dipanano le articolate maglie dei sistemi migratori delle comunità: qui le reti transnazionali costituiscono nodi nevralgici stabilendo rapporti con la madrepatria, tenendo viva la relazione con i luoghi di partenza attraverso lettere, giornali, messaggi, prodotti alimentari e di svago. A Napoli si può trovare più agevolmente un'occupazione nelle maglie del sistema produttivo ed è sempre nelle città che si localizzano le istituzioni poste all'espletamento delle pratiche burocratiche o le strut-

ture e gli enti che offrono accoglienza e assistenza. Più che altrove, è nel capoluogo regionale che è possibile sopravvivere anche in condizioni di precarietà assoluta, grazie alla possibilità di sfruttare un terziario poverissimo, oppure vivendo di espedienti o ancora divenendo manovalanza delle organizzazioni criminali. Napoli è, infatti, la città che raccoglie il maggior numero di residenti nel Mezzogiorno e che esibisce i processi di riterritorializzazione migrante più evidenti.

La collaborazione domestica in genere condiziona fortemente tanto le gerarchie delle nazionalità, quanto la decisa prevalenza di genere femminile. In particolare, l'Ucraina risulta – con circa 6.500 presenze – la prima nazionalità, seguita dallo Sri Lanka (5.367 presenze), la cui crescita è meno significativa negli ultimi anni.

Oltre ai numeri, continuamente soggetti a correzione, una misura evidente dell'immigrazione come fattore di trasformazione della società napoletana è data dall'intensità che sta assumendo la presenza delle seconde generazioni: in tutta la provincia i minori iscritti all'anagrafe sono quasi diecimila, quando nel 1986 erano appena 20. Se si legge l'immigrazione in città dal punto di vista dei bambini e dei ragazzi, emergono le traiettorie migratorie più antiche e più solide: sono oltre un migliaio i minori srilankesi, mentre una presenza significativa è data dalle Filippine, da Capoverde, dalla Cina e dalla Repubblica Dominicana. L'impatto sul tessuto sociale dei migranti provenienti dall'Europa Centro-Orientale fino a poco fa era ancora troppo debole. Solo negli ultimi anni si è segnalata la crescita progressiva dei minori ucraini che ormai contendono agli srilankesi il primato, a conferma della rapida polarizzazione cui si è assistito dopo il 2002 da parte della nazionalità ucraina.

Bisogna sottolineare che gli elementi più visibili del cambiamento che attraversa la città sono espressi dall'uso degli spazi pubblici da parte dei migranti. Le tracce di queste trasformazioni si riconducono a momenti diversi, di intensità e profondità differenti, ma tutti altrettanto importanti per segnalare il nuovo profilo della città: la fine del Ramadan festeggiata nella Villa Comunale; i ragazzi del Sub-continente indiano che si esercitano a cricket nel Bosco di Capodimonte e a Piazza Plebiscito; i manifestini affissi nelle strade del centro – scritti in diverse lingue – che ricordano i momenti di incontro alle varie comunità; il Centro Direzionale, la Stazione e i piccoli fazzoletti di verde sparsi in città che ospitano, come vedremo a proposito delle Ucraine, le badanti in libera uscita. Così, il paesaggio urbano si inerva di connotazioni multiculturali sempre più leggibili.

La terziarizzazione del lavoro migrante lascia, forse, le tracce più visibili della presenza straniera a Napoli. Il commercio rappresenta, insieme

alla collaborazione domestica, il settore principale di impiego, più o meno temporaneo, per i migranti.

3. *La presenza ucraina*

3.1 *Il ruolo della collaborazione domestica*

L'assistenza domestica, in tutti i suoi aspetti, impegna il maggior numero di immigrati nella provincia di Napoli e la stragrande maggioranza di quelli presenti nei cinque capoluoghi. Questa indicazione è confermata anche dall'elevato numero di richieste – in occasione dell'ultima regolamentazione – in Campania, in particolare per il lavoro di badante (termine giustamente criticato nella letteratura antropologica in quanto fa intendere che si tratta meramente di “badare” agli anziani in questione).

Questa tipologia di “welfare transnazionale” si è sviluppata rapidamente negli ultimi trent'anni in maniera informale, a riprova del miglioramento delle condizioni di vita degli Italiani in genere e delle donne in particolare. Se queste ultime continuano ad avere un ruolo prevalente nel lavoro di cura delle famiglie rispetto agli uomini, si è assistito anche in Campania ad un sempre più intenso ricorso alla forza lavoro, soprattutto femminile, per attività di *baby-sitting*, cura delle persone anziane e disabili ed attività di pulizia.

Le mansioni svolte sono diverse sia per modalità (collaborazione continua oppure ad ore) sia per tipologia (collaborazione nella pulizia, accudimento di minori o anziani ecc...) e vedono rappresentate varie comunità: il monopolio detenuto fino agli anni Ottanta da alcuni gruppi provenienti da Filippine, Sri Lanka, Eritrea, Somalia, Capo Verde è stato messo in discussione dai nuovi sistemi migratori. In un primo tempo si è assistito all'arrivo dei latino-americani, provenienti soprattutto da Perù e Repubblica Dominicana; più di recente, invece, si sono affermate lavoratrici dell'Europa Orientale – Ucraina, Polonia, e Romania su tutti. La dizione *colf*, tra l'altro, non è più esclusivo appannaggio delle donne immigrate che, sempre più spesso, sono il tramite per trovare lavoro anche agli uomini ancora in patria, a loro volta destinati alla collaborazione domestica in tutte le sue declinazioni (pulizia della casa, accudimento delle persone anziane o disabili ecc.). Un'ulteriore trasformazione è relativa alla domanda di lavoro per assistenza ai minori, ai malati e agli anziani.

Le gravi carenze del sistema sociale e la disgregazione delle tradizionali strutture familiari hanno spinto a usufruire delle prestazioni degli immigra-

ti per questo tipo di servizi, a vari livelli sociali. Questa attività, ben radicata nei grandi centri urbani, si è estesa via via anche ai comuni dell'hinterland. La crescita e l'intensità di questo tipo di occupazione hanno delineato situazioni singolari nel Centro Storico di Napoli, dove si dà anche il caso di coppie di immigrati impegnate a servizio per l'intera giornata che si servono del *baby-sitting* di ragazze napoletane. Questi episodi, oltre a dare la misura della debolezza del Welfare locale e del tipo di servizi cui possono riferirsi gli stranieri, indicano anche la complessa penetrazione che i migranti sono riusciti a mettere in opera in questa realtà. Sono in ogni caso queste persone ad apparire come le più visibili e stanziali nella regione, dal momento che trovano una collocazione insediativa alquanto stabile e avviano processi di riproduzione sociale che incidono decisamente nel tessuto dei luoghi di accoglienza: diffuso associazionismo comunitario, luoghi specifici di ritrovo, spazi pubblici utilizzati come punti di riferimento, botteghe di rifornimento per beni di consumo della patria di origine ecc. Al novero dei servizi alle famiglie può essere aggiunta, sia pure impropriamente, la schiera dei commessi/uomini di fatica, quasi sempre provenienti dall'Europa dell'Est e privi di contratti regolari, che servono presso le varie botteghe di quartiere, attingendo una parte notevole dei propri introiti dalle mance.

Il lavoro di cura domiciliare e per alcuni aspetti anche quello domestico ad ore presso case di privati è connotato da elevati livelli di *pratiche informali*, con diffuse situazioni di lavoro nero e grigio e una tendenza alla familizzazione dei rapporti che complica, anche a livello psicologico, le relazioni tra lavoratori e datori di lavoro e sfuma in mansioni di "normalità domestica" e di "obbligazione morale" quella che a tutti gli effetti è una prestazione professionale retribuita e si configura spesso come lavoro servile.

3.2 La diaspora ucraina e la polarizzazione in Italia

In questo segmento del mercato del lavoro l'arrivo delle comunità ucraine ha avuto, come si è detto, un effetto dirompente: nel corso degli anni Novanta si trattava di una presenza quasi insignificante nel già articolato panorama delle immigrazioni, ma dopo la regolarizzazione del 2002 la consistenza regolare è rapidamente cresciuta fino a superare le 200mila presenze, divenendo la quinta nazionalità più presente.

Il processo "diasporico" degli Ucraini inizia con l'indipendenza dall'Unione Sovietica (1991), consentendo un rapido accesso ai mercati del lavoro internazionale, prima inimmaginabili. Non esistono dati preci-

si sulla presenza ucraina nel mondo, ma la stima più attendibile parla di 7 milioni di persone che oggi risiedono all'estero. Questa manodopera si concentra per lo più nella Federazione Russa ed innerva soprattutto i paesi dell'Europa Centro-Orientale che di recente hanno aderito all'Unione Europea (Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria) e le realtà della sponda nord del Mediterraneo (Portogallo, Spagna, Grecia, oltre all'Italia).

Lungo la Penisola, la distribuzione territoriale di questi migranti appare relativamente omogenea, incidendo in maniera significativa in tutte le regioni. Tuttavia, se provassimo a leggere i dati anagrafici, ci accorgeremmo subito che esistono aree di maggiore concentrazione. Innanzitutto la presenza ucraina ha una localizzazione eminentemente urbana ed è soprattutto nelle regioni meridionali che incide di più sul totale complessivo dei migranti. In tal senso, la Campania non è solo una regione dove questa nazionalità risulta al primo posto con 38.000 unità, ma è caratterizzata anche dalla presenza di un ucraino quasi ogni tre stranieri registrati all'anagrafe. Secondo stime più recenti sulla presenza straniera, questo dato dovrebbe essere incrementato, raggiungendo le 50.000 unità, valore anch'esso provvisorio e destinato ad incrementarsi per l'aumento delle richieste di ricongiungimento.

Il profilo di questa presenza è in maniera schiacciante femminile (81,5% di donne), in maggioranza sposate con figli, e ha un'età media che si colloca nella classe 30-45 anni. Secondo una ricerca effettuata nel 2003 dal *Western-Ukrainian Center* si tratta di persone altamente qualificate dal punto di vista professionale, con un grado di istruzione medio-alto (un terzo sarebbe laureato). I caratteri formativi delle comunità ucraine presenti in Campania corrisponde a quanto indicato a scala nazionale, mentre la piramide dell'età vede una discreta presenza nella classe superiore ai 45 anni e, negli ultimi anni, è in crescita la presenza di minori e ragazzi.

L'avventura migratoria viene intrapresa da donne che hanno alle spalle già un'esperienza di lavoro garantito, non di rado alle dipendenze dell'ex Stato sovietico, ma che per lo più risultavano impiegate come operaie in fabbrica oppure erano commesse in negozi o ancora cuoche o cameriere.

La marcata femminilizzazione di questo insieme migrante pone il problema del *care drain*, dal momento che queste persone sottraggono risorse affettive ed assistenziali alle famiglie di partenza. Benché stia crescendo progressivamente la presenza di figli e minori grazie ai ricongiungimenti familiari, infatti, i nuclei familiari divisi sono ancora in larga maggioranza. I figli rimasti in patria sono sotto la cura del marito oppure dei nonni e l'elevata capacità di risparmio di queste donne è investita nelle rimesse che assicurano – oltre ad investimenti per l'affitto o la costruzione di un'abi-

tazione – soprattutto l'educazione dei figli (Cespi, 2007). Le difficoltà legate ai legami affettivi in patria (fattore di disagio non indifferente) sono dimostrate anche dall'elevato numero di divorziate presente nel campione intervistato. In realtà, non si stabilisce una correlazione tra emigrazione e separazione, anzi, se è possibile, si inverte l'ordine dei fattori. In quasi tutti i casi vengono raccontati episodi di alcolismo del marito o del compagno come causa principale della separazione e della spinta successiva ad emigrare per migliorare la qualità della vita della propria famiglia².

Le motivazioni che spingono gli Ucraini ad emigrare non sono dissimili da quelli di altre realtà dell'Est europeo, cioè un contesto socio-economico di partenza critico e il declino della capacità di spesa dei salari a fronte di costi sempre più elevati: la parola miseria è presente in tutte le descrizioni delle 25 persone intervistate.

Come tutti i paesi dell'Europa Orientale, anche l'Ucraina, dopo il crollo del sistema sovietico, ha vissuto un periodo di grave recessione. L'industria pesante, il settore più sviluppato, ha risentito dell'improvviso aumento del prezzo del petrolio russo. Il deficit energetico, già aggravato dalla riduzione di energia nucleare a seguito dell'incidente di Chernobyl, dal 1990 al 1993 ha fatto crollare del 30% la ricchezza del Paese. All'inizio degli anni Novanta il governo ha cominciato a dare l'avvio a una fase di riforme per facilitare il passaggio all'economia di mercato, con l'inizio di un processo di privatizzazione e la creazione di un'unità monetaria di transizione, in attesa della nuova valuta. Tuttavia le nuove politiche economiche hanno subito una forte battuta di arresto nel 1993, quando si è registrato un nuovo tentativo di adozione delle vecchie politiche indirizzate alla cooperazione economica con le ex repubbliche sovietiche ed il paese è divenuto membro associato dell'Unione Economica della CSI (settembre 1993). A partire dal 2000, si è registrata una decisa inversione di tendenza che ha portato il prodotto interno lordo a crescere fino a raggiungere i 305.2 miliardi di dollari USA (2010), equivalenti a un PIL pro capite 6.700 dollari. L'economia negli ultimi anni ha mostrato segni di ripresa: l'inflazione, che ha raggiunto il 271,27% nel periodo 1990-2000, oggi si attesta sul 9%, mentre il tasso di disoccupazione è dell'8,1% (2010).

Gli Ucraini presenti nel Napoletano, come in tutta Italia, provengono soprattutto dagli oblast della parte occidentale del paese e le città di origine sono pertanto L'vov (Leopoli), Chernovitsi, Berexhane, Ternopil, Ivano-Frankivska, Lutsk (Weber, 2004). In molte circostanze la capitale Kiev (da

2 Molte delle informazioni sono tratte dalle interviste effettuate nel 2008, nel corso della ricerca.

dove si emigra molto meno) rappresenta solo una prima tappa del processo migratorio, con l'inurbamento provenendo dalla periferia. Il bacino migratorio più ampio è rappresentato dalle aree della Bukovina, la Galizia e la Volynia, mentre la zona russofona (l'area occidentale) è poco rappresentata nel Napoletano.

3.3 La rapida concentrazione della presenza ucraina nella provincia di Napoli

Il ruolo assunto dalla regolarizzazione del 2002 rende evidente il peso che hanno avuto l'irregolarità e la clandestinità nelle traiettorie migratorie degli Ucraini. La maggior parte è entrata con un visto turistico – successivamente scaduto – atterrando direttamente a Roma, ma non mancano ingressi illegali via terra attraversando la frontiera nord-orientale. La forza polarizzante di Napoli è emersa subito nel percorso migratorio di queste persone: a dispetto della elevata mobilità sul territorio che connota il complesso percorso di integrazione della maggior parte dei migranti, per gli Ucraini l'area urbana di Napoli rappresenta la prima scelta di inserimento nel mercato del lavoro.

Anche nel caso di testimonianze raccolte in altri contesti (Padova, Palermo, Torino) si registra Napoli come prima scelta della traiettoria. Nel campione intervistato per questa ricerca sono rari i casi di persone che hanno iniziato il loro percorso altrove, ad esempio a Bologna oppure a Brescia. Se la componente maschile ha raggiunto Napoli sulla base dei riferimenti "pionieristici" femminili, nel caso delle donne si può immaginare che la scelta sia stata dettata da informazioni acquisite nelle regioni di partenza e soprattutto da un buon funzionamento della rete delle informazioni, dotata di un nodo strategico proprio nel Napoletano, come è confermato dai bus che ogni settimana partono da Piazza Garibaldi per l'Ucraina e dal grande mercato domenicale che si svolgeva a Via Brin (quartiere Poggioreale) e che da pochi mesi è stato trasferito a Ponticelli, a testimonianza di una intensità di scambi di merci, informazioni, rimesse che rende il Paese molto più vicino all'Italia della reale distanza chilometrica. La distribuzione sul territorio è assolutamente capillare: l'Ucraina rappresenta la prima nazionalità in tutte e cinque le province della regione, con una decisa prevalenza per quella di Napoli.

Pur essendo presente in quasi tutti i comuni, questa nazionalità nelle altre quattro province pare concentrarsi soprattutto nei comuni capoluogo e nei centri più popolosi, mentre le altre nazionalità conoscono significative concentrazioni in alcuni comuni che mettono in ombra il ruolo degli Ucraini.

ni. Ragionamento diverso si può fare per la provincia di Napoli dove, nella maggior parte dei comuni della provincia, la prima nazionalità straniera è appunto quella ucraina e nei rimanenti centri è comunque la seconda e in un paio di casi la terza. Questa distribuzione, se da un lato conferma il ruolo polarizzante del capoluogo, dimostra anche come la scelta residenziale interessi tutti i comuni della provincia, luogo d'elezione per 2 ucraini su 3. Tali dati confermano, da una parte, la scelta di indirizzarsi anche verso piccoli centri dell'hinterland per sfruttare migliori condizioni economiche di locazione, seguendo il decrescere della rendita immobiliare, mentre dall'altro mostrano una spiccata capacità di muoversi nella giungla del mercato privato delle abitazioni, a riprova di una buona conoscenza del territorio e delle sue dinamiche.

Questa distribuzione così articolata lascia presupporre che la mobilità sul territorio sia molto elevata in relazione al pendolarismo prodotto dalla navetta casa-lavoro. In altre parole, non è possibile stabilire una stretta correlazione tra luogo di residenza e luogo di lavoro. Questo lo si può desumere per la componente femminile, essendo la richiesta di collaborazione domestica di solito legata ai centri più popolati, ma è molto più marcata per la contenuta presenza maschile. La gamma di attività dequalificate in cui sono inseriti gli uomini ucraini è circoscritta a quelle più faticose: operai, manovali, garzoni, stagionali in agricoltura. L'inserimento nei cantieri edili, ad esempio, significa seguire le opportunità offerte da un mercato del lavoro (spessissimo in condizioni di rischio e totalmente illegali) che ha un raggio di azione abbastanza ampio. Non mancano esempi di uomini inseriti nell'assistenza domiciliare, ma nel proprio curriculum è sempre presente l'esperienza di manovalanza. È però opportuno sottolineare che, nel campione degli uomini intervistati, si registra anche un caso di persona che si è esclusivamente dedicato all'assistenza degli anziani.

3.4 Ucraini a confronto con il mercato del lavoro napoletano

In generale, l'inserimento nel mercato del lavoro degli uomini, come delle donne, è abbastanza casuale. Si scelgono rapporti di lavoro fondandosi su proposte provenienti da conoscenze anche occasionali e ignorando totalmente le caratteristiche del luogo di lavoro e le mansioni da svolgere. Il primo impatto con la realtà napoletana, e in particolare con Piazza Garibaldi, è quasi sempre raccontato come esperienza di smarrimento e delusione per il paesaggio urbano che si prospetta loro.

L'inserimento lavorativo delle donne, soprattutto le più giovani, risulta in crescita nei bar e nei ristoranti di Napoli e della periferia, ma ad oggi l'attività di collaborazione domestica è largamente dominante. Le tipologie di mansioni sono quelle illustrate in precedenza, ma bisogna sottolineare che, a differenza di qualche anno fa, vanno sempre più riducendosi gli impieghi "giorno e notte" che costringono le ucraine a risiedere nella stessa casa dei datori di lavoro (molte delle persone intervistate parlano di questa prima esperienza). Oggi si preferisce infatti l'impiego ad ore, anche se non mancano nel campione intervistato attuali esperienze di lavoro continuo presso famiglie particolarmente agiate o casi di migranti che hanno preferito l'assistenza continuativa alla prima esperienza ad ore. Le prestazioni a tempo favoriscono un impegno molto sostenuto nell'arco della settimana, dal momento che spesso sono scandite da prestazioni di servizio presso più nuclei familiari. Come dimostrato anche dalle interviste di questa ricerca, il primo accesso al lavoro è stato particolarmente duro per le Ucraine, a causa della scarsa conoscenza della lingua e soprattutto della condizione di irregolarità iniziale, che favoriva sfruttamento e atteggiamenti vessatori da parte degli intermediari e dei datori di lavoro. Lo spirito di sacrificio e di adattamento (che peraltro connota tutti i migranti) e la capacità di fare rapidamente "rete" consentono a queste persone di districarsi facilmente nelle larghe maglie del mercato del lavoro locale, accedendo in tempi brevi alle risorse locali disponibili.

La società locale si è presto abituata a queste nuove presenze, che si sono ritagliate uno spazio di visibilità sociale anche grazie a caratteri culturali prossimi a quelli italiani. Questo è avvenuto non senza atteggiamenti pregiudiziali molto forti: l'espressione tutta napoletana di "avere la polacca che aiuta a casa", con cui si intendono tutte le donne provenienti dall'Europa centro-orientale, se da una parte sembra un segnale di accettazione di questo nuovo tassello del profilo sociale, dall'altra, oltre a semplificare il complesso universo delle identità slave, appare come uno stigma inferiorizzante dal punto di vista lavorativo che si cuce addosso a queste donne (Miranda, 2002).

3.5 Tracce della presenza ucraina

Gli aspetti dell'integrazione che riguardano le relazioni intrecciate tra le nuove arrivate e l'ambiente si esprime attraverso diversi aspetti: il saper vivere sulla scena sociale ed urbana, gli adattamenti, anche conflittuali, tra gli abitanti del nuovo tessuto sociale, in sostanza, il livello della "contrattualità" e della "coabitazione". Quest'ultima, in particolare, non sempre

risulta agevole: non sono rari, infatti, gli atteggiamenti discriminatori che le migranti devono subire da parte della società locale di genere maschile che – in alcune sue componenti – ritiene le Ucraine come donne molto disponibili. A testimonianza di ciò, nel corso di un'altra ricerca è emerso che l'uso immediato del tu e gli atteggiamenti allusivi e provocatori da parte degli uomini napoletani risultavano tra i maggiori problemi sofferti da queste donne nella relazione con il contesto locale (Amato, Coppola, 2009). Questo tipo di considerazioni trapela anche nelle interviste delle più giovani in questa ricerca.

Il relativo mimetismo delle Ucraine, così come la capacità di impossessarsi rapidamente degli strumenti necessari, favorisce spesso percorsi individuali di soluzione dei problemi e di socializzazione all'interno di ristretti gruppi di connazionali. Le difficoltà che emergono dal punto di vista burocratico vengono spesso risolte attraverso le strutture sindacali istituzionali, ma anche attraverso associazioni promosse dai primi arrivati e coadiuvate da italiani. Da questo punto di vista, le maggiori difficoltà che ricorrono per gli Ucraini in genere sono legate ad una politica informativa inadeguata sulle opportunità di inserimento in Italia e al riconoscimento dei titoli di studio e della patente di guida. Molte difficoltà sono anche dovute all'assenza di un corpo consolare ucraino a Napoli.

Quanto illustrato non significa che il sistema associativo sia assente. La prima ad occuparsi seriamente degli ucraini è stata la Chiesa greco-cattolica che, con il suo contributo, ha fornito aiuti di prima necessità, ha organizzato le prime feste culturali, fondato riviste, invitato giornalisti dall'Ucraina per sensibilizzare l'opinione pubblica sul tema. Ma si ricordano anche l'Istituto di Cultura Ucraina, l'Associazione Italia-Ucraina e l'associazione Donne Ucraine in Italia. La diffusissima professione della fede cristiana ha favorito il grande interesse da parte delle autorità religiose sia cattoliche che ortodosse presenti sul territorio: si tratta dei primi centri aggregativi frequentati dalle ucraine per i primi aiuti, per evitare la dispersione e l'isolamento. Il buon funzionamento della rete associativa è dimostrato anche dalla capacità di organizzare iniziative per il tempo libero: non sono infrequenti gite in autobus per visitare i dintorni (Reggia di Caserta oppure isole, Costiera amalfitana), le principali città d'arte italiane e anche il Principato di Monaco.

Il rapporto delle comunità ucraine con gli spazi pubblici è tipico delle nazionalità dedite in prevalenza alle attività domestiche: piazze e giardini sono spesso punti di incontro periodici per donne che hanno, di solito, il giovedì e la domenica liberi. Per restare alla sola realtà del capoluogo partenopeo, la Villa Comunale, il Centro Direzionale, Piazza Plebiscito e le

aree antistanti le chiese maggiormente frequentate rappresentano dei punti di riferimento simbolici molto forti per le comunità ucraine.

L'uso più marcato degli spazi pubblici è sicuramente legato alla presenza del già citato mercato all'aperto che si teneva a Via Brin, dove il ruolo degli uomini appare più consistente. Si tratta di un appuntamento domenicale (come detto oggi trasferito a Ponticelli) che negli ultimi tempi aveva creato non poche tensioni tra gli Ucraini, essendo oggetto di interesse delle forze di pubblica sicurezza per gli scambi di merce contraffatta. Questa strada periferica e abbastanza isolata ha rappresentato a lungo la vera testa di ponte con la madrepatria: da qui partono e arrivano autobus carichi di merci provenienti dal tessuto dell'economia informale partenopea e destinati all'Ucraina o viceversa. Ma era anche il luogo di scambio di soldi, elettrodomestici, informazioni, giornali con la madrepatria. È sempre in questi luoghi transnazionali che il vero mercato del lavoro esercita il suo primo passaggio con l'incrocio tra offerta e domanda di prestazioni lavorative governate da intermediari napoletani e ucraini.

4. Il doppio disagio di essere donna e migrante

L'accesso ad un'abitazione e un lavoro stabile rappresentano i problemi principali della prima fase d'insediamento, anche quando si può disporre del sostegno di amici e parenti e di una promessa di lavoro concreta, ma può ripresentarsi in corrispondenza di un momento di crisi nella vita lavorativa e sociale delle persone assistite. Il rischio è piuttosto frequente per le assistenti familiari che prestano servizio 24 ore su 24, per le quali la morte dell'assistito coincide con la perdita del lavoro e dell'abitazione, oltre che con una rottura psicologicamente violenta di un rapporto affettivo su cui si è investito, sia per necessità, sia per un senso di umanità che prescinde da calcoli utilitaristici. In questi casi solo la possibilità di fare affidamento su una rete di sostegno articolata ed efficiente permette di non cadere in condizioni di disagio complessivo.

L'impossibilità pressoché totale di far riferimento a servizi che incrocino domanda-offerta di lavoro di cura e l'assenza di forme di sostegno nella delicata fase di passaggio fra la fine di un incarico e l'inizio di un altro, rende la ricerca di un nuovo lavoro un momento critico che pesa completamente sulle risorse individuali e il cui risultato non ha grossi margini di certezza.

Nella quotidianità lavorativa, le condizioni di difficoltà maggiore sono rappresentate, secondo le persone intervistate, dal mancato riconoscimento dell'importanza del ruolo ricoperto e dall'indifferenza percepita rispetto

ai bisogni d'affetto, di confronto, di scambio relazionale. Il malessere si manifesta quando le mansioni da svolgere diventano la frontiera ultima ed unica della propria identità, sia a causa di una semplice disattenzione o mancanza di tatto da parte del datore di lavoro o dell'assistito, sia quando la disattenzione è intenzionale e funzionale a stabilire una distanza inferiorizzante che rimarca le posizioni gerarchiche fra datore di lavoro e lavoratore.

Quanto emerge comunque in modo evidente dalle interviste è un'esperienza di sofferenza incarnata nella vita quotidiana, nelle difficoltà lavorative che segnano il corpo e nei conflitti talvolta sotterranei, talvolta espliciti, che caratterizzano il rapporto con il datore di lavoro e con l'assistito; nell'impossibilità di dedicare tempo ai bisogni di socialità; in una sofferenza latente e spesso lancinante per la lontananza dei familiari e nel senso di colpa causato dall'impossibilità di rispondere direttamente ai loro bisogni di cura, se non inviando denaro e merci, segno questo che marca allo stesso tempo l'unico aiuto possibile ed un'assenza incolmabile.

Bisogna sottolineare, inoltre, che il rapporto con la malattia appare come una rimozione: il malessere fisico, come quello psicologico, oltre ad essere una minaccia per il proprio progetto di vita, è prima di tutto un campanello d'allarme che va occultato agli occhi del datore di lavoro per evitare il rischio di un licenziamento. In sintesi, ammalarsi è un lusso di troppo, se non in pausa dal lavoro o durante le ferie, gli unici momenti in cui è di fatto possibile curarsi. Vi sono poi situazioni di disagio causate dalla mancanza di spazi o di oggetti adatti a restituire un valore simbolico positivo ai luoghi in cui si sviluppa la vita quotidiana: spesso l'abitazione, allo stesso tempo luogo di lavoro e luogo principe della vita privata della collaboratrice domestica, è la fonte primaria del senso di estraneità della stessa. In tal senso, l'aura di Napoli città accogliente e tollerante si configura come un luogo comune da sfatare.

Dall'indagine è emerso come le caratteristiche individuali delle singole lavoratrici risultino aspetti fondamentali nella definizione delle strutture di adattamento e di fronteggiamento del disagio psicosociale. Le traiettorie migratorie, come si sa, non rappresentano percorsi lineari di un progetto definito in partenza: le occasioni e gli incidenti creano percorsi diversi da quelli progettati. In ogni caso, la scelta di temporaneità e non radicamento nel contesto napoletano connota in prevalenza le tipologie di donne migranti che vivono e incarnano un forte disagio. Viceversa, le aspettative di partenza realistiche (con la consapevolezza – spesso rassegnata – dell'integrazione subalterna iniziale) e i progetti migratori che si indirizzano verso la stabilizzazione e il ricongiungimento nei luoghi di arrivo rappresentano

le traiettorie scandite da una migliore condizione di salute, al di là del capitale fisico di partenza. Nel campione di Ucraine intervistate i progetti di stabilizzazione sono molto rari, il loro vissuto è caratterizzato da una limitata percezione del proprio futuro: si riscontra in essa una forma di scarsa prospettiva che genera disagi psicosociali maggiori anche per le scarse opportunità di socializzazione che esse possono avere.

Se le funzioni di surroga della rete familiare rendono queste attività di assistenza strategiche per il quotidiano dei nuclei familiari datori di lavoro, probabilmente un rafforzamento delle pratiche di *counseling* psicologico per le lavoratrici sarebbe auspicabile così come, in generale, le dinamiche relazionali più flessibili con i medici, che dovrebbero diventare reali figure di riferimento³.

Le condizioni di disagio psicosociale sono trasversali all'universo dei lavoratori migranti e assumono caratteri differenti a seconda delle tipologie di attività ma anche a seconda della società di arrivo. Le contingenze di questi ultimi anni, che vedono l'Italia dibattersi con altri paesi europei in una crisi economica dagli effetti ancora incerti, non rappresentano un presupposto che lascia presagire una crescente attenzione a questi aspetti, ma se si vuole vedere persone e non braccia nei migranti non bisogna sottovalutarli. E ciò ancora di più nel caso delle donne ucraine, che vivono la delicata condizione di doppia discriminazione di genere e di passaporto, per cui strategie di sostegno di *agency* funzionali alla cura e alla valorizzazione appaiono ineludibili.

Bibliografia

- F. AMATO, *L'vov alle falde del Vesuvio: dalla diaspora ucraina alla territorializzazione nel napoletano*, in L. Viganoni (a cura di), *A Pasquale Coppola. Raccolta di scritti*, Vol. I, Roma, 2010, 353-367.
- F. AMATO, P. COPPOLA (a cura di), *Gli spazi insediativi degli stranieri nell'area metropolitana di Napoli*, Napoli, 2009.
- M. AMBROSINI, *La fatica di integrarsi. Immigrati e lavoro in Italia*, Bologna, 2001.
- M. AMBROSINI, S. MOLINA (a cura di), *Seconde generazioni. Un'introduzione al futuro dell'immigrazione in Italia*, Torino, 2004.
- N. AMMATURO, E. DE FILIPPO, S. STROZZA (a cura di), *La vita degli immigrati a Napoli e nei paesi vesuviani. Un'indagine empirica sull'integrazione*, Milano, 2010.
- J. ANDALL, *Gender, Migration and Domestic Service. The politics of black women in Italy*, Chippeham, 2000.

3 Si tratta di una rigidità e una freddezza da parte dei medici segnalata da quasi tutti i migranti oggetto della ricerca (Synergia, 2009).

- T. CAPONIO, A. COLOMBO (a cura di), *Migrazioni globali, integrazioni locali*, Bologna, 2004.
- CARITAS/MIGRANTES, *Dossier statistico Immigrazione*, 20° rapporto, Roma, 2010.
- P. CARLETTI, *La tutela della salute della popolazione immigrata: il lavoro delle Regioni e delle Province autonome*, Roma, 2011.
- CENTRO DI CITTADINANZA SOCIALE PER IMMIGRATI, *Analisi dei bisogni degli immigrati nella città di Napoli*, Comune di Napoli, 2003.
- CESPI, *Madri migranti. Le migrazioni di cura dalla Romania e dall'Ucraina in Italia: percorsi e impatto sui paesi di origine*, febbraio, WP n. 34, 2007.
- A. COLOMBO, G. SCIORTINO (a cura di), *Gli immigrati in Italia*, Bologna, 2004.
- F. DECIMO, G. SCIORTINO (a cura di), *Reti migranti*, Bologna, 2006.
- B. EHRENREICH, A. HOCHSCHILD RUSSEL (a cura di), *Donne globali. Tate, colf e badanti*, Milano, 2004.
- FONDAZIONE ISMU, *Sedicesimo Rapporto sulle migrazioni 2010*, Milano, 2011.
- A. MIRANDA, *Domestiche straniere e datrici di lavoro autoctone. Un incontro culturale asimmetrico*, *Studi e emigrazione*, n. 148, CSER, Roma, 2002.
- A. MIRANDA, *L'intégration au féminin. Pratiques et représentations en Italie*, in V. Ferry, P. Galloro, G. Noiriel (a cura di), *Vingt ans de discours sur l'intégration*, Paris, 2005, 271-281.
- L. NARE, *Ukrainian and Polish Domestic Workers in Naples – A Case of East-South Migration*, in www.migrationonline.cz/e-library, 2007.
- G. ORIENTALE CAPUTO (a cura di), *Gli immigrati in Campania. Evoluzione della presenza, inserimento lavorativo e processi di stabilizzazione*, Milano, 2007.
- A. PANE, S. STROZZA (a cura di), *Gli immigrati in Campania. Una difficile integrazione tra clandestinità e precarietà diffusa*, Torino, 2000.
- R. PARRENAS SALAZAR, *Servants of Globalization. Women, Immigration and Domestic Work*, Stanford University Press, 2001.
- P. PESSAR, S. MAHLER, *Transnational Migration: Bringing Gender*, in *International Migration Review*, v. 37, n. 3, 2003, 812-846
- D. RUSSO KRAUSS, *Geografie dell'immigrazione. Spazi multi-etnici nelle città: Italia, Campania, Napoli*, Napoli, 2005.
- S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, Milano, 2010 (ed. or. *Territory, authorities, rights*, 2008).
- C. SCHMOLL, *Une place marchande cosmopolite. Dynamiques migratoires et circulations commerciales à Naples*, thèse de doctorat, université Paris X – Nanterre, 2004.
- A. SPANÒ, A.M. ZACCARIA, *Il mercato delle collaborazioni domestiche a Napoli: il caso delle ucraine e delle polacche*, in M. La Rosa, L. Zanfrini, *Percorsi migratori tra reti etniche, istituzioni e mercato del lavoro*, Milano, 2003, 193-224.
- SYNERGIA, *La salute psicosociale delle lavoratrici e dei lavoratori stranieri, equilibri fragili e rischi di esclusione sociale. Indagine nazionale*. Report di ricerca, 2009.
- S. WEBER, *Exploring some east-west migrants networks and their distant local dynamics. Ukrainian, Polish and Romanian Migrant in Rome*, in F. Baganha, *New Waves: Migration from Eastern to Southern Europe*, Lisbona, 2004, 41-70.

Laura Tricomi

LA TUTELA DEI MINORI IMMIGRATI: L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO NELLE SENTENZE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Nell'ambito del tema "La tutela della salute degli immigrati", oggi all'esame, trova un suo spazio limitato, ma significativo, quello relativo ai minori immigrati, o figli di immigrati nati in territorio italiano.

La disciplina sul punto è dettata dall'art.31 del d.lgs.n.286 del 1998 (T.U. sull'immigrazione), rubricato "Disposizioni a favore di minori", ed in particolare dal comma 3 che così recita :

"...Il Tribunale per i minorenni per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico. L'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia...".

Come è evidente questa norma, che si fonda anche sul principio di tutela del nucleo familiare, consente un significativo ampliamento dei diritti connessi alla tutela della salute del minore che si trova nel territorio italiano, tanto da prevalere sulle norme in tema di immigrazione irregolare e da consentire una deroga temporanea alle stesse a favore di un soggetto - il familiare del minore - diverso da quello la cui salute è direttamente tutelata.

Al familiare infatti può essere consentito, a determinate condizioni rimesse al vaglio dal Tribunale dei Minorenni, di entrare o di permanere sul territorio italiano, sia pure per un periodo di tempo determinato, anche quando sia stato emesso nei suoi confronti un provvedimento di espulsione.

Risulta importante sottolineare l'attribuzione all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, in particolare a quella minorile, della competenza alla concreta applicazione della disciplina in esame, che attiene pertanto al riconoscimento ed all'esercizio di un diritto soggettivo pieno.

L'applicazione della norma è consentita in presenza di specifici presupposti consistenti in "gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore". Tuttavia, se dalla lettura della norma appaiono ben chiari gli intenti perseguiti dal legislatore, in piena coerenza con i principi nazionali e sovranazionali posti a tutela delle dignità umana, dell'unità familiare e dei minori, non può sfuggire la complessità dell'accertamento, in concreto rimesso ai Tribunali per i Minorenni, in ordine alla sussistenza dei presupposti e alla connessa valutazione di gravità.

Non sorprende quindi che, in merito a tale valutazione, si siano manifestati nel corso degli anni due orientamenti giurisprudenziali diversi sui quali hanno fatto il punto le SS UU civili della Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 21799 del 25 ottobre 2010.

Un primo orientamento, maggioritario e più restrittivo, aveva affermato che "Ai fini dell'autorizzazione temporanea all'ingresso od alla permanenza del familiare straniero del minore che si trovi nel territorio italiano, le condizioni previste nell'art. 31 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, consistenti nei gravi motivi connessi allo sviluppo-psico fisico del minore stesso, tenuto conto delle condizioni di salute e di età, sono positivamente riscontrabili solo quando sia accertata l'esistenza di una situazione d'emergenza, rappresentata come conseguenza della mancanza o dell'allontanamento improvviso del genitore, a carattere eccezionale o contingente, che ponga in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore, mentre non possono essere ravvisate nelle ordinarie necessità di accompagnarne il processo d'integrazione ed il percorso educativo, formativo e scolastico, trattandosi di esigenze incompatibili con la natura temporanea ed eccezionale dell'autorizzazione, che viene concessa in deroga all'ordinario regime giuridico dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri." (da ultimo C. Cass., Sez. 1 sentenza n. 5856 del 10 marzo 2010).

L'altro orientamento, maturato più recentemente, minoritario ma sensibilmente più vicino alle posizioni assunte dalla dottrina sul punto, aveva invece ampliato in via interpretativa l'ambito applicativo della norma, affermando "La temporanea autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del medesimo, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo essere connessa anche soltanto alla tenerissima età del minore, tenuto conto della grave compromissione all'equilibrio psico-fisico che determina in tale situazione l'allontanamento o la mancanza di uno dei ge-

nitori. (Nella fattispecie il minore aveva un'età inferiore all'anno di vita e l'autorizzazione ex art. 31 era stata richiesta dalla madre)" (C. Cass., Sez. I sentenza n. 22080 del 16 ottobre 2009).

Le Sezioni Unite della S.C., nel fare il punto su questi contrapposti orientamenti interpretativi, hanno ritenuto opportuno partire dal contesto normativo complessivo e dagli obblighi assunti in materia dall'Italia anche in campo internazionale, e sono giunte ad allontanarsi sensibilmente dalla interpretazione più restrittiva.

Nell'argomentare delle Sezioni Unite, prima di tutto, assumono rilievo il Patto sui diritti civili e politici del 1966, ratificato dall'Italia dalla legge n. 881 del 1977, e la Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla legge 176/1991 che, oltre a garantire il diritto all'unità familiare, ammettono la separazione dei genitori dai figli solo in casi eccezionali, affermando il principio del mantenimento del legame, anche fisico, tra genitori e figli.

Anche la direttiva n. 2003/86/Ce relativa al ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi terzi, recepita con d.lgs. 8 gennaio 2007 n. 5, ha predisposto una serie di misure per favorire l'integrazione e assicurare l'effettiva realizzazione dei rapporti familiari essenziali alla crescita del minore. Su tale atto si è pronunciata la Corte di giustizia nella sentenza del 27 giugno 2006 (causa C-540/03), con la quale ha stabilito che, nell'interpretare la nozione di integrazione, non specificata nella direttiva, gli Stati sono tenuti ad agire nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario e dei diritti fondamentali, come il rispetto alla vita familiare dell'extracomunitario e l'interesse del minore. Di conseguenza, anche se l'articolo 8 della direttiva autorizza gli Stati membri a derogare alle regole del ricongiungimento familiare, in relazione alle disposizioni sull'immigrazione, l'esercizio di questo potere discrezionale va comunque temperato con l'esigenza di consentire un insediamento stabile a contatto con i minori.

A ciò si aggiunge che l'aver reso vincolante, con il trattato di Lisbona, in vigore dal 1° dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rafforza una lettura a favore dei diritti umani dell'intero diritto Ue. Tanto più che la suddetta Carta, oltre a riconoscere il diritto al rispetto alla vita privata e familiare, riprendendo quanto stabilito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (articolo 8), introduce un'espressa previsione a tutela dei diritti dei minori. In particolare, l'articolo 24, oltre a garantire il diritto del minore a intrattenere in modo regolare «relazioni personali e contatti diretti con i due genitori», salvo nei casi in cui ciò sia contrario al suo interesse, dispone che in tutti gli atti relativi ai minori adottati da autorità pubbliche o istituzioni private «l'interesse del minore

deve essere considerato preminente». Questo punto, d'altra parte, è valorizzato anche negli atti interni in materia di immigrazione tant'è che lo stesso testo unico ha introdotto l'istituto del ricongiungimento familiare, ribadendo, all'articolo 28 del T.U. sull'immigrazione, il diritto all'unità familiare.

La norma oggetto di esame da parte della Corte di Cassazione, ossia l'articolo 31, s'inserisce in questo contesto di più ampia tutela dei minori, prevedendo una deroga all'applicazione della normativa in materia di immigrazione per il familiare del minore nei casi in cui si realizzino gravi motivi che spingono a ritenerne necessaria la presenza, anche se irregolare.

Si tratta - ha precisato la Suprema Corte - «di una norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri» destinata ad attuare in modo effettivo il preminente interesse del minore e ad evitare un pregiudizio dell'integrità fisica e psichica del bambino da valutare non solo all'attualità, ma anche in via prognostica.

Pertanto, una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 31, rispettosa altresì degli obblighi internazionali e dell'Unione europea, ha condotto i giudici di legittimità ad accantonare l'interpretazione restrittiva della norma.

Questo vuol dire che la sussistenza dei gravi motivi come condizione idonea a garantire la deroga di cui all'articolo 31 non va intesa come limitata a una situazione eccezionale, applicabile solo in casi di estremo pericolo per la salute del minore. La nozione di gravi motivi, infatti, ad avviso delle Sezioni Unite della Suprema Corte, comprende ogni «danno effettivo, concreto, percepibile e obiettivamente grave in considerazione dell'età» e delle condizioni psicofisiche del minore, che non deve essere sradicato dall'ambiente nel quale è vissuto. Né si può condividere una lettura tanto limitata che porti a far arretrare l'applicazione della deroga in tutti i casi in cui vi sia un provvedimento di espulsione del genitore irregolare. E invero, se si dovesse aderire a un'interpretazione che porti alla paralisi nell'applicazione dell'articolo 31 in tutti i casi in cui vi è un provvedimento di espulsione nei confronti di un genitore irregolare che ha commesso reati, si prescinderebbe da un'analisi caso per caso, imposta dalla necessità di tenere conto del preminente interesse del minore anche in prospettiva futura. Da un lato, quindi, va esclusa l'espulsione automatica, dall'altro lato la permanenza automatica in tutti i casi in cui l'irregolare abbia un minore sul territorio. Di qui l'obbligo di contemperare le diverse esigenze per non pregiudicare quelle di sicurezza nazionale, che trovano spazio anche nel diritto Ue.

È quindi di fondamentale importanza un accertamento caso per caso, che può anche condurre a un'inversione «della regola generale secondo cui il

figlio minore segue la condizione giuridica del genitore» se vi è la necessità di non privare il minore della figura del genitore e della sua pregressa vita familiare. L'accertamento effettivo della vita familiare del minore assume quindi un rilievo essenziale per non incorrere in una violazione della norma e per impedire che un'interruzione improvvisa pregiudichi il bambino non solo dal punto di vista fisico, ma anche psichico.

Quindi, nel caso esaminato, accertata l'assenza di indagini in questa direzione, la Suprema Corte ha annullato la pronuncia del giudice di merito, chiedendo il riesame del caso alla luce delle indicazioni tracciate, per una corretta lettura dell'articolo 31, stralciata da una situazione meramente emergenziale.

Il principio di diritto fissato ora dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la sentenza n. 21799/2010 è il seguente: "La temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore prevista dall'art.31 c. 3 T.U. immigrazione in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute collegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento dal familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Trattasi di situazioni di per sé non di lunga o indeterminabile durata, e non aventi tendenziale stabilità che pur non prestandosi ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, si concretano in eventi traumatici e non prevedibili della vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare".

Questo principio è stato ribadito dalla recente sentenza n.7516 del 31 marzo 2011 della Sezione I della Corte di Cassazione, che ha cassato con rinvio la decisione impugnata ed ha sottolineato la centralità della valutazione del giudice minorile, chiamato anche ad "accertare pregiudizialmente che la coesione familiare vi sia stata davvero e che nell'ambito di essa lo straniero richiedente abbia esercitato effettivamente a beneficio del figlio minore la propria funzione genitoriale, la cui improvvisa interruzione costituirebbe un nocumento irreversibile per il suo sviluppo psico-fisico; ovvero, se si tratta di minore in tenerissima età (significativamente considerata una variabile dalla norma), che sussista la sua idoneità effettiva ad occuparsi del minore, ad allevarlo in un ambiente familiare idoneo a garantirne la crescita, nonché a prendersi carico dei bisogni e dei problemi".

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

FEDELI E CITTADINI. IL RIFIUTO DEI TRATTAMENTI SANITARI PER MOTIVI RELIGIOSI NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO¹

I. Impostazione. Libertà, religione e ideologia costituzionale.

1. Il punto di partenza di questo lavoro² è che il costituzionalismo, così come lo conosciamo oggi, nasce durante l'Illuminismo e ha come punto di arrivo indeclinabile la capacità degli individui di autodeterminarsi liberamente all'interno di un quadro giuridico che si delinea nel momento stesso in cui gli stessi decidono di operare determinate scelte³ (Tzevtan Todorov). La libertà del costituzionalismo è una "strana libertà". È la libertà di poter sviluppare la nostra personalità come meglio crediamo, di perseguire le nostre inclinazioni nel modo che riteniamo opportuno, però è anche una libertà che nello spazio pubblico ha bisogno della Ragione (si parla, dunque, di una libertà ragionevole)⁴. Non ogni opzione cui la mia libertà mi conduce può considerarsi valida nello spazio pubblico. Posso dire che i gatti sono la miglior compagnia per gli esseri umani, ma non posso imporre che nella legge sulle locazioni urbane sia previsto l'obbligo di convivere

1 La traduzione dallo spagnolo del presente lavoro è a cura di Marina Salvetti.

2 La quintessenza dei miei dubbi si deve, in buona misura, a quelli dei miei colleghi e amici Miguel Azpitarte e Tomàs Requena. Grazie.

3 Idea che si è trasfusa mirabilmente in tutte le pagine de GALAXIA GUTEMBERG, *El espíritu de la Ilustración*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2008, esp. 16 e 38. Nello stesso senso, M. AINIS, *Laicità e Confessioni Religiose*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2007, <http://www.associazione-deicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200710/ainis.pdf>. Certamente, tale concezione offusca la soluzione giuridica a problemi che, da quest'ottica, erano inimmaginabili come la rinuncia di diritti, problema che inoltre è comune, e non a caso, con determinate forme di esercizio della libertà religiosa (in special modo, con la copertura del viso).

4 Da qui, il significato di libertà di espressione di J.S. Mill e in tutti coloro che hanno assunto a fondamento i suoi postulati (fino a giungere al pragmatismo nordamericano di Holmes e al suo famoso mercato delle idee che, in maniera esemplare, mantenne nel voto particolare in *Ambrams vs. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919). Sul pragmatismo cfr. L. MENAND, *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América*, Barcelona, 2002.

con i felini. Nello spazio pubblico posso solo far valere gli argomenti suscettibili di essere confrontati, che possono essere sottoposti a critica e che ben resistano alle sfide cui li sottopone il dibattito nello spazio pubblico. E questi argomenti devono consentire la propria sconfitta. Cioè, devono essere *ontologicamente* idonei a non essere adottati e ad aspettare la propria opportunità alla prossima occasione, allorquando i cittadini, all'interno di una democrazia, li adottino in alternativa. Strana libertà, dunque, che può iscriversi bene solo in un modello costituzionale che distingua con chiarezza il privato dal pubblico, che consideri il pubblico come uno scenario neutrale nel qual dirimere le differenze (non articoli di fede), in uno scenario laico che richieda l'intervento inclusivo di tutti, lasciando ai margini le convinzioni che li animano presso la propria sfera privata⁵. Certamente, il costituzionalismo vive di questa dicotomia tra pubblico e privato e del tentativo di farla valere. Distinguere tra emozione e ragione, tra sentimento e argomento è un compito che, sebbene non sia possibile portare a termine pienamente⁶, non bisogna mai smettere di perseguire.

2. Questa strana libertà del costituzionalismo appare, per definizione, in alcune delle classiche libertà concrete riconosciute agli individui dai testi costituzionali. Prendiamo ad esempio la libertà di pensiero. L'ambito di garanzia di questa libertà è assoluto, illimitato fintanto che non si manifesti⁷. Quando il pensiero esce dalla dimensione interiore in cui si è formato, le limitazioni sono necessarie per mantenere l'ordine pubblico

5 Ciò potrebbe condurci a porre la questione dei simboli nello spazio pubblico la cui funzione principale è quella di integrazione. Così inizia, evidenziandolo, il TC nella sentenza 34/2011, puntando in una direzione dalla quale subito devia: "Il nostro ragionamento deve partire dalla constatazione che è proprio di ciascun ente o istituzione adottare segni di identità che contribuiscano a dotarli di un carattere di integrazione verso l'interno e di riconoscibilità verso l'esterno, come la denominazione – elemento di individualizzazione per eccellenza –, ma, allo stesso tempo, gli emblemi, gli stemmi, le bandiere, gli inni, le allegorie, le divise, i lemmi, le commemorazioni e altri molteplici e di diversa natura, tra i quali possono trovarsi, eventualmente, i patronati, alla cui origine vi sono proprio quelle confessioni cristiane che credono nell'intercessione dei santi alla cui mediazione si affidano i membri di una certa collettività". FJ 4.

6 E chissà se ha addirittura senso che lo sia in termini assoluti. Le teorie non devono imprigionarsi nei loro stessi principi. A tale proposito sulla impossibilità di prescindere dai sentimenti nel modello penale, cfr. M. NUSSBAUM, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, Buenos Aires, 2006, Capítulo II, 33-88.

7 Cfr. G. CÁMARA VILLAR, en F. Balaguer Callejón (coord.), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, 2011, 121.

protetto dalla legge. Ancora: il nascere del pensiero e il suo trasformarsi in espressione permette di insistere di più su questo aspetto. La libertà di espressione si concepisce quasi come una estensione totale della libertà di pensiero quando le opinioni o i dati si muovono nell'ambito familiare. Nel circolo più intimo posso proferire ogni tipo di offesa (ovviamente non riferita a coloro che ne fanno parte) nella convinzione che quest'atto di sfogo personale, probabilmente molto positivo dal punto di vista della affermazione della mia personalità e dell'ordine di valori che mantengo e per i quali voglio essere riconosciuto "tra i miei", non forma parte del circuito pubblico, non arriva ad una comunità che non è tenuta a comprendere le mie imprecazioni verso terzi e che non terrà in conto elementi a mia difesa. L'imprecazione in privato è libertà; l'offesa in pubblico è un tentativo di sopraffazione del prossimo. In definitiva, non tutto ciò che dico nel mio ambito privato è comunicabile perché non abbiamo il diritto di imporre il nostro mondo agli altri, perché dobbiamo osservare somma cautela nel transito dal privato al pubblico al fine di preservare quest'ultimo come uno spazio sacro di neutralità, laicità e rispetto. Succede lo stesso con il modo con cui certe confessioni concepiscono la libertà religiosa? Certamente no. Un numero di fattori molto importanti e di diversa pregnanza agisce in modo che una parte dei soggetti destinatari della libertà religiosa neghi che la stessa sia espressione di quella difficoltà nel transito dal privato al pubblico che è consustanziale alle altre. Come approfondiremo nelle pagine che seguono, si prova a fondare il concetto di cooperazione tra Stato e confessioni religiose, non come la cooperazione propria dello Stato sociale che cerca di rimuovere le condizioni che non rendono possibile l'esercizio della libertà ai titolari della stessa, ma come una attitudine positiva dello Stato nei confronti del fenomeno religioso, in definitiva (e posto che il fenomeno religioso è un'astrazione se non si considerano le differenti confessioni), un'attitudine positiva con le confessioni con più fedeli.

3. Il primo fattore cui si ricorre per giustificare la peculiarità della libertà religiosa è la contingenza storica. Perché, effettivamente, non è una ragione ma una mera coincidenza storica (difatti potrebbe non essersi verificato il declino della civiltà dell'antica Grecia) che la cultura religiosa abbia dominato il discorso pubblico per una lunga parte del corso della umanità. Quando si pone l'argomento storico, lo si fa con l'obiettivo di unire il presente con il passato, ma occorre osservare che, con tutta evidenza, in molte occasioni il presente che abbiamo è una reazione contro il passato che avevamo e che vogliamo superare essendo stato la ragione di episodi cruenti. Senz'altro la religione cattolica fa parte della storia di alcune delle

nostre società, così come la posizione subordinata della donna o i monarchi despoti. Però appoggiare la presenza di simboli religiosi nello spazio pubblico sulla base della loro rilevanza storica è contraddittorio. Se ci sono per il loro carattere religioso ciò è in contrasto con i modelli costituzionali. Se ci sono per la loro rilevanza storica allora deve essere loro precluso così come è precluso a quei simboli che si pongono in contrasto con i valori che abbracciano i testi costituzionali⁸.

4. Però, seppure importante, l'argomento storico non è l'unico. La religione è tornata a rivestire, sul finire del XX secolo, un ruolo importante nel discorso pubblico. È riapparsa per occupare il vuoto lasciato dalla crisi delle ideologie e lo ha fatto con il suo carattere peculiare: quello di un sistema

8 Mentre lo avvertì chiaramente la Corte EDU nella sentenza del 3 novembre 2009 (detta Lautsi I) che determinò la incompatibilità con la CEDU della presenza dei crocefissi nelle scuole pubbliche italiane, la sentenza che emise la Grande Camera della medesima Corte l'8 marzo 2011 (Lautsi II) si rifece al margine di apprezzamento statale secondo il quale, è, in primo luogo, una facoltà degli Stati quella di perpetuare o meno una tradizione (§ 68) al fine di ammettere tale presenza. La forza dell'argomento storico e il modo con cui esso compromette erroneamente le soluzioni adottate si può vedere chiaramente nel Voto Particolare del giudice Bonanno, che non necessita ulteriore esegesi: "1.1 Un tribunale dei diritti umani non può lasciarsi sconfiggere da un Alzheimer storico. Non ha il diritto di disdegnare la continuità culturale della traiettoria di una nazione attraverso il tempo, né di dimenticare quello che nel corso dei secoli ha contribuito a modellare e definire il profilo di un popolo. Nessun tribunale sovranazionale deve sostituire con i suoi modelli etici le qualità che la storia ha impresso alla identità nazionale. Un tribunale dei diritti umani ha il compito di proteggere i diritti fondamentali, ma senza perdere mai di vista quanto segue «i costumi non sono capricci che passano. Evolvono col tempo, si solidificano attraverso la storia per costruire un cemento culturale. Si convertono in simboli estremamente importanti che definiscono la identità delle nazioni, le tribù, le religioni, gli individui.» JUSTIN MAROZZI, *The Man Who Invented History*, John Murray, 2009, 97.

1.2 Non si deve invitare un tribunale europeo a distruggere secoli di tradizione europea. Nessun tribunale, e certamente non questa Corte, deve rubare agli italiani una parte della loro personalità culturale.

1.3 Prima di unirci a qualunque crociata tendente a demonizzare il crocefisso, credo che sia necessario tornare a collocare in un giusto contesto storico la presenza di questo simbolo nelle scuole italiane. Molte – incluso la maggioranza – delle scuole, degli istituti, delle università e dei altri istituti di insegnamento italiani furono fondati, finanziati o gestiti dalla Chiesa, dai suoi membri o ramificazioni. Le grandi tappe della storia hanno fatto dell'educazione e del cristianesimo nozioni quasi intercambiabili; per tanto, la presenza del crocefisso nelle scuole italiane non può scioccare o sorprendere. Di fatto, sarebbe scioccante o sorprendente piuttosto la sua assenza".

chiuso e onnicomprensivo⁹. Conformemente al suo codice ontologico, si presenta come Verità rivelata, innanzi alla quale le strutture nate per gestire il contingente e il relativo (i Parlamenti, essenzialmente) non possono far altro che piegarsi. Le confessioni utilizzano argomentazioni in cui i termini definitivi non sono “cittadino”, “relativismo”, “contingenza”, “maggioranza”, “dibattito”, “errore”, “autodeterminazione”, “democrazia”, “libertà” o “eguaglianza”, bensì “fedele”, “pastore”, “verità”, “fede”, “rivelazione”, “peccato”. Dinanzi alla nozione di cittadinanza, caratterizzata, in democrazia, dalla inclusione di tutte le persone in un quadro costituzionale liberamente pattuito e periodicamente attualizzato in Parlamenti che decidono pubblicamente secondo la regola della maggioranza, le confessioni religiose sono al servizio di altri valori, senz’altro non pensati per servire società pluraliste. Effettivamente, la credenza religiosa si fonda su un insieme di comandamenti che costituiscono la regola di condotta di ogni fedele. Questi comandamenti deducono la propria forza dalla loro origine divina, cosa che li rende del tutto indiscutibili. Non si può dibattere sulla parola di Dio (in principio fu il Verbo) e sul peccato, cioè, la disobbedienza alla verità rivelata, bisogna combatterlo fino alla sua disfatta definitiva. Non ci sono valori relativi.

5. Da questo punto di vista, ben si comprende perché le confessioni religiose postulino un modello di libertà religiosa il cui contenuto va molto al di là della garanzia in base alla quale qualunque fedele o qualunque confessione può professare il proprio credo e si riconosce il diritto ad esprimerlo senza altri limiti che non siano i valori propri dell’ordinamento costituzionale. In principio, e nella misura in cui la libertà nacque per consentire la diversità di credo, la libertà religiosa si sposò alla perfezione col modello costituzionale, però, quando gli originari portatori della diversità diventarono la nuova maggioranza, reclamarono il potere di reprimere la eterodossia. Quanto detto può essere chiaramente comprovato se vediamo come i capi della libertà di culto durante la Riforma erano molto lontani dall’essere tolleranti nel senso moderno del termine. Il risultato della riforma fu la tolleranza, però quasi nessuno credeva in essa (da qui, Hobbes, con tanta intelligenza, pretendeva di confinare la coscienza all’ambito privato)¹⁰. Come accade in molte occa-

9 In questo senso e partendo correttamente da H. Kelsen, M. SALVETTI, *Riflessioni sul contenuto minimo del principio di laicità nell’Unione Europea*, in L. Chieffi (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Torino, 2009, 434-440.

10 Cfr. R. KOSELLECK, *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, Madrid, 2007, 37 ss. Ugualmente e con estrema chiarezza, RAWLS: “La

sioni, la consolidazione dei principi giuridici si produce nonostante la volontà di coloro che diedero luogo alle circostanze che li favorirono.

6. Da qui, l'idea che la nuova chiave di lettura per comprendere la libertà religiosa da parte delle confessioni religiose (in special modo quelle maggioritarie) non sia la separazione ma la cooperazione¹¹. Nel caso spagnolo, elevata la cooperazione a principio costituzionale, attraverso l'articolo 16.3 CE che la prevede (accompagnata da una menzione specifica alla Chiesa Cattolica), si è articolato un modello di libertà religiosa in cui tanto dal punto di vista delle fonti che lo regolano, come da quello delle norme che effettivamente queste fonti contengono, si riconosce la speciale posizione della credenza trascendente rispetto a quella che tale non è. In concreto, il modello spagnolo di libertà religiosa si ancora formalmente ad una serie di fonti in cui la sovraordinazione effettiva e quella giuridica non combaciano alla perfezione. Non in altro modo può considerarsi la priorità cronologica degli Accordi con la Santa Sede¹² celebrati formalmente il 3 gennaio del 1979 ma la cui discussione e il cui contenuto sono anteriori al giorno di entrata in vigore della Costituzione del 1978¹³. Tali Accordi hanno il carattere di trattati internazionali il che rende politicamente difficile la loro denuncia, sebbene la possibilità di impugnazione rimanga aperta come

Riforma ebbe enormi conseguenze. Quando una religione autoritaria, salvifica e espansionista come il cristianesimo medioevale si scinde, la conseguenza inevitabile è l'apparire, nel seno di una medesima società, di una religione autoritaria e salvifica rivale, differente dalla religione originale in alcuni aspetti, ma mostratasi per un buon periodo di tempo, nei suoi tratti centrali. Lutero e Calvino non erano meno dogmatici e intolleranti di quanto lo fosse stata la Chiesa Romana." Cfr., *Liberalismo politico*, Barcelona, 1996, 19.

- 11 In questo senso A. BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, Madrid, 2006, 435: "Quasi tutto il nostro *Diritto di libertà di credo* è imperniato sul citato principio; quanto di speciale ha oggi lo sviluppo normativo di libertà religiosa rispetto al regime comune delle libertà politiche va ricondotto nelle relazioni di cooperazione".
- 12 Si tratta dei seguenti: *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos*, *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos económicos*, *Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales*, *Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre la Asistencia Religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de Clérigos y Religiosos*.
- 13 Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Libertad religiosa, aconfesionalidad, laicismo y cooperación con las confesiones religiosas en la Europa del siglo XXI*, in *Estado y religión en la Europa del Siglo XXI. Actas de las XIII Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008, 64. Una nuova dimostrazione, d'altro canto, assieme con lo Stato autonomico, la Monarchia, il sistema elettorale, del fatto che l'idea di potere costituente assoluto non si accorda ma con la realtà.

conseguenza del potere che ha il Tribunale Costituzionale di dichiararli contrari alla nostra Norma fondamentale (cfr. la STC 38/2007)¹⁴. Ancora, e a margine del fatto che gli Accordi precedano la Costituzione stessa pretendendo di inclinare in un senso molto chiaro la portata dei suoi precetti, riscontriamo che si situano in un quadro giuridico già definito e che non risulta scalfito dalla posteriore Legge Organica sulla Libertà Religiosa¹⁵, che è quella richiamata dalla Costituzione al fine di sviluppare il contenuto del diritto (art. 81 della Costituzione). D'altra parte, quest'ultima contiene una consolazione di Pirro per le altre confessioni religiose: a quelle che reputa di "notoria stabilità" consente di porre in essere degli accordi con lo Stato che in seguito possono essere elevati a rango di legge¹⁶, elaborati, secondo una pratica che potrebbe definirsi incostituzionale, attraverso il procedimento di lettura unica, che consente di imbrigliare la possibilità di porre emendamenti da parte dei rappresentanti del corpo elettorale (nonché un diritto fondamentale ex articolo 23.1 CE.) Però, al di là della singolarità delle fonti (che non sono mai uno stratagemma dei giuristi ma una forma di distribuzione del potere tra i diversi gruppi sociali¹⁷) le norme che implementano l'ordinamento spagnolo suppongono una chiara posizione di privilegio a favore delle confessioni religiose come quella cattolica. In effetti, gli Accordi sulle questioni economiche e sull'educazione scolastica la pongono in una situazione privilegiata, in Spagna, per quel che concerne i due aspetti più importanti per consolidare il suo potere: le risorse economiche¹⁸ e la sua presenza nel sistema educativo¹⁹.

14 Così, dunque, in Spagna annoveriamo un regime pattizio tra due Stati per attuare un diritto che esercitano solo i fedeli cattolici, e la cui mancata realizzazione, senz'altro, comporterebbe, sulla base della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, la responsabilità internazionale di uno Stato aconfessionale.

15 Legge organica n. 7 del 5 luglio 1980 sulla libertà religiosa.

16 Cfr. criticamente J.M. PORRAS RAMÍREZ, *Libertad religiosa, laicidad y cooperación con las confesiones en el Estado democrático de derecho*, Madrid, 2006, 216-217. Attualmente, le confessioni religiose che hanno un accordo sono le seguenti: Federazione delle Entità Religiose Evangeliche di Spagna (FEREDE), Federazione delle Comunità israelite di Spagna (FCIE) e Commissione Islamica di Spagna (CIE).

17 Al riguardo F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho I*, Madrid, 1991.

18 Cfr. l'Articolo II dell'*Acuerdo sobre asuntos económicos*: "Lo Stato si impegna a collaborare con la Chiesa Cattolica nel conseguimento del suo adeguato mantenimento economico, con rispetto assoluto del principio di libertà religiosa".

19 Si tratta del discusso articolo II dell'*Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales*: "I piani educativi e i livelli di Educazione Prescolare, di Educazione Generale elementare (EGB) e di Scuola Superiore Unificata Polivalente (BUP) e Scuole di Formazione Professionale corrispondenti agli alunni delle medesime età inclu-

II. La disponibilità del proprio corpo. Autonomia o eteronomia?

1. Questo è il contesto in cui ci muoviamo, un contesto in cui la strana libertà alla quale ci siamo riferiti nei primi paragrafi vuole essere superata da un modello in cui la libertà di avere delle credenze consenta che queste, per il mero fatto di avere carattere religioso, occupino un ruolo definito e privilegiato del discorso pubblico. Però, la capacità totemica del concetto giuridico di cooperazione, la sua attitudine a forzare i principi di laicità e neutralità, non si ferma qui ed è in grado di espandersi quando giunge il momento di trovare soluzioni ad aspetti che per le confessioni sono particolarmente rilevanti al fine di soddisfare i propri principi fondamentali (o comandamenti). Faccio ora riferimento a quanto concerne l'inizio e il fine vita, in definitiva alle questioni relative alla disponibilità del proprio corpo. Tutte le confessioni sono particolarmente rigorose rispetto a quanto attiene alla capacità di ciascuno di disporre del proprio corpo. Posto che Dio è il creatore e l'uomo la sua creatura, fatta a sua immagine e somiglianza, la capacità di azione sul nostro supporto vitale implica qualcosa di simile alla sfida nei confronti del creatore, all'abbandono della teocrazia per la democrazia, della teologia per l'umanesimo. Aborto, eutanasia, trattamenti sanitari non possono essere questioni lasciate alla libertà individuale perché la libertà individuale, a questi effetti, non esiste. Il comportamento dei fedeli su questi aspetti deve conformarsi alle regole imposte da ciascuna religione. L'esempio dell'aborto è paradigmatico, il *leading case* che serve alle confessioni per misurare il grado di tollerabilità del potere civile. Lì dove si rispetta la dottrina sull'origine della vita umana, solo lì dove le istituzioni accettano di dare forma giuridica all'affermazione "ogni essere umano al momento del concepimento, riceve da Dio un'anima immortale e, con quella, si converte in immagine e somiglianza di Dio"²⁰, solo in tal caso la Chiesa non dovrà pretendere l'imposizione dei suoi valori sfidando

deranno l'insegnamento della religione cattolica in tutti i Centri di educazione, in condizioni equiparabili a *tutte le discipline fondamentali*". Sulle vicissitudini dell'insegnamento della religione, cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos*, in F. Balaguer Callejón (a cura di), *Derecho constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004.

- 20 Come recita la Dichiarazione per la protezione della vita redatta congiuntamente dal Consiglio della Chiesa Evangelica in Germania e dalla Conferenza Episcopale Tedesca nel 1989. N. HOERSTER, *La prohibición del aborto: presupuestos religiosos y consecuencias jurídico-políticas*, incluido en *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 2000, 218 y 219.

la maggioranza. La vita, in definitiva, non è una questione mondana, appartiene al sacro, dinanzi al quale decade ogni possibilità di azione da parte dei soggetti autonomi e responsabili. Nulla può la democrazia rispetto al trascendente.

2. L'esempio dell'aborto, tuttavia, non è l'unico. Possiamo vedere un altro caso chiaro in cui il credo delle confessioni si scontra con la maniera di intendere i valori e i principi costituzionali nel rifiuto di certi trattamenti sanitari per ragioni religiose. Qui ci scontriamo con un vero e proprio paradosso perché le confessioni impongono il rispetto di un canone laddove l'ordinamento ha come principio supremo l'autonomia del paziente. Eteronomia vs. Autonomia, come unico principio che può trarsi dal valore costituzionale della dignità umana²¹. Nel nostro ordinamento la libertà individuale del paziente è riconosciuta come elemento essenziale della neutralità perché la neutralità non è indifferenza bensì affermazione della sola sacralità²² dei diritti fondamentali. L'autonomia del paziente dà anche il nome alla legge che regola specificamente, nell'ordinamento spagnolo, l'ambito delle relazioni clinico - assistenziali la quale è, appunto, denominata legge n. 41,14 novembre 2001, regolatrice dell'autonomia del paziente e dei diritti e degli obblighi in materia di informazione e documentazione clinica. La principale manifestazione del principio di autonomia del paziente è quello chiamato consenso informato²³, che è un concetto

21 Cfr. la Convenzione del Consiglio d'Europa per la Protezione dei Diritti Umani e la Dignità dell'Essere Umano rispetto alle applicazioni della Biologia e della Medicina, ratificato dalla Spagna il 1 gennaio 2000.

22 E così anche con le dovute sfumature che non è il momento di esporre qui. Si pensi alle teorie che cercano di democratizzare pienamente il costituzionalismo assumendo che i diritti devono uscire da questo ambito quasi sacro, e per questo indiscutibile, per passare a formare in pieno parte del processo democratico di protezione e garanzia. Cfr., per tutti, J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, 1999 y R. BELLAMY, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, 2010. Inoltre, mi soffermo in maniera puntuale su questo dibattito in "Spain. The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental rights of the European Union on Spanish constitutional law: Make a virtue of necessity", in P. Popelier, C. Van De Heyning y P. Van Nuffel (a cura di), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Cambridge, 2011.

23 Contemplato per la prima volta nel nostro ordinamento nell'articolo 10 della Legge Generale sulla Sanità n. 14 del 25 aprile 1986. Mi sembra molto interessante che la legge 41/2001 ancori il consenso informato al principio di autonomia bypassando quello che avrebbe potuto essere il suo alveo, a priori, meno complicato: il diritto alla integrità fisica e psichica (così come segnala G. ARRUEGO, *El*

che implica l'obbligo (la cui inosservanza è scusabile solo quando il paziente non vuole accedere allo stesso o nei casi eccettuati dalla legge) per il medico di dare tutte le informazioni disponibili intorno alla salute (art. 4, legge 41/2002) affinché il paziente decida in forma libera e volontaria se accedere o meno al trattamento (art.8)²⁴, decisione che, inoltre, può essere revocata (art.8.5)²⁵. Da questo assetto giuridico emergono chiaramente

rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español, in Indret. Revista para el análisis del derecho, n. 2/2009, cfr. http://www.indret.com/pdf/620_es.pdf). Credo che tale opzione legislativa si inquadri nel proposito generale di concepire in maniera molto ampia il ventaglio di disponibilità sulle disposizioni vitali e di anticipare nuovi sviluppi. Entrambe le radici, il diritto alla integrità fisica e la capacità di autodeterminazione, figurano congiuntamente nel Fondamento giuridico 5 della recente sentenza del *Tribunal Constitucional* 37/2011. Cfr. "D'accordo con quanto esposto, possiamo avanzare che il consenso del paziente a qualsiasi intervento sulla sua persona è qualcosa di inerente, tra gli altri, al suo diritto fondamentale alla integrità fisica, alla facoltà che questo suppone di impedire ogni intervento non consentito sul proprio corpo, che non può essere limitata in modo ingiustificato in conseguenza di una malattia. Si tratta di una facoltà di autodeterminazione che legittima il paziente, nell'esercizio della sua volontà autonoma, a decidere liberamente sugli strumenti terapeutici e sui trattamenti che possono menomare la sua integrità, scegliendo tra le diverse possibilità, consentendo le pratiche o rifiutandole. Questa è proprio la manifestazione più importante dei diritti fondamentali che possono risultare violati da un intervento medico: quella di decidere liberamente tra consentire o meno il trattamento, possibilità che è stata ammessa dalla Corte EDU, anche quando potrebbe condurre a un risultato fatale (sent del 29 aprile 2002, caso *Pretty vs. UK*, § 63)" e, inoltre, da questo Tribunale Costituzionale, STC n. 154, del 18 luglio 2002 (RTC 2002, 154), F.J. 9". Una opinione negativa molto fondata a considerare la relazione necessaria tra consenso e diritto alla integrità fisica può vedersi in T. REQUENA LÓPEZ, *Sobre el «Derecho a la Vida»*, in *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 12, luglio-dicembre 2009, 327 ss.

- 24 Sono totalmente d'accordo con R. CHUECA quando sostiene che la questione non può risolversi in una mera facoltà individuale. Per dirlo con parole sue: "Per tutte queste ragioni, il rifiuto dei trattamenti sanitari non deve essere visto come una facoltà, ma come manifestazione di un nuovo spazio, che avanza fino al riconoscimento più generale del diritto all'autodeterminazione nell'ambito delle decisioni profondamente personali. E che include il diritto a proiettare l'idea della propria dignità nell'ultimo atto della esistenza individuale". R. CHUECA RODRÍGUEZ, *El marco constitucional del final de la propia vida*, in *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 85, gennaio-aprile 2009, 121.
- 25 Il consenso informato, così, formerebbe parte di una struttura di comunicazione teoricamente perfetta dal punto di vista della razionalità habermasiana. Solo prendere una decisione dopo aver soppesato i pro e i contro a partire da una informazione esaustiva somministrata da un esperto. Nello stesso senso, R. TRIVIÑO CABALLERO, *Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos*.

l'idea dell'autonomia, della libertà individuale e del diritto a decidere liberamente e volontariamente e, in tale prospettiva, si osserva una eccezione molto significativa all'obbligo di informare il paziente. Si tratta di quella chiamata dalla stessa legge "necessità terapeutica" che figura nel seguente modo nell'art. 5.4 della legge:

"Il diritto all'informazione sanitaria dei pazienti può essere limitato dall'esistenza accreditata di uno stato di necessità terapeutica. Si intenderà per necessità terapeutica la facoltà del medico di agire professionalmente senza informare prima il paziente quando, per ragioni obiettive, la conoscenza della propria situazione può pregiudicare la sua salute in modo grave. Ove si ravvisi tale eventualità, il medico darà prova documentata delle circostanze della storia clinica e comunicherà la sua decisione alle persone legate al paziente in virtù di rapporti familiari o di fatto".

3. Questa disposizione (la cui redazione, d'altro canto, non è molto corretta, posto che una necessità non può essere una facoltà bensì una situazione che permette l'esercizio di una facoltà) può essere intesa nel senso di salvaguardare la capacità autonoma di decisione che l'informazione deve consentire al paziente. Sebbene, infatti, la dizione letterale ci conduca alla conclusione che solo quando l'informazione peggiori in maniera grave la salute del paziente la si possa omettere, credo che debba essere un altro il senso che le si debba accordare. Dato che il maggior valore della legge è l'autonomia del paziente, l'aggravamento della sua situazione che possa derivare dalla conoscenza della stessa non può essere la circostanza da evitare a qualsiasi prezzo (e prezzo molto alto è la mancata comunicazione di dati cruciali per la conoscenza dello stato di salute). Piuttosto, a mio giudizio, la necessità della condotta omissiva sorge quando la conoscenza dell'informazione non aggiunge ulteriori capacità di giudizio autonomo ma fa sì che venga gravemente menomata la capacità di discernimento del paziente al fine di prendere liberamente, cioè autonomamente, le decisioni che gli si presentano. Ciò che occorre evitare è quel che possiamo definire offuscamento²⁶. Il medico misura le conseguenze della sua informazione e solo eccezionalmente potrà ometterla, ma non per proteggere la salute del paziente bensì per proteggere il diritto del paziente di decidere sulla sua salute, che è l'obiettivo della legge. In questo modo, possiamo vedere come il principio del consenso informato sia la perfetta estrinsecazione del principio dell'autonomia del paziente e che

A propósito de la STC 154/2002, in InDret. Revista para el análisis del Derecho, núm. 2/2010, 16 http://www.in-dret.com/pdf/760_es.pdf.

26 Definito dalla Ventiduesima edizione del Dizionario RAE come "oscurità della ragione che confonde le idee".

l'eccezione che si pone nell'art. 5.4 della legge non lo sovverte. Piuttosto esalta ciò che di libero e volontario deve avere tale consenso.

4. Così, dunque, vediamo la decisione sui trattamenti medici nella disponibilità del paziente e vediamo le confessioni religiose volersi porre come guide nella scelta di quest'ultimo. L'unica forma di conciliazione di entrambi gli elementi è che la decisione individuale che il paziente assume coincida con quella che la confessione prescrive ai suoi fedeli. In tal caso tutto va apparentemente per il verso giusto. L'ordinamento fa rispettare la volontà del paziente alla radice della quale c'è il credo che lo ha portato ad assumere quella decisione, tanto che sia quella di sottoporsi ad un determinato trattamento quanto che sia quella di rifiutarlo²⁷. Però, una così armonica situazione può avere luogo unicamente in determinati casi. Ad esempio, così come detto, si ha quando la volontà del paziente coincide con i dogmi della confessione. Se non c'è tale coincidenza si riaffaccia, da un lato, il contrasto tra i concetti di eteronomia e autonomia, dall'altro, l'asserzione da parte della confessione che la libertà individuale non può mescolarsi con le questioni divine. Che la vita, la morte, la sofferenza vadano molto al di là di ciò che l'essere umano può comprendere e che il disegno di Dio è l'unica risposta. Questo si è potuto osservare nel caso che in Spagna ha avuto luogo con la sospensione del supporto vitale di base alla signora Inmaculada Echevarría Martínez. Questa cittadina era affetta da una malattia muscolare irreversibile e chiese che le fosse staccata l'apparecchiatura di ventilazione meccanica. Ciò diede luogo a una contestazione molto intensa da parte della Chiesa Cattolica²⁸. Tale polemica, tuttavia, non riuscì ad impedire che la questione venisse sottoposta al vaglio del supremo organo consultivo della Comunità Autonoma dell'Andalusia: quest'ultimo²⁹ ritenne la pretesa conforme all'ordinamento giuridico³⁰ e, alla fine, la signora poté

27 Anche in questi casi non dovremmo dimenticare che sono rilevanti le ragioni che hanno condotto il paziente a prendere la decisione concreta perché possono essere indicative del grado di giudizio che può avere il paziente agli effetti dell'articolo 9.3 della legge 41/2002 che obbliga a concedere il consenso tramite rappresentante "a) quando il paziente non sia capace di prendere decisioni, a giudizio del medico responsabile dell'assistenza, o il suo stato fisico o psichico non gli permetta di farsi carico della sua situazione. Se il paziente manca del rappresentante legale, il consenso sarà prestato dalle persone a lui vincolate per ragioni familiari o di fatto".

28 La cui linea di difesa giuridica consistette essenzialmente nel presentare la questione nell'ottica dell'eutanasia. Cfr. in proposito la Editorial de la Revista *Andlisis digital* del 16/03/2007 (Cfr. <http://www.analisisdigital.com/Noticias/Noticia.asp?IDNodo=-4&IdAccion=2&Id=19572>).

29 *Dictamen* del 1 marzo 2007.

30 Costituito, inoltre, dalla legge 41/2002, dalla legge dell'Andalusia 2/1998 sulla salute.

mettere fine alla sua vita³¹. Il Consiglio, in definitiva, intese l'atto del distacco della ventilazione meccanica che manteneva in vita la paziente come una conseguenza dell'autonomia della stessa che conduceva a consentire la revoca del consenso già espresso al trattamento. Il contrasto tra l'affermazione di un principio basato sulla centralità dell'essere umano, sulla sua dignità come autonomo e capace di adottare decisioni, e le considerazioni di chi ritiene che non ci sia data altra alternativa che prostrarci innanzi ai disegni di un essere superiore è stato così risolto nell'unica maniera possibile in una democrazia.

5. Né c'è conflitto alcuno quando la persona che prende la decisione coincidente con quella della sua confessione è quella direttamente interessata al trattamento. Nei casi, invece, in cui l'ordinamento prevede che la decisione spetti ad altri soggetti (ad esempio, coloro che detengono la patria potestà) siamo innanzi, in senso ampio, a quattro volontà: quella della confessione cui appartengono gli interessati, quella di coloro chiamati dall'ordinamento ad agire per gli interessi del malato, quella propria, secondo i casi, del minore o dell'incapace, che deve essere tenuta in conto in misura proporzionale al grado di comprensione della situazione in cui si trova³², e quella dello Stato. In queste ipotesi l'interesse pubblico, cioè la tutela dei diritti, si pone senz'altro in senso risolutivo delle tensioni tra eteronomia e autonomia³³. Perché l'autonomia, in realtà, qui non esiste³⁴.

31 Altri casi recenti e molto rilevanti in questo contesto sono quelli che analizza R. CHUECA, *El marco constitucional del final de la propia vida*, cit.

32 Tale questione è affrontata in maniera straordinariamente complessa e inoperante nell'art. 9.3 della legge 41/2002. Così recita: "Si farà luogo al consenso per rappresentanza nei seguenti casi: c) Quando il paziente minore di età non sia capace intellettualmente né emozionalmente di comprendere la portata dell'intervento. In questo caso, il consenso verrà accordato dal rappresentante legale del minore dopo avere ascoltato la sua opinione se ha dodici anni compiuti. Quando si tratti di minori non incapaci né incapacitati, però emancipati o con sedici anni compiuti, non occorre prestare il consenso tramite rappresentanza. Tuttavia, in caso di grave rischio, secondo il criterio facoltativo, i genitori saranno informati e la loro opinione sarà tenuta in conto ai fini della decisione corrispondente". Cfr. M. LEÓN ALONSO, *La protección constitucional de la salud*, Madrid, 2010, 180-183.

33 In questa maniera può interpretarsi l'articolo 9.5 della legge 41/2002 che segnala: "La prestazione del consenso per rappresentanza sarà adeguata alle circostanze e proporzionata alle necessità da affrontare, sempre in favore del paziente e con rispetto della sua dignità personale.

Il paziente parteciperà nella misura possibile alle decisioni nel corso del processo sanitario".

34 Il fatto che l'art. 9, che prevede il consenso tramite rappresentanza, si inserisca nel Capitolo IV della legge, rubricato "Rispetto dell'autonomia del paziente", implica, a mio giudizio, che solo quando il paziente non è autonomo si può traslare

Non può averla colui il quale l'ordinamento non considera capace, e l'autonomia di chi decide è completa per quel che concerne le decisioni che lo riguardano in via esclusiva, ma non per quelle che attengono a terzi. La persona terza non decide per sé, decide per altri. Non si nega quella capacità di decidere per gli altri che l'ordinamento riconosce ma si osserva che questa decisione non è autonoma e include un bilanciamento che non viene in essere quando la decisione ricade sul proprio corpo. E questo collegamento spiega bene il senso di quanto detto all'inizio: la libertà, assoluta nell'ambito privato, deve essere ragionevole quando esce dalla nostra sfera intima. Qui ha un enorme peso la differenza tra le ragioni che conducono a prendere la decisioni da adottare. L'ordinamento non può far nulla affinché un soggetto che entra in un centro sanitario incapace di decidere autonomamente sul suo destino lo faccia, ma senz'altro deve intervenire quando ricade su un terzo la decisione intorno al rifiuto di un trattamento che può condurre alla morte. Posso immolare me stesso, ma non posso immolare i miei figli. Né le mie convinzioni, né la confessione religiosa cui appartengo (né, pertanto, la mia libertà religiosa) possono giustificare il rifiuto di un trattamento per mio figlio con grave rischio per la sua salute o la sua vita³⁵. In tale ottica è possibile esigere un comportamento in contrasto con le proprie convinzioni? Senza dubbio sì. Tutti, in molte occasioni, poniamo in essere azioni contrarie alle nostre convinzioni semplicemente perché le istanze della maggioranza politica si sono concretizzate in una legge³⁶. Le confessioni religiose devono abbracciare tale principio per inserirsi pienamente nel modello costituzionale. A volte, le leggi degli uomini si separano dalle leggi di Dio. Comprimerlo e comprendere che anche la libertà reli-

la decisione su un aspetto vitale a chi ha l'obbligo giuridico (non una facoltà, scusabile se concorrono altri fattori) di garantire per lui.

35 In questo senso, T. REQUENA, *Sobre el «Derecho a la Vida»*, cit., 330.

36 Va ricordato, a questi effetti, che ciò che si esprime nel testo è un postulato essenziale dello Stato di Diritto e che la cd. obiezione di coscienza ha, per definizione, un carattere assolutamente eccezionale in uno stato democratico. Nell'ordinamento costituzionale spagnolo si riconosce unicamente la obiezione di coscienza per il servizio militare e quella dei medici in relazione all'aborto così come di segnala nella STC 53/1985. È una manifesta evidenza di ciò che sostengo in queste pagine che la obiezione di coscienza sia stata una delle linee difensive delle confessioni nel loro intento di risposta giuridica alle innovazioni normative che hanno rifiutato nel tentativo di contrapporre una etica non religiosa ad aspetti come il matrimonio, la famiglia, le relazioni sessuali, l'origine e la fine della esistenza umana. Cfr. M. AINIS, *Laicità e Confessioni Religiose*, cit., 17. Cfr. anche il mio lavoro, *La libertad religiosa: los discursos del fiel y del ciudadano. Una aproximación desde la teoría constitucional*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 11, 2008, 50-53.

giosa è una di queste strane libertà permetterà il pieno sviluppo del modello costituzionale che l'ipertrofia del concetto di cooperazione attualmente non permette, quanto meno in Spagna.

6. Questo argomento, tuttavia, è agli antipodi rispetto a quello che utilizza il Tribunale Costituzionale spagnolo per risolvere una questione sorta prima della entrata in vigore della legge 41/2002. Nella STC 154/2002, in occasione di un *recurso de amparo* avocato dal Plenum, e senza un solo voto contrario, il Tribunale si occupa del caso di un minore di 13 anni appartenente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, morto a causa del rifiuto, da parte dei genitori, in primo luogo, e del minore stesso, in seconda battuta, di accettare una trasfusione sanguigna. Il *Tribunal* accorda la tutela di *amparo* ai genitori del minore al fine di ottenere l'assoluzione penale in relazione all'accusa di omicidio tramite omissione. La sentenza affronta la questione dal presupposto diametralmente opposto a quelli che si sono delineati in queste pagine. In particolare, tutta la pronuncia è permeata dal rifiuto di accettare che le credenze religiose siano comparabili con altre (e che di conseguenza la libertà religiosa si situi su un piano di eguaglianza con il resto delle libertà riconosciute dall'ordinamento giuridico). Così la sentenza, nel Fondamento giuridico 7, esordisce parlando della necessità di operare una ponderazione al fine di articolare una risposta costituzionale. Il primo passo è, dunque, allertare il lettore del fatto che siamo innanzi a dilemmi critici e aprire la strada a differenti risoluzioni. In realtà, a partire da qui, la soluzione cui il Tribunale giunge è diretta. Dopo aver affermato che la violenta reazione del minore ad opporsi alla trasfusione "rivela chiaramente che in quel caso c'erano delle *convinzioni* e una *coscienza*³⁷ nella decisione da lui adottata che, senza dubbio, non *potevano* essere ignorate" (il corsivo è di chi scrive) dai suoi genitori (FJ 10), conclude che "la espressa pretesa da parte dei genitori di un comportamento dissuasivo o che fosse permissivo della trasfusione, una volta abilitati senza riserve all'esercizio dell'azione tutelare del potere pubblico per la protezione del minore, contraddice nella sua essenza il diritto alla libertà religiosa andando oltre il dovere che era da loro esigibile in virtù

37 Come se convinzioni e coscienza fossero espressioni completamente sinonimiche. Inoltre, si potrebbe inferire che il rifiuto virulento di una trasfusione da parte di un minore, mettendo a rischio la sua vita sulla base che tale trattamento sanitario sia proibito dai suoi testi sacri, potrebbe interpretarsi come una perdita di coscienza che con la legge della autonomia del paziente abiliterebbe i medici a non comunicare l'informazione rilevante in accordo con quanto segnalato a proposito dell'art. 5.4 della legge 41/2002.

della speciale posizione giuridica rispetto al figlio minore. In tal senso, e nel presente caso, la condizione di garante dei genitori non si estendeva al compimento di tali pretese.”³⁸ In altre parole, nella risposta che il Tribunale Costituzionale dà ad una questione in cui un minore rifiuta un trattamento medico, sono determinanti le ragioni che si adducono. Dal momento che la convinzione è di carattere religioso, restano nella penombra le domande corrette che sono e non potrebbero che essere: l’ordinamento riconosce ad un minore di 13 anni l’autonomia di decidere su un trattamento dal quale dipende la sua vita? Dispone della sua vita chi non dispone della facoltà di contrarre matrimonio, chi non può votare? Coloro che detengono la patria potestà su un minore possono anteporre le proprie convinzioni religiose al compimento del dovere di curarsi della vita e della salute del minore stesso? Non è esigibile il tentativo di dissuasione del minore ad adottare una decisione che lo può condurre alla morte?³⁹ Porre enfasi sulla libertà di religione offusca chiaramente le risposte. Senz’altro il minore ha il diritto alla sua libertà religiosa, ma mai tale diritto gli permetterà di includere, nell’esercizio della stessa, un diritto che il nostro ordinamento non riconosce: il diritto a porre fine alla sua vita nell’utilizzo di una autonomia che solo la continuazione della vita gli consentirà di acquisire. D’altra parte, quando l’ordinamento riconosce ai genitori la capacità di decidere, tale facoltà non può considerarsi un modo di esercizio della libertà religiosa che li abiliti a porre in essere azioni conformi alle loro convinzioni. L’ordinamento trasla la facoltà di prendere una decisione ragionevole e ciò perché le conseguenze della mancanza di ragionevolezza propria o altrui sono molto differenti⁴⁰. La sentenza criticata così come argomentata introduce,

38 FJ 15.

39 In special modo, la risposta negativa a quest’ultima domanda (che è quella che dà il *Tribunal Constitucional* nel FJ 15) mostra una gerarchizzazione tra i diritti incompatibile con l’ordinamento costituzionale, la quale fa primeggiare il rispetto del credo religioso anche sulla vita, non la propria, ma di chi dipende dalla decisione altrui.

40 Certamente il compito che potrebbe rivestire la libertà religiosa in questo ambito è unicamente quello di operare come una circostanza idonea, nel suo caso, a modificare o attenuare la responsabilità penale (in questo senso la sentenza del Tribunale Supremo del 27 marzo del 1990 intorno alla valutazione dell’attenuante dello stato passionale nel caso di una persona appartenente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova che fu condannata come autore di un omicidio con dolo eventuale per aver sottratto la flebo ad una paziente gravemente ferita la quale necessitava una trasfusione). Nel considerare, come fa il *Tribunal Constitucional*, che situa nell’ambito legittimo della libertà religiosa quel fedele che non tenta di dissuadere il figlio affinché accetti la trasfusione che gli salverà la vita, e stimare che questa condotta è significativa di uno stato di accecamento o stato passionale

nella questione, una complessità del tutto inopportuna e incoraggia le più gravi speculazioni rispetto a quel che può accadere in casi similari⁴¹.

che permette di attenuare la responsabilità penale (che è quel che fa, correttamente a mio giudizio, il Tribunale supremo nella sentenza 27 giugno del 1997), c'è l'enorme spazio che divide due continenti. L'uno dà libero ingresso all'irruzione della irrazionalità e della fede, sovvertendo l'ordine proprio del sistema costituzionale: autonomia, prima, vita, poi, per le persone giuridicamente capaci; vita, prima, autonomia, dopo, per coloro che stanno per diventare capaci. Il secondo continente è la terra dello Stato laico, della ragione pubblica

41 In proposito, M. PULIDO QUECEDO segnala, al termine del suo articolo *Libertad religiosa y los límites constitucionales de las creencias religiosas*: "La soluzione del presente caso, comprensibile dalla sensibilità umana, che guarda al TC come garante ultimo dei diritti fondamentali, non dà risposta, a mio avviso, alla questione centrale del controllo del dogma delle religioni, insita nel contenuto della libertà religiosa. Sarebbe la stessa la risposta del TC rispetto alla libertà religiosa se una bambina morisse in seguito alla escissione del clitoride sulla quale l'interessata, minore, e i genitori avessero consentito perché così postulano le sue credenze o la religione che praticano? Cfr. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 12/2002.

LA SALUTE DEL MALATO MENTALE

CARMINE DONISI

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE

In apertura di questa impegnativa Sessione, desidero ringraziare per la gentile ospitalità il Rettore Lida Viganoni e il Preside Amneris Roselli. Un affettuoso ringraziamento e i piú vivi complimenti esprimo poi ai colleghi che hanno organizzato questo incontro di studio, in particolare il Direttore del CIRB Lorenzo Chieffi e Gina Melillo. Incontro, che costituisce l'ideale prosieguo e la concreta attuazione del disegno concepito dagli amici Chieffi e Giustiniani.

Davvero eloquente è, al riguardo, il recentissimo volume incluso nei "Quaderni" del CIRB (N. 6) dal titolo *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*. Ed ancor piú indicativa risulta la *Premessa* dei curatori (per l'appunto, Chieffi e Giustiniani) intitolata *Dalla bioetica delle tecnologie avanzate alla bioetica quotidiana*, di cui il secondo paragrafo è in perfetta sintonia con la nostra Sessione (*Questioni di bioetica quotidiana a 30 anni dalla legge Basaglia*).

Polarizzando ora l'attenzione sul tema oggetto dell'incontro di questa mattina – «La salute del malato mentale» – posso dirvi che non appena ho iniziato a documentarmi su di esso, non ho tardato ad acquisire una duplice consapevolezza:

- 1) che la malattia mentale, fra la vastissima costellazione delle patologie a cui è esposta la persona, è la piú complessa, la piú insidiosa e, per ciò stesso, la piú difficile da trattare;
- 2) che, correlativamente, la Psichiatria è il ramo delle scienze mediche tra le piú ostiche, le piú impegnative e le piú difficili da gestire.

Quanto alla malattia mentale, oltre che per la sua intrinseca complessità, essa assume particolare rilievo anche sotto il profilo quantitativo. In proposito vorrei richiamare qualche dato (della cui esattezza, naturalmente, non posso rispondere): l'O.M.S. ha calcolato che attualmente nel mondo le persone che soffrono di disturbi mentali ammontano a circa 450 milioni e che ogni anno circa 1 milione di questo tipo di pazienti si toglie la vita.

Bisognosi di attenta riflessione sono anche alcuni dati relativi all'Europa, dove le patologie attinenti all'area psichiatrica costituiscono il 20% del totale

delle malattie. E sempre in Europa, anche nei Paesi provvisti di un sistema sanitario sviluppato, ben oltre il 40% delle persone affette da malattie mentali non è sottoposto ad alcuna terapia. Ed ancora nel continente europeo si è accertato che i disturbi psichici rappresentano la prima causa di disabilità.

Quanto all'Italia, con specifico riguardo alla nostra regione, dal *Dossier* preparato dall'ARSAN (Agenzia Regionale per la Sanità) è risultato che nello scorso anno si sono verificati ben oltre 18.000 ricoveri per motivi psichiatrici, a fronte di un comparto ancora in attesa di un adeguato potenziamento delle strutture pubbliche. Basti pensare che i posti letto ospedalieri a disposizione di tutti i Dipartimenti di Salute Mentale della Campania sono 175, laddove il Piano ospedaliero di settore ne prevedeva 588, dunque ben 413 in più; con l'inevitabile conseguenza che la Regione ha dovuto affrontare una spesa di circa 4 milioni di Euro per oltre 2500 ricoveri effettuati fuori dalla Campania.

In ordine poi alla Psichiatria, l'estrema delicatezza di quest'area della galassia delle specialità mediche è ascrivibile a molteplici fattori; uno dei quali, e non certo marginale, si suole rinvenire nella "rivoluzione copernicana" originata dalla famosa legge Basaglia (n. 180 del 1978), intorno alla quale le polemiche sono ben distanti dal placarsi, nonostante siano trascorsi più di 30 anni dalla sua emanazione. Basti citare qualche titolo di articoli apparsi sulla stampa anche di recente: «Congresso di Psichiatria democratica: la 180 non si tocca!»; «La legge Basaglia?: non regge più»; «È indifferibile la riforma della legge 180!».

Oltre a questo rigido contrasto di posizioni – che non giova di certo al ponderato sviluppo della scienza e della pratica psichiatrica nel prioritario interesse dei pazienti – un altro ed ancor più significativo punto di emersione della complessità di questo ramo del sapere medico emerge dai temi oggetto dei Congressi organizzati dalle varie associazioni in cui confluiscono gli psichiatri.

Fra questi temi – per la verità, tutti di notevole spessore culturale e scientifico – davvero emblematico, a me profano, è apparso quello oggetto del 12° Congresso della SOPSI (Società Italiana di Psicopatologia): «Psichiatria: le domande senza ancora una risposta». Titolo che, pur nella sua lapidarietà, mostra onestà intellettuale ed umiltà; caratteri, questi, che connotano e devono connotare gli uomini di scienza.

Dopo l'attenta ed interessante lettura della *Presentazione* del Congresso, ho provato a sintetizzare nel modo seguente i numerosi e cruciali interrogativi in attesa di risposta:

- Qual è e quale dev'essere il rapporto tra clinica psichiatrica e neuroscienze?

- Come e quando si potrà fare un po' di luce nell'ampia "zona oscura" dei rapporti tra *mente* e *cervello*?
- Quando la ricerca offrirà agli psichiatri farmaci relativamente innovativi?
- Si giungerà a breve ad ottenere un "modello esplicativo globale" dei disturbi d'interesse psichiatrico, frutto dell'integrazione dei dati biologici, intrapsichici e relazionali?
- Infine (e si tratta del quesito ancor piú pregnante), i disturbi della psiche sono gli inevitabili "effetti collaterali" dell'evoluzione e del progresso sociale della specie umana e, nell'affermativa, come potrebbero essere evitati?

Domande, queste, come ho già detto, di particolare impegno e di estremo interesse per le loro innumerevoli implicazioni anche di natura bioetica. Mi permetterei allora di auspicare che almeno su qualcuno di questi interrogativi gli autorevoli Relatori ci forniscano qualche lume, compatibilmente, è ovvio, con il tempo disponibile e soprattutto con il "taglio" impresso ai loro contributi.

Infine – e qui assumo la veste che mi è propria, anche se non sempre comoda, cioè quella del giurista – un ulteriore e nient'affatto marginale coefficiente di difficoltà, nell'espletamento del delicatissimo lavoro dello psichiatra, si rinviene nell'impatto "traumatico" con la giustizia, in particolare con quella penale.

Al riguardo, a dir poco clamorose sono state le reazioni di alcuni rappresentanti di questa categoria professionale nei riguardi della sentenza della Corte di Cassazione emessa nel novembre dello scorso anno, che ha confermato la condanna di uno psichiatra per omicidio colposo a causa dell'uccisione di una persona ad opera di un paziente affidato alle sue cure ed affetto da schizofrenia grave. A questo proposito mi limito a citare il titolo di un articolo di giornale («La sentenza è un attacco alla legge Basaglia») ed alcune dichiarazioni attribuite allo psichiatra coinvolto («Condannate me? No, signori, senza volerlo voi condannate la legge 180, la Riforma Basaglia, un'intera stagione della psichiatria italiana»; «di piú, state condannando la libertà del medico di curare un paziente come meglio ritiene»).

Per fortuna abbiamo stamattina fra i nostri Relatori un accreditato studioso di Scienze penalistiche, per cui, se vorrà, potrà illuminarci adeguatamente sul contenuto della sentenza della Cassazione; sentenza di estrema delicatezza perché, se non rettammente intesa, potrebbe essere causa di inquietanti "derive operative", come, ad esempio, quella di cedere alla tentazione di introdurre anche nel settore psichiatrico pratiche di medicina c.d. difensiva.

Giunto a questo punto, ometto altre considerazioni che pure avrei desiderato esporre e – scusandomi vivamente per aver abusato del mio ruolo di presidente – cedo la parola ai protagonisti di questa ardua ma affascinante Sessione.

MARIAPAOLA FIMIANI

LA FOLLIA. PER UNA LOGICA DELL'OSSIMORO

1. Le analisi di Michel Foucault sulle pratiche di reclusione, di disciplinamento e di controllo della follia - dalle forme di repressione manicomiale a quelle di addolcimento, lenimento o "trattamento morale" del disagio - hanno accompagnato le più ampie questioni dell'intreccio tra il sapere e il potere e hanno sollecitato, fin dagli anni Settanta, interessi e discussioni in ambiti specialistici, in particolare in aree di competenza giuridica e psicopatologico-psichiatrica.

Credo che possa essere utile, da una prospettiva filosofica, indicare qualche spunto di riflessione spostato su orizzonti più generali, su temi di carattere teorico ma non per questo meno sensibili agli interrogativi frequenti dell'attualità.

Che cosa, ad esempio, si debba intendere per *differenza singolare* è una questione che ha dominato la riflessione del Novecento e che ha indicato nella filosofia della differenza, della decostruzione, del post-umanismo, una linea di pensiero prevalente ed ambigua, che sollecita ancora, agli inizi del nuovo Millennio, l'attivazione di una critica e un'adeguata sospensione di giudizio. Non è, perciò, di poco interesse provare a capire come il problema del nesso verità-potere si misuri con un ripensamento della nozione di singolarità.

Quali siano le origini e i destini dei sistemi di verità e dei dispositivi di potere è un interrogativo che, per Foucault, non può evitare di disporsi nel contesto di una domanda sullo statuto e sulla condizione dell'esistenza singolare, più in generale sul senso dell'evento, dell'enunciato e della forza. Nei testi dei primi anni Sessanta - nelle premesse, cioè, alle analisi che seguiranno sull'intreccio tra la verità e il potere - la *singolarità* in quanto tale si fa presente sulla scena della sofferenza, della follia e della malattia.

Per poter intendere lo spessore della convergenza tra singolarità e follia è opportuno aggiungere, preliminarmente, che, nel discorso foucaultiano, sembra profilarsi una novità d'uso del pensare, la prova di un superamento decisivo della logiche acquisite, della logica dell'identità e della logica del-

la contraddizione, nella pratica, di fatto, di una nuova logica, che potrebbe dirsi *logica dell'ossimoro*, la prova di un uso ossimorico del concetto.

Che cosa vuol dire che un concetto esprime un ossimoro? L'ossimoro è una figura retorica adatta, in qualche senso, a valorizzare il conflitto, riproponendolo, diversamente dall'identità che lo nega e dalla dialettica che lo immobilizza, nella forma di un conflitto dinamico e momentaneo, perché interdice certamente l'autoriferimento della determinazione identitaria ma anche la polarità dissociativa e/o la triadicità ricompositiva. In altri termini, la figura dell'ossimoro va distinta da quella dell'antitesi. L'antitesi è del tutto interna alla logica dialettica. La dialettica propone un concetto, la tesi, che acquista forza dalla disposizione simmetrica del suo contrario, l'antitesi. Al primo termine fa da contrasto un secondo termine, che rafforza la scissione e la denota come definibile e fondamentale. Per questo lo scontro tra identità opposte e determinate si consuma nell'esercizio della reciproca negazione, della pura negatività distruttiva, o si risolve prospettando un terzo termine esterno, anch'esso identitario, dato come sintesi conciliativa. La figura dell'ossimoro contiene, invece, nella medesima locuzione, il paradosso della compresenza di significati contraddittori: non distingue e non separa i significati, piuttosto li coagula e li addensa, testimoniando un senso e una verità irriducibili alle definizioni. L'ossimoro – che potrebbe anche dirsi sdoppiamento, duplicazione, *redoublement*, ripetizione di un senso nel suo contrario (dal greco *oxùs*, acuto, furbo e *moròs*, stupido, ottuso; va detto anche che il significato del lemma *oxumoròs* è “acutamente folle”) – segnala non più la contrapposizione antitetica o dialettica, ma una forte ambiguità semantica, una unione ingegnosa di contrari, che si lega spesso anche al bisogno del più profondo, dell'inapparente e dell'indicibile.

L'ossimoro prova a dire, dunque, il dinamismo di una tensione, che resta estranea alla logica identitaria, sia essa analitica che dialettica, una tensione, perciò, prodotta da elementi scomposti di una trama mobilissima e trasformativa. Sicchè, più in generale, la ricerca ossimorica non intende determinare o negare, ma descrivere e sollecitare quel conflitto che è solo il quadro momentaneo di una “mobilità generale”. Foucault chiamerà “mobilità generale” lo spazio della storia, associato, come dirò, proprio alla scena della malattia e dell'attitudine diagnostica.

È questo speciale uso ossimorico del concetto di follia e di malattia - e non solo (vedremo come questo riguardi anche i concetti di esperienza e di cura) - che segnala, in Foucault, un approfondimento decisivo della nozione di differenziale e di singolare, un approfondimento adatto a produrre certamente lo spostamento dalla logica analitica e dialettica, ma anche e soprattutto la distanza dal trionfalismo della decostruzione e della

dissolvenza. Dalla prospettiva di una logica dell'ossimoro, la differenza singolare saprà dire, infatti, non tanto la "ripetizione differente" o la vibrazione fluente di un flusso e il miracolismo di un tempo storico assimilato all'immediatezza dell'evento che accade, quanto il volume denso e difficile dell'unità e del molteplice, del sistema e dell'evento, dell'occupazione e della liberazione, e, per questo, la stratificazione geologica di campi tanto complicati e scomposti quanto conflittuali.

Ma che cosa vuol dire l'ossimoro della follia? Che cosa vuol dire l'ossimoro della malattia?

Fare un uso ossimorico della follia vuol dire assegnare al suo concetto un addensamento significativo che non accetta di dissociarsi nell'antitesi tra il trasgressivo e il disciplinato, tra la forza dirompente e la normalizzazione. Vuol dire, piuttosto, lasciar intravedere nel concetto di follia, come dirò, la complessità intrecciata del contrasto, una complessità che, interna alla storia della modernità occidentale, riattiva una forza mobilitante, e non meramente sottrattiva, nei confronti dell'effetto identitario dei saperi e dei poteri.

2. Nella *Prefazione* del 1960 alla prima edizione della *Storia della follia* – un testo poi omesso nella seconda edizione del 1972 –¹ Foucault scrive che la follia è "esperienza indifferenziata" della sragione-ragione, è "esperienza, non ancora scissa, della scissura stessa".² In tal senso essa è, potremmo aggiungere, voce di una *scissura ossimorica*, originaria e fondativa, dove sragione e ragione si tengono in una tensione irrinunciabile.

Ma nel testo del '60 si legge anche: la follia è una sorta di "grado zero" della storia. La storia stessa "non é possibile se non si basa su un'assenza di storia", su quell'"oscura regione" che è "sabbia percorsa e subito dimenticata", "parola" che "non è linguaggio", "gesto" che "non è opera". Infatti, nel divenire della storia appare, in verità, la "scissura della scissura", la perdita di quel "fronteggiarsi originario"³ che é convergenza contrastiva di ragione e sragione.

La "scissura" come concetto ossimorico – diversamente dal divenire antitetico, e cioè dalla "scissura della scissura" – è, così, lo spazio dell'origi-

1 M. FOUCAULT, *Folie et Déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, première édition, Paris, 1961; trad. it., Milano, 1963 (d'ora in poi siglato con SF, I). *Histoire de la folie à l'âge classique* suivi de *Mon corps, ce papier, ce feu* et *La folie, l'absence d'oeuvre*, deuxième édition, Paris, 1972; trad. it., Milano, 1976 (d'ora in poi siglato con SF, II).

2 SF, I, 9

3 SF, I, 16.

ne, e questo sembra assegnare alla follia non un ruolo al margine, non tanto un “meno” o un “nulla” ai bordi del prevalere storico della normazione e della razionalizzazione, quanto, come ha detto Macherey, la funzione di un richiamo costante alla sua “verità ontologica”.⁴ Scrive Foucault nell’ultimo capitolo di *Malattia mentale e psicologia*, un testo del ‘54: “Si dovrà un giorno tentare uno studio della follia come struttura globale – della follia liberata e disalienata, restituita in un modo o nell’altro al suo linguaggio di origine”, al linguaggio della *scissura*, dove c’è qualcosa “che parla della differenza e che evoca la differenziazione”.⁵ “Scissura”, in quanto legame originario della ragione e della sragione, traduce il termine francese *partage*, che - seppure sinonimo di *fente*, crepa, incrinatura - vuol dire, appunto, come in un lemma ossimorico, insieme separazione e condivisione. Significativamente, il testo conclude denunciando la perdita della “scissura”, convertita nella “scissura della scissura” o nel carattere impositivo e identitario dell’esercizio razionale. Ed è questa perdita che segna la caduta della libertà e dell’etica: “dal momento in cui”- si legge in *Malattia mentale e psicologia* - “il grande confronto tra la Ragione e la Sragione ha cessato di abitare la dimensione della libertà, dal momento in cui per l’uomo la ragione ha cessato di essere un’etica”, la ragione, scissa dalla follia, si è dato “il diritto di essere natura della natura e verità della verità”. Nel contesto storico di una ragione che detta la verità della verità non resta della follia che il silenzio o il lampo, l’urlo di Nietzsche, di Artaud, di Roussel,⁶ il gesto trasgressivo, letterario, imprevedibile. Della follia resta solo l’enigma di una *esteriorità* che è “assenza d’opera”.⁷

La follia è l’impotenza, cioè, di un chiamarsi *fuori*, dove l’operare è un non-operare, perchè già definitivamente privato della libertà e dell’eticità. Il folle, anche quando, con la modernità, è sottratto all’internamento e alla reclusione ed è preso nei dispositivi di disciplinamento e di controllo governamentale, è escluso dalla libertà: alla fine del XVIII secolo, con la nascita dei saperi psicologici e psichiatrici, non si assiste - si legge nelle conclusioni della *Storia della follia* - “a una *liberazione* dei folli, ma a un’*oggettivazione del concetto della loro libertà*”.⁸

4 P. MACHEREY, *Aux sources de “L’Histoire de la folie”: une rectification et ses limites*, “Critique”, 471-472, 1986, 770.

5 M. FOUCAULT, *Maladie mentale et psychologie*, Paris, 1954; ed. it. F. Polidori (a cura di), Milano, 1997, 87.

6 *Ivi*, 101.

7 SF, I, 612; SF, II, 626.

8 SF, I, 596.

I temi della libertà e dell'etica s'incrociano coerentemente, già nel testo del '54, con la questione del mondo. Nel dominio della ragione che impone la "verità della verità", la sottrazione della libertà e dell'etica è anche, sempre, sottrazione di mondo: il mondo proprio, l'*idios kosmos*,⁹ l'invenzione di mondo, - che il commento a Binswanger, negli stessi anni, assegnerà all'immaginazione ed al sogno -,¹⁰ l'incidenza sul mondo con un proprio mondo, è risospinta in una insignificante privatezza "che nessuna oggettività può garantire", con l'imposizione di un mondo reale che lascia avvertire "l'universo" solo come rifugio e come "destino"¹¹ e che assegna al malato la *irrealizzazione* del proprio presente.¹²

Tuttavia, se è vero che solo nel divenire della storia si smarrisce l'ossimoro della scissura originaria, è pur vero che, per sottrarsi alle antitesi del fuori e del dentro, alla follia ridotta al vuoto e alla ragione saldata al pieno dei sistemi impositivi e assoggettanti, "solo nella storia" - avverte precocemente *Malattia mentale e psicologia* - "si può scoprire l'unico *a priori* concreto da cui la malattia mentale ricava (...) le sue necessarie figure".¹³ Solo la storia può restituirci, infatti, l'idea di una densità contrastiva e duplicata degli opposti, l'ingegnosa tessitura di contrari che dà senso all'unità e all'opposizione, al sensato e all'insensato. Solo la storia può attrarre una radice che non dissoci la pura trasgressione dalla pura imposizione, che non riproponga principi di legittimazione di un'*assoluta liberazione* o di una *trappola totale*.

"Fare storia della follia" - si legge ancora nella *Prefazione* alla prima edizione della *Storia della follia* - "vorrà dunque dire: condurre uno studio strutturale dell'insieme storico - nozioni, istituzioni, misure giuridiche e poliziesche, concetti scientifici - che tiene prigioniero una follia il cui stato selvaggio non può mai essere recuperato in se stesso".¹⁴ E, soprattutto, fare storia della follia vorrà dire non solo ricostruire "una storia della conoscenza", una storia del sapere che l'ha inclusa, ma anche e soprattutto lasciare emergere i "*movimenti rudimentali di un'esperienza*".¹⁵ Sono que-

9 M. FOUCAULT, *Maladie mentale et psychologie*, ed. it. cit., 65.

10 Cfr. M. FOUCAULT, *Introduction*, in L. Binswanger, *Le Rêve et l'Existence* (trad. J. Verdeaux), Paris, 1954, ora in M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, Edition établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald, Paris, 1994, I, 65-118; trad. it in L. Binswanger, *Sogno ed esistenza*, Milano, 1993, 11-85 e M. FOUCAULT, *Il sogno*, Pref. di F. Polidori, Milano, 2003.

11 M. FOUCAULT, *Maladie mentale et psychologie*, ed. it. cit., 97.

12 *Ivi*, 41.

13 *Ivi*, 97.

14 SF, I, 16.

15 SF, I, 15.

sti movimenti che, in quanto “tracce”, – si legge in apertura de *La follia, l'assenza d'opera* – “faranno parte di configurazioni che a noi (...) sarebbe impossibile disegnare, ma che saranno nel futuro le indispensabili griglie attraverso le quali render leggibili, noi e la nostra cultura, a noi stessi”.¹⁶ Di questi “movimenti rudimentali di un'esperienza” va fatta, dunque, “archeologia”, dice la *Prefazione*, va indagata la “connessione” che è “al di sotto del linguaggio della ragione”.¹⁷ La domanda che si impone alla storia della follia è, infatti: dove “potrebbe condurci un interrogativo che non seguisse la ragione nel suo divenire orizzontale, ma che cercasse di rintracciare nel tempo questa costante verticalità che, per tutto il corso della cultura europea, la confronta a ciò che essa non è, la misura alla propria mancanza di misura?”¹⁸ È qui anticipato un lessico che qualche anno dopo proverà ad esporre i fondamenti teorici di una trasformazione radicale di come fare storia e filosofia insieme, e dunque di come pensare il divenire e il differenziale.

L'archeologia del sapere, del 1969, che apre la stagione degli anni Settanta sui problemi dell'intreccio tra i sistemi di verità e i dispositivi di potere, segnerà tempestivamente il limite del carattere “molto enigmatico” che il concetto di esperienza aveva conservato nella *Storia della follia*, un peso e una enigmaticità che lasciava ancora pensare - è il commento di Foucault - a un “soggetto anonimo e generale della storia”.¹⁹

La sottrazione del concetto di esperienza all'“enigma” di una “Esteriorità” fondativa fuori della storia e la elaborazione di una sua complessità ossimorica, adatta a riprendere la convergenza contrastiva di ragione e sragione, consentono di spostare l'analisi della follia dal tema di una sregolatezza “fondamentale”, di cui – come diceva Blanchot – solo i poeti e gli artisti possono essere ancora i testimoni, le vittime o gli eroi,²⁰ al campo del volume storico dell'*archivio* e alle prospettive arqueo-genealogiche delle lotte.

3. Anche per il concetto di *esperienza*, dunque, è giusto provare a elaborare una logica dell'ossimoro. Sarà necessario comprendere come possa dirsi che l'esperienza è un evento, una singolarità, un punto differenziale, denotabile non solo come la indicibilità di un *fuori*, ma come un fuori e

16 SF, II, 626.

17 SF, I, 11.

18 *Ibidem*.

19 M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, 1969; trad. it., Milano, 1971, 23-24. Sull'“enigma di questa Esteriorità” si veda anche SF, II, 626.

20 M. BLANCHOT, *Michel Foucault tel que je l'imagine*, Montpellier, 1986; trad. it., Genova, 1988, 10.

come un dentro, come un vuoto e come un pieno, un silenzio e una parola, un negativo e un positivo, una differenza spostata e una affermatività. Sarà necessario dire, cioè, come l'esperienza non sia solo la ribellione alle norme, la sottrazione al codice di un linguaggio o a una razionalità imposta, ma come sia anche un enunciato reale, presente, attivo, dinamico, dunque non solo una forza rivoltosa e sottrattiva, ma una *forza di posizione*, interna alla trama complessa di una "storia generale".²¹

Il concetto di esperienza, non più assimilato alla indicibilità, al grido di dolore o all'urlo del gesto letterario, produce così il passaggio decisivo dell'idea del differenziale dall'esperienza-limite, o contraddittoriamente indifferenziata, a un concetto di esperienza che acquista tutta la positività dell'enunciato, della forza reale e dell'evento antagonista in un campo reale di conflitto.

La *scissura*, o il legame originario della ragione e della sragione, per l'archeologia del sapere, non è più solo il richiamo ad una ontologia della differenziazione, ma occupa il campo concreto del *fare storia*, della ricostruzione e della mobilitazione dei quadri enunciativi, della rianimazione di una trama cartografica, di un complicato *quadrillage*, di una doppia quadrettatura, stratificata e volumetrica, di *sistemi terminali* e di *sistemi preterminali*.²² La prima quadrettatura è strutturata e di superficie, la seconda è mobile e profonda, perché lo scavo archeologico lascia affiorare le tracce come condizione di apparizione dei sistemi. Qui, la *scissura* come *origine* non è l'esperienza indifferenziata ma è la complessità stratigrafica dell'*archivio*.²³

Archiviare vuol dire aprire lo spazio di una guerra totale, dove non è mai dato il trionfo dell'assoluto Potere o quello dell'assoluta Liberazione. Gli enunciati sono esposti a una variabilità continua, perché sottratti ad ogni analisi di principi includenti, come, ad esempio, la struttura o una infinita fonte energetica: archiviare è, infatti, una descrizione di enunciati – dice Foucault – che non può essere né analisi della lingua né analisi del pensiero. Perché *lingua* e *pensiero* inducono a una cattiva infinità. A un'infinità enumerativa delle parole spiegabili in base alle leggi costruttive di un codice o all'infinità di un principio generatore unitario che si sottrae perché fondamento della possibilità dell'espresso.²⁴ Gli enunciati, cioè, non s'intermano e non si cancellano nell'infinità del Potere o in quella del Desiderio,

21 M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, trad. it. cit, 17.

22 *Ivi*, 88-89.

23 *Ivi*, 147 ss.

24 *Ivi*, 35-36.

nell'occupazione totale del Sistema o nel flusso liberatorio dell'Inconscio. Il lavoro archeologico ha il compito di esaltare dell'enunciato l'*esteriorità*, la *finità*, la *rarietà*, la *coesistenza*.²⁵

E se è vero che nella frantumazione archivistica il soggetto enunciativo, preso nella complessità stratigrafica del processo, non può che perdere la sua sovranità ed esserne solo una funzione enunciativa, è anche vero che il posto del soggetto è insieme “determinato” e “vuoto”, e “può essere effettivamente colmato da individui differenti”, perché se le positività dell'archivio “costituiscono (...) l'insieme delle condizioni secondo cui si esercita una pratica”, allora parlare, per il soggetto archeologico, significa *fare qualcosa*, “fare un gesto complicato e costoso”.²⁶ Una complicazione che è un chiasma di *dimostrazione* e di *meditazione*, di ripetizione di codici e di esercizio ascetico, di un'*askesis* che è attivazione di un'attitudine per la quale il soggetto è anche “senza posa alterato dal proprio movimento”.²⁷

È qui che il grido del folle si converte in *esperienza generalizzabile* e il futuro di una socializzazione reale è affidata alla pratica di una esperienza. Questa, infatti, da “esperienza indifferenziata”, di cui parlava la *Storia della follia*, si fa esperienza di lotta e trasformazione di mondo. Si legge in un testo del '71: “il socialismo scientifico ha preso il via dalle utopie nel XIX secolo, forse la socializzazione reale emergerà nel XX secolo dalle esperienze”.²⁸

Se *L'archeologia del sapere* indicava nell'enunciato “un bene finito, limitato, desiderabile, utile che ha le sue regole di apparizione, ma anche le sue condizioni di appropriazione e di messa in opera”, un bene che “pone il problema del potere”, e “che costituisce, per natura, l'oggetto di una lotta, e di una lotta politica”,²⁹ la genealogia, nel corso degli anni Settanta, com'è noto, affiancherà esplicitamente al concetto di enunciato il concetto di forza e al progetto delle analisi d'archivio il compito di una memoria delle lotte, quello della restituzione della voce ai saperi assoggettati - ai saperi eruditi e ai saperi della gente -,³⁰ la rianimazione di quanto nel sapere

25 *Ivi*, 139-140.

26 *Ivi*, 235-236.

27 SF, II, 652.

28 M. FOUCAULT, *Par-delà le bien et le mal*, “Actuel”, n. 14, 1971, ora in *Dits et écrits*, cit., II, 223-236; trad. it. in A. Fontana, P. Pasquino (a cura di), *Microfisica del potere*, Torino, 1977, 68.

29 M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, trad. it. cit., 139-140.

30 M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, cit., 163 ss.; si veda ora “*Il faut défendre la société*”. *Cours au Collège de France. 1976*, Edition établie, sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Mauro Bertani et Alessandro Bertani,

e nell'agire, per gli enunciati e per le forze, può attivare le linee di fragilità e i punti di attacco di un campo conflittuale e limitato, in coerenza con una strategia arqueo-geneologica e localizzata.

L'esperienza, dunque, è un evento concreto, decifrabile come forza reale immessa nel corpo del Potere e nello spazio dinamico dei poteri, ed è tale perché esprime un nocciolo meditativo, è l'effetto e il piegamento di una forza che non si limita ad essere *tal qual è*, ma *diviene*. La forza libera non è pura trasgressione o rifiuto, ma una più complessa *indocilità ragionata* che pratica analisi e decisione, all'interno di una rete di contenimenti e di limitazioni.³¹

L'esperienza si fa, così, effettiva *forza etica e opera di se stessa* – come diranno negli anni Ottanta le tesi di un' "estetica dell'esistenza". L'esperienza sarà, allora, per la nuova etica, la triangolazione espressa dal nesso tra soggettivazione, sistemi di verità e dispositivi di potere, si legge nell'introduzione a *L'usage des plaisirs*.³² Sarà l'intreccio di tre poli tematici della riflessione filosofica, l'*aletheia*, la *politeia* e l'*ethos*, il polo della verità, il polo del potere e del governo, il polo del soggetto morale e della sua formazione, aggiungerà il Corso del 1984, *Le courage de la vérité*.³³

Infine, l'esperienza sarà quell'atto etico-politico che avrà trasformato la "costante verticalità" della follia,³⁴ in una "freccia sagittale nel presente", e dunque nell'"ontologia dell'attualità" e nell'"*ethos* filosofico", di cui parla il noto commento dell'84 alla *Beantwortung* kantiana.³⁵

4. Anche il concetto di malattia, si diceva, documenta uno speciale uso ossimorico del concetto, una sua ambivalenza insemplificabile, che ci aiuta a capire, in Foucault, il senso dell'esistente singolare, del differenziale e della valorizzazione del conflitto.

Paris, 1997; ed. it. stabilita e tradotta da M. Bersani, A. Fontana, Firenze, 1990, Lezione prima. 7 gennaio 1976, 19-29.

31 M. FOUCAULT, *Que'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung*, "Bulletin de la Société française de Philosophie", Compte rendu de la séance du 27 mai 1978, n. 2, 1990; trad. it., P. Napoli (a cura di), *Illuminismo e critica*, Roma, 1997, 40.

32 M. FOUCAULT, *L'usage des plaisirs*, Paris, 1984; trad. it., Milano, 1984, 10.

33 M. FOUCAULT, *Le courage de la vérité. Cours au Collège de France. 1984*, Edition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Frédéric Gros, Paris, 2009, Leçon du 8 février 1984, 62-65.

34 SF, I, 11.

35 M. FOUCAULT, *Qu'est-ce que les Lumières?*, "Magazine littéraire", n. 207, 1984, 35-39 (extrait du cours du 5 janvier 1983, au Collège de France), poi in *Dits et écrits*, cit., IV, 679-688; trad. it. in A. Pandolfi (a cura di), *Archivio Foucault*. 3. 1978-1985, Milano, 1998, 253-261.

La *Nascita della clinica*, che, nel 1963, affianca alla storia della follia la storia del sapere medico, ha come sottotitolo, nell'edizione originale, *Une archéologie du regard médical*, un'archeologia dello sguardo medico.³⁶ Il carattere doppio del genitivo che lega archeologia e medicina - o il senso oggettivo e soggettivo del genitivo - può aiutarci, forse, ad intendere il valore ossimorico dello spazio della malattia. Il genitivo oggettivo ci fa capire che lo scopo del testo è di restituire la storia archeologica di un sapere, del sapere medico, perché l'archeologia fa della medicina il suo oggetto; il genitivo soggettivo sembra alludere al carattere intrinsecamente archeologico del sapere della malattia, laddove alla medicina appartiene l'esser proprio dell'archeologia: è lo "sguardo medico" ad offrire al sapere storico-archeologico il modello di un sapere che pratica un'analisi disgiuntiva di ciò che sa e di ciò che pensa, restituendo una decifrazione complessa il cui effetto non può ricomporsi nelle forme della normalizzazione e dei codici.

Il sapere medico apre, così, un sapere ossimorico, un sapere che produce, come ogni sapere, una oggettivazione, e un sapere che la nega e la scompone, perché è un linguaggio che prova a dire un ambito specifico di conoscenza, con le sue regole e le sue sintassi, ma che, insieme, trova nella malattia un evento che lo contrasta e gli sfugge. La malattia – dice Foucault – è, infatti, una regione dove il percepito nella sua singolarità sfugge anche alla forma della parola, dove il dire lambisce “una sabbia” ancora “dischiusa alla chiarezza della percezione, ma non (...) più alla parola familiare”,³⁷ dove sembrano coincidere l'esperienza clinica e l'esperienza lirica, dove lo sguardo medico è analisi archeologica.

Sappiamo che, secondo la descrizione foucaultiana, il divenire della medicina moderna supera la pura nosografia delle essenze classificate – dove la malattia raddoppia la natura in una contronatura – e che dallo spazio piatto e omogeneo delle classificazioni, o di un dire che precede il vedere, si sposta al volume delle masse differenziate, quando la malattia *prende corpo*³⁸ e restituisce allo sguardo le mobilissime e sfuggenti grammatiche dei sintomi.³⁹ Poi la dissezione anatomica dei corpi, l'esame delle patologie tissulari, con Bichat,⁴⁰ la fisiologia e le analisi funzionali, a partire

36 M. FOUCAULT, *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical*, Paris, 1963; trad. it., *Nascita della clinica. Il ruolo della medicina nella costituzione delle scienze umane*, introd. e trad. di A. Fontana, Torino, 1969 (d'ora in poi siglato con NC).

37 NC, 194.

38 NC, 23.

39 NC, 106 ss.

40 NC, 155.

da Broussais, dicono che la *sofferenza* è sempre il segno di “*innumerevoli vite*”,⁴¹ ciascuna in rapporto con un agente e un ambiente, è sempre spinta reattiva ad un attacco, influenzamento reticolare, antagonismo generalizzato tra elemento e elemento.⁴²

Così il sapere medico ci dice che è nel *morboso* - non nel *vitale* né nel *macabro* - che appare la dispersione delle esistenze singolari. Il *Macabro* e il *Vitale* implicano, infatti, una “percezione omogenea” della morte e della vita. Solo il *Morboso* “autorizza una percezione sottile del modo in cui la vita trova nella morte la sua figura più differenziata. Il *morboso* è la forma *rarefatta* della vita; nel senso che l’esistenza si spossa, s’estenua, nel vuoto della morte; ma anche nel senso che vi assume il suo volume strano, irriducibile alle conformità e alle abitudini, alle necessità acquisite; un volume *singolare*, che definisce la sua assoluta rarità”.⁴³

Nel *morboso* si apre una percezione prossima e sottile delle esistenze non vinte né vincenti, ma spossate. È col *morboso*, con la malattia e con la *sofferenza* che si produce la forza piegata, quel piegamento che non lascia la forza, il vivente, il *singolare* tal qual è, ma lo prende, lo muove, lo fa divenire, in un movimento di relazione che la clinica – anche nel suo etimo: la radice greca *clino* indica il piegarsi – introduce come nesso di passività e attività. La “vecchiezza della clinica”, voluta da Ippocrate, richiama, infatti, la flessione fondatrice della vita: “prima di essere un sapere, la clinica era un rapporto universale dell’umanità con se stessa”.⁴⁴ Qui l’ontologia delle forze piegate si fa anche descrizione archivistica della dispersione antagonista di esistenze singolari mitigate, piegate, immerse in una trama mobile e irriducibile alle normalità, alle “conformità e alle abitudini, alle necessità acquisite” e all’esigenza sistematizzante di un sapere.

La *diagnostica*, dunque, è un sapere che ha a che fare con la “mobilità generale” ed è la diagnostica che dà senso ossimorico al sapere medico della malattia, che è al tempo stesso, oggettivazione di un sapere e critica di questa oggettivazione.

La diagnosi riguarda, infatti, ciò che si svolge *attualmente*, a differenza dell’anamnesi e della prognosi che si affacciano sul passato e sul futuro. Ma l’*attuale* è un presente carico del suo svolgimento, della sua storia, del suo *poter essere altrimenti*. Si pensi, come già si ricordava, alla matura “ontologia dell’attualità” e all’*ethos* filosofico. L’attualità, come la malat-

41 NC, 195.

42 NC, 218.

43 NC, 196.

44 NC, 70.

tia, è incodificabile. La malattia – suggerisce Foucault in un colloquio del '66 – non trasmette messaggi, ma produce *rumore*. Il medico – aggiunge – non ha a che fare con un corpo o con un'anima, tanto meno con una generica astrazione dell'"essere umano", ma è all'ascolto difficile di un rumore: "*il a affaire à du bruit*". Il medico non può attendere che cessi il rumore, perchè questa cessazione coincide solo con la guarigione o con la morte.⁴⁵ Perciò diagnosticare è sempre un sapere che, come il sapere archeo-genealogico, esige "dominio di se stessi e del linguaggio", coraggio e decisione nel corso di una "mobilità generale".⁴⁶

Così, è nella malattia, in quanto ossimoro concettuale, che trovano coesistenza dinamica due significati contraddittori, il paradigma medico che è pratica di oggettivazione del vivente e lo scavo archeologico che è critica di ogni paradigma cognitivo. Con il tema della malattia convivono, dunque, un sapere che controlla la vita e un sapere che aspira a liberarla.

5. Il controllo e la liberazione coesistono, coerentemente, anche nel concetto di cura. La nozione di "cura" occupa, è noto, la questione delle tecnologie del sé ed è al centro del discorso foucaultiano che, dalla metà degli anni Settanta, riaccende, dopo l'apparente cancellazione da un contesto teorico di esaltazione dei processi, il problema della *soggettivazione*, di un nuovo soggetto o del suo essere derivato, prodotto, divenuto.

Il lemma della "cura" tiene insieme il significato della cura pastorale cristiana e quello della cura antica e dunque sia le pratiche di assoggettamento che quelle di liberazione.

La tradizione della cura pastorale cristiana rafforza l'idea della direzione di coscienza, di una guida permanente all'esame di sé che, come voleva la finalità monastica, porta alla rinuncia e al sacrificio di sé.⁴⁷ Una tradizione

45 M. FOUCAULT, *Message ou bruit?*, "Concours médical, 22 octobre 1966, 6285-6286 (Colloquio sur la nature de la pensée médicale), poi in *Dits et écrits*, cit., I, 557-560; trad. it. in Judith Revel (a cura di), *Archivio Foucault. 1. 1961-1970*, Milano, 1996, 133-136.

46 M. FOUCAULT, *Pour une morale de l'inconfort*, "Le Nouvel Observateur, n. 754, 23-29 avril 1979, 82-83, poi in *Dits et écrits*, cit., III, 783-787.

47 Sulla cura pastorale e sulla rottura del Cristianesimo con la stessa tradizione orientale ed ebraica cfr. M. FOUCAULT, *Omnes et singulatim. Towards a Criticism of "Political Reason"*, "The Tanner Lectures on Human Values" (Delivered at Stanford University, October 10 and 16, 1979), Salt Lake City, University of Utah Press, 1981, 223-254, poi, in versione francese, in *Dits et écrits*, cit., IV, 134-161; trad. it. in O. Marzocca (a cura di), *Biopolitica e liberalismo*, Milano, 2001, 107-146; e *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Edition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana par Mi-

che si prolunga nella modernità e che si trasferisce al medico, all'alienista che pratica il controllo e la terapia, la cura e la custodia del folle.

Alle origini della psichiatria moderna, si affiancano alla reclusione e alla repressione, all'internamento e all'esercizio del "potere di sovranità", i dispositivi del "potere disciplinare" e dell'"istanza normalizzatrice" prodotta e alimentata dalla nascita delle scienze dell'uomo. Con la cura e la custodia, si dice, Pinel ha tolto le catene con un gesto non libertario, ma funzionale all'immissione dei folli nelle maglie di un reticolo disciplinare che li vede curabili e obbedienti.⁴⁸ Più in generale il potere microfisico moderno si fa progressivamente, da repressione e interdizione, da sacrificio del sé, effettiva produzione di un'emergenza positiva, teoretica e pratica del sé, col supporto di un "antropologismo permanente".⁴⁹ Allora, fino alla sollecitazione e al controllo delle variazioni minime, la cura e la produzione del sé sono, al tempo stesso, moltiplicazione e distruzione delle esistenze singolari, uso della loro produttività collettiva e, insieme, cancellazione del loro dinamismo reale.

La tradizione della cura antica, espressa soprattutto dall'*epimeleia se-autou* socratica, - *le souci de soi*, dirà l'etica foucaultiana - persegue, al contrario, l'*enkrateia* e la *sophrosune*, la padronanza di sé e la saggezza, la condizione attiva e la moderazione. Ed è questa cura che si propone come nucleo della nuova etica.⁵⁰ La cura etica che si impegna a fare della propria vita una vita riflessa e attiva, una vita coraggiosa – come dirà l'esame del tema della *parrhesia* antica -, una vita che sa sfidare il pericolo e sa dire la verità, che sa praticare l'invito alla cura e sollecitarne la duplicazione

chel Senellard, Paris, 2004; trad. it. di P. Napoli, Milano, 2005. Per una più ampia discussione sui problemi della singolarizzazione e del potere pastorale rinvio a M. FIMIANI, *Erotica e retorica. Foucault e la lotta per il riconoscimento*, Verona, 2007, in particolare il capitolo *Il divenire della vita*, 11 ss.

48 Per la trasformazione dei sistemi di controllo della follia e dell'esistenza singolare nel corso dello sviluppo moderno dei saperi dell'uomo si veda in particolare, oltre alle analisi già note della *Storia della follia*, la recente edizione del Corso di lezioni, rimasto a lungo inedito, sul sapere psichiatrico (M. FOUCAULT, *Le pouvoir psychiatrique. Cours au Collège de France 1973-1974*, Edition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana par Jacques Lagrange, Paris, 2003; trad. it. di M. Bertani, Milano, 2004).

49 M. FOUCAULT, *About the Beginning of the Hermeneutics of the self. Two Lectures at Dartmouth*, nov.1980, "Political Theory", 21, 2, may 1993, 198-227.

50 M. FOUCAULT, *L'usage des plaisirs*, trad. it. cit., 9-56; per il tema della cura antica ed ellenistico-romana si veda, oltre a *Le souci de soi*, Paris, 1984 (trad. it., Milano, 1985), in particolare *L'Herméneutique du sujet. Cours au Collège de France 1981-1982*, Edition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, Paris, 2001; trad. it. di M. Bertani, Milano, 2003.

e la convivenza multipla.⁵¹ Condizioni, queste, di una comune cura del mondo, di una cura capace di andare oltre se stessi e riafferrare il *kairos*, il momento opportuno, la concretezza dell'operare. Unite nell'obiettivo etico della cura di sé, della cura degli altri e della cura del mondo, possono dirsi "tecniche cliniche" – dirà Foucault a proposito della *parrhesia etica* di Socrate – l'arte medica, l'arte del navigare e la vita filosofica.⁵²

Dunque il compito medico non è quello di una guida permanente dell'altro, ma di una cura comune – senza che si dissociino il curante e il curato – la quale sia finalizzata alla trasformazione del proprio sé e del proprio mondo.

Il *therapeuein* – richiamava dagli antichi Foucault nei corsi degli anni Ottanta – è il servizio, l'esercizio, il mettersi alla prova dell'operare, ma è anche il servizio del culto reso a una divinità.⁵³ È l'andare oltre, il farsi arte del *se déprende de soi même*, o, come voleva Socrate, il farsi demone e amore.

51 Sul tema della *parrhesia* cfr. il Corso dell'84, *Le courage de la vérité*, cit., ma anche *Discourse and Truth. The Problematicization of Parrhesia*, libera trascrizione del corso tenuto a Berkeley nell'autunno del 1983, curata nel 1985 da J. PEARSON, Department of Philosophy della Northwestern university Evanston; pubblicato in olandese nel 1989; trad. it., A. Galeotti (a cura di), *Discorso e verità nella Grecia antica*, introduzione di R. Bodei, Roma, 1996.

52 M. FOUCAULT, *Discourse and Truth*, trad. it. cit., 73-74.

53 M. FOUCAULT, *L'Herméneutique du sujet*, trad. it. cit., 10-11, 89; *Le courage de la vérité*, cit., 87 ss.

PAOLO GRITTI - SILVANA GAGLIARDI

STIGMA ED ESCLUSIONE SOCIALE NELLE MALATTIE MENTALI: UN PROBLEMA IRRISOLTO

1. Il processo di de-istituzionalizzazione, iniziato nei Paesi dell'Europa Occidentale negli anni cinquanta, ha portato, tra gli anni '60 e '90, a radicali cambiamenti nelle politiche psichiatriche e nella pratica clinica con il tramite della psichiatria di comunità. Nonostante la chiusura delle strutture manicomiali, la drastica riduzione dei posti letto nelle istituzioni psichiatriche e la collocazione dei servizi psichiatrici all'interno della comunità, marginalizzazione, esclusione sociale, pregiudizio rimangono ancora causa di ulteriore sofferenza per le persone affette da disturbi psichiatrici. Presso i Greci il termine stigma, indicava i segni fisici, visibili, associati alle caratteristiche morali negative di chi li portava. "Questi segni venivano incisi col coltello o impressi a fuoco nel corpo e rendevano chiaro a tutti che chi li portava era uno schiavo, un criminale, un traditore o comunque una persona segnata, un paria che doveva essere evitato, specialmente nei luoghi pubblici. [...] per definizione crediamo che una persona con uno stigma non sia proprio umana. Partendo da questa premessa praticiamo diverse specie di discriminazioni, grazie alle quali gli riduciamo con molta efficacia, anche se spesso inconsciamente la possibilità di vita." (Goffman, 1970).

Fu il sociologo canadese Erwin Goffman a teorizzare il concetto di stigma in termini di discredito permanente che affligge lo *status* sociale di una persona impedendone l'accoglimento in un ordinario rapporto sociale. Esso fu poi adottato dalla psichiatria sociale per definire l'insieme di connotazioni negative che vengono pregiudizialmente attribuite alle persone con problemi psichici a causa del loro disturbo e che determinano discriminazione ed esclusione (Lasalvia e Tansella, 2008). La moderna accezione del termine viene dalla maggior parte degli autori attribuito al lavoro di Lenoir, 1974 (cit. in Morgan et al.) che utilizza il termine "*les exclus*" per riferirsi a coloro che, negli anni '70, venivano esclusi dalla rete del sistema assicurativo sociale.

Nel Regno Unito tale concetto si diffonde negli anni '80, in seno alle critiche di politica sociale e soprattutto nel lavoro di Peter Townsend, 1979 (cit. in Morgan et al.) che usa l'esclusione sociale come termine per indica-

re le conseguenze della deprivazione materiale nel ridurre le possibilità di partecipazione alle attività sociali e culturali.

Secondo Burchardt, 2000 (cit. in Morgan et al.) la caratteristica alla quale viene data maggiore enfasi nelle definizioni di esclusione sociale è la mancanza di partecipazione alle principali attività sociali, politiche, economiche e culturali e al carattere multidimensionale dell'esclusione nonché alla sua natura dinamica.

Un *report* ufficiale americano del 1999 sulla salute mentale mette in evidenza come “la salute mentale sia fondamentale per la salute”, “la nostra società non possa più permettersi di vedere la salute mentale separata dalla salute generale” e come lo stigma “mini la consapevolezza che la malattia mentale sia una malattia reale e trattabile. Esso porta le persone a evitare di socializzare, collaborare, lavorare, vivere nelle vicinanze di una persona con un disordine mentale [...]. Lo stigma priva tragicamente le persone della loro dignità e interferisce con la loro completa partecipazione alla vita sociale” (*Dept. of Health and Human Services*, 1999).

Nella letteratura psichiatrica il concetto di stigma è legato, in particolare, a tre strutture teoriche:

- La prima è la già citata definizione di Goffman.
- Una seconda concettualizzazione di stigma è stata sviluppata da Jones et al., 1984 (cit. in Link et al. 2004), il quale utilizza il termine “marchio” per descrivere ciò che comprende l'insieme delle condizioni considerate devianti dalla società che possono indurre il processo di stigmatizzazione. Jones identifica sei dimensioni dello stigma. *Concealability* indica come tale caratteristica sia ovvia o facilmente riconoscibile agli altri. *Course* definisce la reversibilità nel tempo della condizione stigmatizzata. *Disruptiveness* si riferisce a quanto il marchio rende difficile o interrompe le relazioni sociali. *Aesthetics* si riferisce a quanto il marchio provochi un'istintiva ed emotiva reazione di disgusto. *Origin* considera come nasce la condizione. *Peril* evidenzia i sentimenti di pericolo e minaccia che il marchio provoca negli altri.
- Infine Link e Phelan nel 2001, costruiscono una definizione che lega vari concetti e che definiscono stigma:

“Lo stigma esiste quando i seguenti elementi, tra loro correlati, si verificano insieme: Primo, le persone distinguono ed etichettano le differenze tra gli uomini. Secondo, la cultura dominante collega le persone etichettate a delle caratteristiche negative, a stereotipi negativi. Terzo, le persone etichettate vengono disposte in categorie distinte in modo da creare una differenza tra “noi” e “loro”. Quarto, le perso-

ne etichettate sperimentano sentimenti di discriminazione e di perdita dello *status* sociale, e ciò porta a diversi risultati.[...]”.

I due autori riconoscono, quindi, cinque fasi di un unico processo che conduce allo stigma:

- *Labeling e Distinguishing Differences* che consiste nella selezione di alcune differenze tra gli uomini (colore della pelle, preferenze sessuali) considerate salienti nella società e sulle quali creare delle etichette.
- *Stereotyping* è il meccanismo per cui le caratteristiche precedentemente scelte ed etichettate vengono collegate a caratteristiche indesiderabili.
- *Separating “us” from “them”* è la parte del processo che permette all’etichetta sociale di distinguere un “noi” da un “loro”.
- *Status loss e Discrimination* si verificano quando lo stesso meccanismo che ha permesso l’etichettatura, la marginalizzazione crea un rationale per svalutare, rifiutare ed escludere.

Lo stigma quindi diventa trasversale e può variare in base alle condizioni stigmatizzate come la schizofrenia, la depressione, l’obesità, l’infezione da HIV, la bassa statura, il diabete, il cancro (Link et al.2004).

2. In epoca recente è stata attribuita grande importanza al concetto di esclusione sociale e al suo legame con la malattia mentale. Da ciò i numerosi tentativi per promuovere l’integrazione sociale delle persone con disturbi psichiatrici. La malattia mentale è, infatti, intrinsecamente sociale: studi evidenziano come lo svantaggio sociale sia causa e conseguenza della stessa e il *report* della “*Social Exclusion Unit*” (SEU 2004) mette in rilievo come i soggetti con patologie psichiatriche croniche siano tra le persone più escluse dalla società e come lo stigma e la discriminazione possano accompagnare la persona per molto tempo dopo la scomparsa dei sintomi.

Sebbene vi sia un accordo nella comunità scientifica che l’esclusione sociale abbia un carattere multidimensionale, lo stesso accordo non esiste sulla definizione di quali siano le dimensioni più rilevanti e se sia necessario che lo svantaggio interessi più categorie o se una sia sufficiente: in altre parole manca una precisa definizione e rimane oscuro cosa sia da considerare socialmente escluso.

Spesso il concetto di esclusione sociale viene compreso e confuso con altri significati. Ad esempio in alcune definizioni povertà ed esclusione coincidono. C’è confusione tra il concetto di relazione sociale e capitale sociale: il cuore di tale concetto è che le reti di relazioni sociali sono potenzialmente preziose risorse cui le persone possono attingere e quindi costituiscono un capitale sociale. In altri termini, l’accesso al capitale sociale si traduce nell’accesso a contatti preziosi all’interno della rete sociale e,

in questo modo, potenzialmente all' integrazione. L' esclusione è un' esperienza oggettiva o soggettiva: secondo Burchardt , 2002 (cit. in Morgan et al.) “un individuo è escluso socialmente se non partecipa...” definizione di uno stato oggettivo; secondo Parr et al., 2004 (cit. in Morgan et al.) “integrazione indica relazioni e pratiche quotidiane che le persone con problemi di salute mentale percepiscono come significanti del loro coinvolgimento positivo nel contesto locale...”

Un' altra domanda si pone: le persone che scelgono di non partecipare alla vita sociale, nelle sue diverse forme, devono essere per questo considerate socialmente escluse? Barry (1998) suggerisce: “Dovremmo sempre guardare a ciò che apparentemente sembra autoesclusione con un certo scetticismo. La valutazione di ogni atto volontario dipende dalla qualità della scelta che ci si offre: che l' azione scelta è preferibile alle alternative disponibili in quel momento non ci dice molto. Quindi, un individuo o un membro di un gruppo può evitare di partecipare alla vita sociale in risposta ad un' esperienza di ostilità o discriminazione vissuta. In questo caso, il rifiuto attuale è volontario ma il contesto all' interno del quale si verifica lo rende comunque un caso di esclusione sociale, considerandolo un processo in cui individui o gruppi sono esclusi nonostante la loro volontà”. Il problema consiste, dunque, in una volontarietà solo apparente mentre, in realtà, si osserva una restrizione delle opportunità in risposta ad esperienze precedenti di discriminazione.

Il *Centre for the Analysis of Social Exclusion della London School of Economics* ha adottato un approccio all' esclusione sociale di tipo dimensionale, con l' identificazione di quattro dimensioni, la cui singola perdita è sufficiente per costituire esclusione. *Consumption* come capacità di acquistare beni e servizi; *Production* come partecipazione alle attività di valore sociale ed economico; *Political Engagement* come coinvolgimento ai processi decisionali locali e nazionali; *Social Interaction* come integrazione nella famiglia, nella comunità e nelle amicizie (Morgan et al., 2007).

3. A partire dagli anni '90 stiamo assistendo ad una inversione dei processi di de-istituzionalizzazione per ritornare ad una re-istituzionalizzazione o trans-istituzionalizzazione mai chiaramente ed apertamente nominata.

Partendo dal suo significato originario di lotta contro ogni istituzione, che basa la sua azione sulla restrizione della libertà fisica individuale, prima fra tutte il manicomio, possiamo intendere in senso più ampio e moderno la de-istituzionalizzazione psichiatrica come un processo in cui il cittadino con disturbi psichici ottiene maggiore autonomia e autorità decisionale rispetto alla propria vita, al proprio stato di paziente e quindi di

cura e terapia, ai professionisti a cui affidare la gestione delle istituzioni psichiatriche.

Al termine re-istituzionalizzazione attribuiamo il significato di quel processo che tende a conferire maggiori poteri di decisione sulla vita delle persone alle istituzioni e ai professionisti della salute mentale come strumento diretto o indiretto di una superiore volontà politica.

La domanda da porsi è quali sono gli indicatori di questa inversione di tendenza e quali le probabili cause che possono spiegarla.

Il primo, più diretto ed emblematico, è l'aumento del numero di posti letto psichiatrico-forensi avvenuto nei Paesi europei a partire dal 1990 che può essere considerato il momento di inizio di inversione del processo cominciato a partire dagli anni '50. Il secondo è rappresentato dal crescente ricorso al ricovero in regime coatto, nonché alla modifica dell'atteggiamento dei professionisti rispetto a tale strumento e, infine, la tendenza alla spinta verso nuove proposte di legge che riguardano il trattamento psichiatrico. L'indizio forse più allarmante è l'aumento del numero di strutture di tipo residenziale, nelle diverse forme di residenze protette, comunità terapeutiche, gruppi appartamento (Priebe e Fioritti, 2004). Questi tre indicatori sono stati studiati, insieme al numero di posti letto psichiatrici convenzionali e la popolazione dei detenuti, nella loro modificazione dagli anni '90-'91 agli anni 2001-2002 da Priebe et al. (2005) che evidenziano come i ricoveri coatti siano aumentati in Inghilterra, Olanda e specialmente in Germania ma si siano ridotti in Italia, Spagna e Svezia. Il numero dei posti letto psichiatrico-forensi e nelle strutture residenziali è aumentato in tutti le nazioni oggetto della indagine. In Italia e Olanda tale incremento ha superato di molto ogni riduzione dei posti letto nelle strutture psichiatriche convenzionali, mentre in Germania ciò ha bilanciato la riduzione dei posti letto psichiatrici convenzionali. Gli stessi autori hanno confrontato i dati così ottenuti con quelli di uno studio successivo che valuta gli stessi indicatori nel periodo che va dal 2002 al 2006 (Priebe et al., 2008), confermando una tendenza alla riduzione del numero di posti letto psichiatrici convenzionali ad un incremento dei posti letto in strutture residenziali, psichiatrico-forensi nonché della popolazione dei detenuti nella maggior parte delle nazioni prese in esame. L'ultimo indicatore (Priebe e Fioritti, 2004) può essere individuato nel credito concesso ai cosiddetti trattamenti assertivi che perseguono una *"no drop-out policy"* con una ricerca attiva del paziente che non intende sottoporsi alle cure, così come i trattamenti comunitari che si basano sulla *"early intervention"* e *"early detection"*. Ad esempio, l'*"Assertive Community Treatment Model"*, nato negli anni '70 da un team della salute mentale del Wisconsin, si fonda sui seguenti criteri:

programmazione in funzione degli utenti, intervento diretto di équipes di cura, carico terapeutico sostenibile, condivisione delle funzioni terapeutiche, trattamenti individualizzati, flessibilità e articolazione degli interventi, orientamento domiciliare degli interventi, attività 24/24h per 7/7 gg., focalizzazione sui bisogni e le risorse del paziente (Borg, 2010). Sebbene tale modello cerchi di ottenere una frequentazione assidua da parte del paziente dei servizi di comunità, e quindi rispetti in pieno il principio della de-istituzionalizzazione e della psichiatria di comunità, il rischio è che tali servizi diventino troppo rigidi nella loro azione “assertiva” e promuovano una mascherata re-istituzionalizzazione ed una diminuzione dell’ “*empowerment*” dell’assistito.

4. Le cause alle quali si può addurre tale compensazione o sovra-compensazione della de-istituzionalizzazione, sono di diverso ordine, demografico, politico, economico, sociale.

Il cambiamento nella struttura familiare, nei ruoli acquisiti dai suoi membri, ha depotenziato il ruolo della figura femminile di *caregiver*, pronto ad occuparsi completamente di un familiare ammalato, a favore di una più frequente richiesta di aiuto alle istituzioni curanti. La sostituzione della stabilità demografica con la mobilità demografica, avvenuta negli ultimi trenta anni, ha allentato la coesione sociale e il senso di *self-efficacy* che costituiva il capitale sociale della maggior parte delle città europee del dopoguerra. Capitale sociale che, in tempi recenti, si è evidentemente ridotto e con esso anche il meccanismo di auto-controllo istituzionale che agiva in nome delle reciproche aspettative di coloro che lo compongono. Questo fenomeno ha, di conseguenza, portato al potenziamento di meccanismi di controllo della istituzione psichiatrica come garanzia di efficacia ed efficienza che finiscono per enfatizzare aspetti funzionali oggettivabili ma non le qualità umane delle istituzioni.

I cittadini con problemi di salute mentale, inoltre, rappresentano una “clientela che usufruisce di un servizio” con caratteristiche diverse dagli altri fruitori della salute: nella maggior parte dei casi, non hanno potere decisionale, in termini di possibilità economiche, che consentano loro la scelta del servizio migliore; hanno scadenti competenze comunicative e quindi di influenzamento delle decisioni politiche, che li rende svantaggiati e solo apparentemente tutelati rispetto agli altri clienti della salute (Priebe e Fioritti, 2004).

5. Secondo le osservazioni di Sumanthipala e Ranwella (1996) il ritorno alla istituzionalizzazione può essere valutato secondo il modello a spi-

rale della evoluzione del trattamento in psichiatria. Tale modello si basa sull'assunto di base che il trattamento psichiatrico oscilla tra l'istituzionalizzazione e la de-istituzionalizzazione in maniera ciclica, o meglio spiraleiforme, dato che ad ogni passaggio da una fase all'altra si ha sempre un miglioramento in termini di qualità del servizio rispetto alla precedente. Attraverso le diverse epoche storiche, il cambiamento nel "luogo" di cura (la comunità o l'istituzione) avviene tramite conflitto ed è seguito da un "effetto *rebound*" che riporta alla fase precedente, ma tale processo non avviene mai attraverso un vero e proprio rovesciamento.

Gli autori avvalorano la propria teoria attraverso lo studio della storia della psichiatria nelle fasi che si succedono a partire dal diciottesimo secolo. A partire dal Bethlem Hospital, fondato nel 1247, simbolo della prima istituzione "psichiatrica" fino all'epoca moderna, passando attraverso l'azione di liberazione dei malati psichiatrici di Pinel e Tuke, le politiche paternalistiche degli inizi 800, lo spirito liberista del primo e secondo dopoguerra, la scoperta della clorpromazina del 1952, essi evidenziano la mancanza di investimenti idonei ad attuare una reale psichiatria di comunità con la conseguenza del fallimento di ogni progetto di de-istituzionalizzazione.

6. Considerato da un altro punto di vista, il processo di de-istituzionalizzazione / istituzionalizzazione può essere attribuito anche a fattori di ordine economico. È ciò che affermano Ceccherini-Nelli e Priebe nello studio del 2007 che studia il tasso di ospedalizzazione psichiatrica in relazione all'indice di prezzi al consumo negli USA e in Europa nonché in relazione ad altri fattori economici, inclusa la disoccupazione, e l'influenza di tali fattori sulla domanda e la risposta di posti letto in due periodi 1841-1967 e 1975-1990. Questi studi sono stati suggeriti dal lavoro di Stancliffe et al., 2005 (cit. in Ceccherini-Nelli, Priebe) e da osservazioni empiriche secondo cui la istituzionalizzazione psichiatrica in Europa e negli Usa si è incrementata durante i periodi di deflazione e al contrario la de-istituzionalizzazione è potenziata in concomitanza a periodi di inflazione. È stato possibile osservare ciò anche in Italia negli anni '70 quando, durante uno dei periodi di più alto tasso d'inflazione in Europa, il movimento di de-istituzionalizzazione è diventato più prominente.

I risultati di tale studio hanno effettivamente dimostrato che l'aumento dei prezzi al consumo è predittore più forte della variazione nel numero di posti letto psichiatrici con una relazione inversamente proporzionale. Anche le misure di disoccupazione si sono mostrate correlate al numero di posti letto, sebbene in entrambi i periodi i risultati debbano essere considerati spurii, perché considerare un singolo fattore comporta il rischio di non

riconoscere il ruolo giocato da altri fattori economici che non sono legati all'occupazione. Gli autori non forniscono dati idonei a concludere se anche le trasformazioni nella domanda di cura abbiano effetto sul numero di posti letto o se questo sia determinato da un aumento delle risorse investite nelle politiche sanitarie.

Una possibile spiegazione di questi dati è che una modesta riduzione nell'indice dei prezzi al consumo incoraggia gli investimenti di capitale e crea una certa fiducia nella possibilità di ammortizzare i costi, nel lungo termine, attraverso l'incremento di posti-letto negli ospedali psichiatrici. Il paradigma dell'inflazione potrebbe spiegare l'attuale *trend* verso la re-istituzionalizzazione che si osserva oggi in Europa dopo un periodo di relativa bassa inflazione.

7. Un altro fattore che, nello studio della letteratura, ha mostrato una correlazione con la variazione dei posti letto psichiatrici è la variazione della popolazione dei detenuti. Tali studi fondano le proprie basi teoriche sulle affermazioni di Lionel Penrose, psichiatra, genetista, matematico e teorico degli scacchi. Nel 1939 egli descrisse una correlazione inversa tra il numero di posti letto in ospedali psichiatrici e il numero di morti attribuiti ad omicidi, il numero di detenuti e il numero di nati vivi per 1000 abitanti. Gli psichiatri forensi britannici hanno definito "legge di Penrose" il rapporto inverso tra il numero di posti letto e il numero di detenuti, valido per ogni società. Questo assunto indica, implicitamente, un fenomeno di "*revolving door*" fra ospedale e prigione mentre non restano più valide le altre due relazioni, non essendo provato che il numero dei posti letto psichiatrici abbia una relazione con il numero di omicidi o dei crimini. Secondo Biles e Mulligan, che nel 1973 (cit. in Gunn) hanno condotto uno studio che ha coinvolto sei stati dell'Australia, in realtà "l'ospedalizzazione di più malati mentali non comporta una proporzionale riduzione del tasso dei crimini documentati. Al contrario, i dati sostengono, come evidenziato da Penrose, che l'uso relativo degli ospedali psichiatrici o delle prigioni per la segregazione dei devianti riflette il diverso stile delle amministrazioni". A tal proposito, un recente studio di Large e Nielssen (2009), condotto valutando i dati provenienti da 158 paesi, riafferma la validità della "legge di Penrose" ma solo per i paesi "poveri"; ciò sembra correlato alle possibilità dei governi di finanziare gli istituti custodialistici e ad un differente atteggiamento verso i comportamenti criminali e abnormi rispetto ai paesi "ricchi".

La *review* della letteratura di Fazel e Danesh pubblicata su *Lancet* nel 2002 sulla patologia psichiatrica nei detenuti ha evidenziato come nella

popolazione in esame (22.790 detenuti) il 3.7% degli uomini e il 4% delle donne presentavano una patologia psicotica, il 10% degli uomini ed il 12% delle donne depressione maggiore; il 65% degli uomini ed il 42% delle donne un disturbo di personalità (di cui il 47% negli uomini ed il 21% nelle donne era di tipo antisociale). Quindi nelle prigioni occidentali circa un soggetto su sette ha un disturbo psicotico, un detenuto maschio su due ha depressione maggiore e una detenuta donna su cinque un disturbo di personalità. Questi dati, comparati con la popolazione americana o britannica, indicano che i detenuti manifestano patologia psicotica e depressiva in misura da due a quattro volte superiore e disturbo di personalità antisociale in misura circa dieci volte superiore. Sono necessari maggiori studi per comprendere il valore esplicativo di tali dati in merito al nesso di causalità fra disturbi psichici e stato di detenzione. Tuttavia questi dati indicano, in maniera incontrovertibile, come diversi milioni di detenuti presentano patologie mentali maggiori e potenzialmente trattabili e suggeriscono maggiore attenzione dei servizi di salute mentale verso la popolazione carceraria.

8. Diversi studi hanno dimostrato come la rappresentazione sociale delle malattie mentali e dei malati psichiatrici possa influenzare l'atteggiamento della società ed il tipo di trattamento destinato agli utenti della salute mentale. Rothman, 1971 (cit. in Link et al. 1999), ad esempio, ha ipotizzato un collegamento tra la nascita dei manicomi nell'America del XIX secolo e la cultura dominante del tempo che riteneva la patologia mentale causata dalla rapida e massiva urbanizzazione e dai flussi migratori; perciò i manicomi furono destinati alla segregazione dei pazienti per proteggerli dal caos della vita urbana e poter attuare una cura tramite l'equilibrio di una vita fatta di regole e di ordine all'interno delle strutture asilari.

A differenza di quello che ci si potrebbe aspettare, recenti ricerche suggeriscono che lo stereotipo della pericolosità è in crescita nella società e che lo stigma nei confronti dei malati psichiatrici continua ad influenzare in maniera negativa la vita delle persone coinvolte. In tutte le epoche è importante quindi conoscere la concezione culturale che domina la società rispetto al problema della salute mentale.

Il primo studio rappresentativo a livello nazionale è stato condotto da Star nel 1950 (cit. in Link et al., 1999) sulla popolazione americana rispetto alle loro credenze sulla malattia mentale su un campione di 3000 persone; da tale studio risultò una caratterizzazione della malattia mentale come di una minaccia nei confronti della razionalità e della libera volontà, qualità distintive dell'uomo e quindi capace di condurre ad una "de-umanizzazione" della persona affetta.

Link et al. (1999) riportano come principale causa percepita in diversi disturbi mentali (dipendenze, schizofrenia, depressione maggiore) “le avversità della vita”; seguita da “difetti chimici nel cervello” e “problemi genetici ed ereditari” per schizofrenia e depressione e “il modo in cui una persona viene cresciuta” e “un brutto carattere” per le dipendenze.

Sulla stessa scia, Angermeyer e Matschinger (2005) valutano il cambiamento nell’opinione pubblica in Germania, rispetto alle cause della schizofrenia, avvenuto in circa dieci anni, dagli anni ‘90 al 2000.

Nel 1990 era evidente una notevole discrepanza tra gli operatori della salute mentale e le persone comuni: per questi ultimi la prima causa era riconosciuta negli eventi di vita (stress acuto, 73.8 %) e stress cronico, per esempio quello lavorativo (55.5 %), mentre le cause biologiche come malattie del S.N.C. ed ereditarie occupano solo il quinto e sesto posto con percentuali del 51% e 40.9%.

Durante gli anni ‘90 il più evidente cambiamento si è avuto riguardo le cause biologiche della malattia, con percentuali cresciute al 70% e 60.2% rispettivamente per malattie del S.N.C. e ereditarietà. Lo stress psicosociale ha conservato un posto invariato rimanendo comunque tra le prime cause attribuite. La tendenza alla colpevolizzazione dell’individuo risulta considerevolmente ridotta, passando dal 51.6% al 36.4% per la “perdita della forza di volontà” e dal 55.5% al 39.3% per la “disgregazione della famiglia”.

Nel corso di circa dieci anni lo scarto esistente tra la visione dei professionisti della salute mentale e l’opinione comune si è andato colmando; ciò che è evidente è una maggiore tendenza dei cittadini a condividere il punto di vista sulla malattia degli psichiatri e a disapprovare le ipotesi da essi respinte.

Uno studio analogo, condotto nel 2004 da Magliano et al. sulla popolazione italiana, ha prodotto risultati sovrapponibili. Il lavoro distingue la popolazione intervistata in tre campioni rappresentativi: l’opinione pubblica (impiegati con istruzione primaria, secondaria, universitaria), i professionisti del settore (infermieri, psichiatri, psicologi, sociologi, ausiliari, amministrativi), i familiari. Lo studio indaga le opinioni degli intervistati sulle cause della schizofrenia, sulla loro capacità di riconoscimento dei sintomi schizofrenici, sulle loro opinioni circa la possibilità di trattamento e guarigione ed, infine, sulle loro opinioni in merito al diritto di informazione e mantenimento dei diritti civili dei pazienti. Il primo campione di soggetti si è mostrato in grado di riconoscere la patologia psichiatrica, ma solo nel 21% dei casi è capace di denominare tale condizione come schizofrenia. Percentuale assai inferiore a quella riscontrata negli altri due gruppi, ricon-

ducibile allo stigma ancora associato alla patologia e alla mancanza d'informazione tra la popolazione. Tuttavia gli stessi soggetti condividono con i professionisti della salute mentale, una interpretazione bio-psico-sociale della schizofrenia, a differenza dei familiari che prediligono un modello psicologico: la scarsa importanza data ai fattori biologici da parte dei familiari è, probabilmente, legata a sentimenti di colpa e alla messa in atto di conseguenti strategie di difesa psichica dall'angoscia.

9. La teoria causale di tipo biologico e la categorizzazione della schizofrenia come "malattia" sono positivamente correlate con la percezione di pericolosità e imprevedibilità, paura e desiderio di distanza sociale dai pazienti. È questo il risultato dello studio condotto da Read et al. (2006) sul pregiudizio e la schizofrenia, se questa viene considerata come "una malattia come tutte le altre" e quindi se viene data enfasi alla natura biologica della malattia mentale. A supportare tale risultato gli autori portano una *review* della letteratura tesa a evidenziare gli atteggiamenti nei confronti dello stigma. Lo studio di Mehta e Farina (1997), ad esempio, mostra come la visione del disturbo psichiatrico come malattia non migliori l'atteggiamento della società, anzi incrementa, in questa, sentimenti di riprovazione e ne promuova comportamenti più severi, al contrario della visione psico-sociale.

Due studi neozelandesi (Read e Law, 1999; Read e Harre, 2001) mostrano come una popolazione giovane adulta che attribuisce alla schizofrenia una causa biologica, percepisce il paziente psichiatrico come più pericoloso e imprevedibile e tende a desiderare meno interazioni sociali con questi rispetto a coloro che credono in cause psicologiche. La relazione tra la propensione per cause biogenetiche e l'atteggiamento negativo è stato, secondo gli autori, riscontrato anche nello staff medico e nei pazienti: i professionisti percepiscono il paziente come più sofferente e sono meno inclini a coinvolgerlo in progetti; al contrario la spiegazione psicologica, rappresenta per i pazienti un incentivo a compiere maggiori sforzi per cambiare la propria situazione rispetto alla spiegazione biologica. Un altro studio dimostra come le due spiegazioni biologiche "malattie del cervello" e "ereditarietà" non hanno effetti nel modificare il sentimento di rabbia ma incrementano la paura.

Una delle spiegazioni che gli autori danno di questi risultati è che l'idea che la patologia mentale è uguale a tutte le altre malattie fisiche porta il soggetto ammalato a non perseguire alcun controllo sul proprio comportamento con la conseguente marginalità o esclusione sociale. Un'altra spiegazione sembrerebbe addotta alla necessità della comunità di negare la

propria paura della pazzia. In tal senso le spiegazioni che rinforzano la possibilità di creare categorie psicologiche separate, attraverso una negazione della multidimensionalità del problema, aumentano la differenza tra “noi” e “loro” e possono alimentare sentimenti di distanza, paura, proiezione e creazione del capro espiatorio (Read et al. 2006).

10. Nello studio già citato (Magliano et al. 2004) si confrontano le differenze nelle opinioni dei tre gruppi, popolazione generale, familiari e professionisti, anche rispetto a possibilità di guarigione, di trattamento, diritto di informazione, competenze sociali e diritti dei pazienti.

La completa guarigione viene ritenuta possibile dal 35% dell'opinione pubblica, ma solo dal 2% dei professionisti e dal 17% dei familiari; le opinioni sull'efficacia del trattamento sono convergenti nel caso dei professionisti e dei cittadini e divergono da quelle dei familiari. I primi due gruppi ritengono la terapia farmacologica utile rispettivamente nel 25% e 28% dei casi mentre analoga opinione si riscontra nella metà dei familiari (48%). I trattamenti psicosociali sono considerati utili per il 58% dei cittadini, per il 44% dei professionisti e per il 46% dei familiari.

Anche rispetto alle competenze sociali l'opinione della comunità si avvicina di più a quella dei professionisti rispetto a quella dei familiari. È questo il caso della capacità di lavorare come le altre persone, della riconoscibilità del paziente psichiatrico e della similitudine tra il manicomio e la prigione. Al contrario, però, l'opinione dei cittadini diverge totalmente da quella degli altri due gruppi quando ci si riferisce alla imprevedibilità del paziente psichiatrico e alla opportunità di ricoverarlo in una struttura di lungodegenza.

Anche rispetto ai diritti civili questo orientamento non sembra mutare e, di nuovo, comunità e professionisti condividono le proprie opinioni: soprattutto in merito alla non necessità di leggi particolari in merito al divorzio nel caso un coniuge sia un paziente psichiatrico. La domanda sulla opportunità o meno che i pazienti contraggano matrimonio distingue una opinione ottimistica dei cittadini (60%) da atteggiamenti pessimistici di professionisti (46%) e familiari (29%). Infine il 19% dei cittadini, il 17% dei professionisti e il 49% dei familiari sono convinti che questi pazienti non dovrebbero avere figli.

Secondo gli autori questo studio evidenzia tre punti importanti. Il primo è che dovrebbe essere fornita maggiore informazione sulla schizofrenia e le sue caratteristiche; in secondo luogo è necessario ridurre le divergenze esistenti tra le opinioni dei tre gruppi studiati implementando le politiche comunitarie di salute mentale e provvedendo ad un adeguato supporto per le famiglie; terzo, sono necessarie campagne di sensibilizzazione che siano

in grado di sollevare le coscienze rispetto al problema della discriminazione verso i pazienti psichiatrici.

Utilizzando gli stessi strumenti, Veltro et al. (2005) hanno valutato se la vicinanza alle persone con patologie mentali sia efficace nel ridurre lo stigma attraverso uno studio di comparazione nell'opinione delle comunità in cui sono o non sono presenti strutture psichiatriche residenziali. Le differenze nelle due comunità riguardano soltanto l'utilità dei farmaci, la necessità di informare i pazienti e i familiari sul disturbo e la rappresentazione del manicomio come prigione. Secondo gli autori, ciò può essere spiegato dal fatto che il contatto spontaneo con l'ammalato modifica l'opinione diffusa che i disturbi mentali sono controllabili dal paziente, convinzione che si è mostrata capace di incrementare lo stigma. Ciò si basa sulla ipotesi formulata da Corrigan (2000) che il contatto sociale con l'ammalato mentale trasforma il sentimento di paura in "simpatia" portando ad una diminuzione dello stigma. In realtà, secondo gli autori, tale contatto è in grado di migliorare la comprensione della malattia. Esso determina una più umana accettazione nella società e più forti sentimenti di solidarietà, ma non modifica altri aspetti del pregiudizio e degli stereotipi. Non agisce creando un autentico cambiamento nelle convinzioni negative capace di riflettersi nella pratica quotidiana, come confermato dal fatto che i datori di lavoro conservano un atteggiamento discriminatorio che solo programmi ed interventi di supporto specifici possono modificare.

11. Imprevedibilità e pericolosità risultano ampiamente implicate nella generazione dello stigma. Link et al. (1999) hanno misurato la percezione che l'opinione pubblica ha della violenza dei pazienti psichiatrici. Nello studio viene mostrato come il più alto grado di violenza potenziale venga percepito nel caso di persone con problemi di dipendenza da cocaina seguite da quelle con dipendenza da alcol, da soggetti con schizofrenia, depressione maggiore e "persone problematiche". Sebbene gli studi empirici mostrino solo un modesto incremento di atti violenti tra le persone con disturbi mentali, tale dato risulta notevolmente amplificato nella opinione comune. La relazione tra imprevedibilità e pericolosità, in termini di violenza, porta un atteggiamento di distanza sociale legato alla paura. Nello stesso studio gli autori evidenziano come le persone intervistate mostrano maggiore desiderio di distanza sociale dalle persone con dipendenza da cocaina, seguiti da quelli con dipendenza da alcool, dalle persone con schizofrenia, depressione maggiore e, in ultimo, dalle persone problematiche, in totale sovrapposizione con i dati precedenti: più si è convinti della pericolosità di una persona più si cerca di mantenere questa distanza sociale.

12. Le informazioni più preziose circa lo stigma possono essere ottenute da coloro che direttamente ne hanno esperienza, riferendosi con ciò non soltanto ai pazienti psichiatrici ma anche ai loro familiari; lo stigma è rivolto, infatti, anche a parenti, amici intimi, e tutti coloro che sono a stretto contatto con i pazienti, inclusi i professionisti della salute mentale. Comprendere lo stigma dalla prospettiva dei pazienti con schizofrenia e dei loro familiari nel proprio contesto di vita, è lo scopo dello studio di Buizza et al. (2007). Il dato posto in maggior rilievo è quello dello stigma avvertito dai familiari nel contesto del trattamento psichiatrico (36.5%). Nel contatto con i professionisti della salute mentale, essi riportano mancanza di collaborazione durante il trattamento, inadeguatezza del servizio e inefficacia a lungo termine del trattamento. Sia i familiari che i pazienti, inoltre, riferiscono casi concreti di discriminazione e di inutili misure coercitive utilizzate. La seconda esperienza di stigmatizzazione più frequente riportata è l'atteggiamento negativo ed il pregiudizio della comunità, sebbene il rifiuto da parte della società è vissuto maggiormente dai pazienti (28.8%) che dai familiari (1.3%). Il terzo aspetto rappresentato è il "self-stigma": l'effetto dello stigma sull'auto-percezione del paziente è descritta da un quarto dei familiari ma soltanto dallo 7.5% dei pazienti con schizofrenia. Un altro aspetto che rappresenta un'importante fonte di stigma per il paziente (16.9%) più che per i familiari (9.1%) è la sensazione di esclusione sociale nei termini di mancanza di amici, colleghi e relazioni intime. Le quattro dimensioni dello stigma identificate dagli autori sono l'accesso ai ruoli sociali, la qualità dei servizi di salute mentale, lo stigma interiorizzato riguardo la malattia mentale e la immagine pubblica di questa. Queste quattro dimensioni sono applicabili sia ai pazienti che ai familiari, sebbene per i pazienti le più presenti sono l'accesso ai ruoli sociali e l'immagine pubblica della malattia mentale, mentre per i familiari le altre due.

13. Il trattamento della salute mentale dovrebbe comportare un miglioramento nella qualità della vita della persona, tuttavia con il passare degli anni, altre priorità quali l'attenzione al bilanciamento costi-efficacia dei trattamenti, la misurabilità dei risultati, gli standard della medicina basata sull'evidenza, hanno eclissato e oscurato quest'obiettivo. Ware et al. (2008) hanno raggruppato un insieme di "capacità" e di "opportunità" per costituire una struttura teorica che guidi il processo di integrazione sociale delle persone con malattie mentali, migliorandone di conseguenza la qualità della vita.

Le competenze che i pazienti dovrebbero acquisire, sono sei: responsabilità, cioè comportarsi in modo da guadagnare il rispetto e la stima degli

altri; avvedutezza cioè sentire la responsabilità verso gli altri delle conseguenze delle proprie azioni nel contesto delle norme sociali o morali; immaginazione, elaborare idee e immagini mentali nella consapevolezza della loro natura psichica; empatia considerare, comprendere e identificarsi con il punto di vista dell'altro; giudizio, formulare opinioni valide e decisioni assennate anche in assenza di informazioni complete; patrocinio sostenere le proprie opinioni in forma orale o scritta. Le competenze si riferiscono alle caratteristiche individuali che forniscono alle persone la capacità di agire; non sono però da confondere con le abilità, che si acquistano con la pratica e sono la gestione del sintomo, la regolazione dell'emozione, la riduzione dello stress, per esempio; le competenze sono acquisite tramite un processo di sviluppo mirato alla crescita morale, sociale, cognitiva, emozionale.

Le "opportunità" sono, dall'autore, riconosciute in: contraddizione, reinterpretazione, tentativo, crescita delle aspettative, confronto e sono intese dagli autori come meccanismi strutturati di cambiamento che conducono alla sviluppo di capacità. In ognuna delle occasioni il cambiamento è diretto a costruire capacità che creano aggregazione.

Bibliografia

1. M.C. ANGERMEYER, H. MATSCHINGER, *Causal belief and attitude to people with schizophrenia. Trend analysis based on data from two population surveys in Germany*, in *British Journal of Psychiatry*, 2005, 186, 331-334.
2. B. BARRY, *Social exclusion, social isolation and the distribution of income. Casepaper, 12. Centre for Analysis of Social Exclusion, London School of Economics and Political Science, London, 1998.*
3. D. BILES, G. MULLIGAN, *Mad or bad? The enduring dilemma*, 1973, in J. Gunn, *Future directions for treatment in forensic psychiatry, British Journal of Psychiatry*, 2000, 176, 332-338.
4. M.B BORG JR., *Disability, social policy and the burden of disease: creating an "assertive" community mental health system*, in *New York. Psychology*, 2010, 1, 134-142.
5. C. BUIZZA, B. SCHULZE, E. BERTOCCHI, G. ROSSI, A. GHILARDI, R. PIOLI, *The stigma of schizophrenia from patients' and relatives' view: a pilot study in an Italian rehabilitation residential care unit. Clinical Practice and Epidemiology, in Mental Health*, 2007, 3:23.
6. T. BURCHARDT, *Social exclusion*, 2000, in C. Morgan, T. Burns, R. Fitzpatrick, V. Pinfold, S. Priebe, *Social exclusion and mental health. Conceptual and methodological review*, in *British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, 477-83.
7. T. BURCHARDT, J. LE GRAND, D. PIACHAUD, *Degrees of exclusion : developing a dynamic, multidimensional measure*, 2002, in C. Morgan, T. Burns, R. Fitz-

- patrick, V. Pinfold, S. Priebe, *Social exclusion and mental health. Conceptual and methodological review*, in *British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, 477-83.
8. A. CECCHERINI-NELLI, S. PRIEBE, *Economic factors and psychiatric hospital beds - an analysis of historical trends. International Journal of Social Economics*, Vol.34, No.11, 2007.
 9. P.W. CORRIGAN, *Mental health stigma as social attribution: implication for research methods and attitude change*, in *Clinical Psychology and Sciences Practice*, 2000, 7:48-67.
 10. S. FAZEL, J. DANESH, *Serious mental disorder in 23 000 prisoners: a systematic review of 62 surveys*, in *The Lancet*, Vol. 359, No.16, 2002.
 11. E. GOFFMAN, *Stigma, l'identità negata*, Trad. it., Bari, 1970.
 12. J. GUNN, *Future directions for treatment in forensic psychiatry*, in *British Journal of Psychiatry*, 176, 332-338, 2000.
 13. E.E. JONES, A. FARINA, A.H. HASTORF, H. MARCUS, D.T. MILLER, R.A. SCOTT, *Social stigma: the psychology of marked relationship*, 1984, in B.G. Link, H.Y. Lawrence, J.C. Phelan, P.Y. Collins, *Measuring mental illness stigma, Schizophrenia Bulletin*, 2004, 30(3): 511-541.
 14. M.M. LARGE, O. NIELSEN, *The Penrose hypothesis in 2004: patient and prisoner numbers are positively correlated in low-and-middle income countries but are unrelated in high-income countries*, in *Psychol Psychother*, 2009, 82, 113-9.
 15. A. LASALVIA, M. TANELLA, *Fighting discrimination and stigma against people with mental disorders*, in *Epidemiologia e Psichiatria Sociale*, 2008, 17,1.
 16. R. LENOIR, *Les exclus*, 1974, in C. Morgan, T. Burns, R. Fitzpatrick, V. Pinfold, S. Priebe, *Social exclusion and mental health. Conceptual and methodological review. British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, 477-83.
 17. B.G. LINK, H.Y. LAWRENCE, J.C. PHELAN, P.Y. COLLINS, *Measuring mental illness stigma*, in *Schizophrenia Bulletin*, 2004, 30(3): 511-541.
 18. B.G. LINK, J.C. PHELAN, M. BRESNAHAN, A. STUEVE, B.A. PESCOLIDO, *Public conceptions of mental illness: labels, causes, dangerousness and social distance*, in *American Journal of Public Health*, vol.89, No. 9, 1999.
 19. B.G. LINK, J.C. PHELAN, *Conceptualizing stigma*, in *Ann. Rev. Social.*, 2001, 27:363-85.
 20. L. MAGLIANO, A. FIORILLO, L. DE ROSA, C. MALANGONE, M. MAJ, *Belief about schizophrenia in Italy: a comparative nationwide survey of the general public, mental health professionals and patients' relatives*, in *Can J Psychiatry*, Vol.49, No. 5, 2004.
 21. S. MEHTA, A. FARINA, *Is being "sick" really better? Effect of the disease view of mental disorder on stigma*, in *J Soc Clin Psychol*, 1997, 16: 405-19.
 22. *Mental Health: a report of the Surgeon general. Executive Summary. Department of Health and Human services, U.S.*, 1999.
 23. C. MORGAN, T. BURNS, R. FITZPATRICK, V. PINFOLD, S. PRIEBE, *Social exclusion and mental health. Conceptual and methodological review. British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, 477-83.
 24. H. PARR, C. PHILO, N. BURNS, *Social geographies of rural mental health: experiencing inclusion and exclusion*, 2004, in C. Morgan, T. Burns, R. Fitzpatrick,

- V. Pinfold, S. Priebe, *Social exclusion and mental health. Conceptual and methodological review. British Journal of Psychiatry*, 2007, 191, 477-83
25. S. PRIEBE, A. BADESCONYI, A. FIORITTI, L. HANSSON, R. KILLAN, F. TORRE-GONZALES, T. TURNER, D. WIERSMA, *Reinstitutionalization in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries*, in *BMJ*, Vol. 330, 2005.
 26. S. PRIEBE, A. FIORITTI, *Dopo la deistituzionalizzazione: stiamo imboccando il cammino contrario?*, in *Psichiatria di Comunità*, Vol. III, n. 3, 2004.
 27. S. PRIEBE, P. FROTTIER, A. GADDINI, R. KILLAN, C. LAUBER, R. MARTINEZ-LEAL, P. MUNK-JORGENSEN, D. WALSH, D. WIERSMA, D. WRIGHT, *Mental health care institutions in nine European countries, 2002 to 2006. Psychiatric Services. Ps.psychiatryonline.org*, Vol. 49, No. 5, 2008.
 28. J. READ, N. HASLAM, L. SAYCE, E. DAVIES, *Prejudice and schizophrenia: a review of "mental illness is an illness like any other" approach*, in *Acta Psychiatr Scand*, 2006, 114: 303-18.
 29. J. READ, N. HARRE, *The role of biological and genetic causal beliefs in the stigmatisation of "mental patients"*, in *J Ment Health*, 2001, 10:223-35.
 30. J. READ, A. LAW, *The relationship of causal beliefs and contact with users of mental health services to attitudes to the "mentally ill"*, in *Int J Soc Psychiatry*, 1999, 45:216-29.
 31. D. ROTHMAN, *The discovery of asylum*, 1971, in B.G. Link, J.C. Phelan, M. Bresnahan, A. Stueve, B.A. Pescosolido, *Public conceptions of mental illness: labels, causes, dangerousness and social distance. American Journal of Public Health*, vol. 89, No. 9, 1999.
 32. *Social Exclusion Unit Report. "Mental health and social exclusion". Office of the Deputy Prime Minister*, London, 2004.
 33. R.J. STANCLIFFE, K.C. LAKIN, J.R. SHEA, R.W. PROUTY, K. COUCOUVANIS ET AL., *The economics of deinstitutionalization*, 2005, in A. Ceccherini-Nelli, S. Priebe, *Economic factors and psychiatric hospital beds - an analysis of historical trends. International Journal of Social Economics*, vol. 34, No.11, 2007.
 34. S. STAR, *The public's ideas about mental illness*, 1955, in B.G. Link, J.C. Phelan, M. Bresnahan, A. Stueve, B.A. Pescosolido, *Public conceptions of mental illness: labels, causes, dangerousness and social distance. American Journal of Public Health*, vol. 89, No. 9, 1999.
 35. P. TOWNSEND, *Poverty in the U.K.*, 1979, in C. Morgan, T. Burns, R. Fitzpatrick, V. Pinfold, S. Priebe, *Social exclusion and mental health. Conceptual and methodological review. British Journal of Psychiatry*, 191, 477-83, 2007.
 36. A. SUMANTHIPALA, R. RANWELLA, *The evolution of psychiatry care - a spiral model*, in *Psychiatric Bulletin*, 1996, 20, 561-63.
 37. F. VELTRO, A. RAIMONDO, C. PORZIO, T. NUGNES, V. CIAMPONE, *Un'indagine sul pregiudizio e gli stereotipi della malattia mentale in due comunità che differiscono per la "presenza/assenza" di strutture psichiatriche residenziali*, in *Epidemiologia e Psichiatria Sociale*, 2005, 14, 3.
 38. N. WARE, K. HOPPER, T. TUGENBERG, B. DICKEY, D. FISHER, *A theory of social integration as quality of life*, in *Ps.psychiatryonline.org*, vol. 59, No. 1, 2008.

GIULIANO BALBI

MALATO DI MENTE AUTORE DI REATO E ESCLUSIONE SOCIALE

1. - Nella prospettiva del penalista, il tema oggetto dell'incontro va inevitabilmente centrato sulla specificità dell'infermo di mente autore di reato, ma in una dimensione peculiare: il primo punto da affrontare dovrebbe infatti attenersi all'analisi non delle risposte custodiali, ma di quelle *stricto* o *lato sensu* terapeutiche approntate dall'ordinamento nei confronti di chi, infermo di mente, abbia violato la legge penale.

Che tale approccio si mostri – quantomeno in astratto – doveroso, risulta chiaramente dalle coordinate costituzionali di riferimento. Da un lato, infatti, il principio di colpevolezza, di cui al primo comma dell'art. 27 Cost., impone di non punire l'infermo di mente autore di reato perché non legittimamente destinatario di un giudizio di rimprovero per il fatto da lui realizzato; dall'altro, il terzo comma della medesima disposizione, vincolando lo scopo della pena ad una funzione *rieducativa*, mostra l'incongruità teleologica dello strumento punitivo rispetto allo specifico esistenziale dell'infermo; da ultimo, perché l'art. 32 Cost., nel porre quale momento fondante della convivenza sociale *la tutela della salute dell'individuo*, obbliga lo Stato ad assicurare anche a tale tipologia di soggetti un adeguato approccio terapeutico.

Certo, non v'è dubbio che queste istanze debbano convivere con quelle – altrettanto legittime – della difesa sociale, istanze che impongono di tutelare i consociati nei confronti degli infermi di mente pericolosi, *telos* ineludibile per uno stato di diritto, nella sua strumentalità a garantire l'incolumità, ma anche la pacifica convivenza, dei consociati.

In effetti, proprio in ragione della difficoltà di trovare un appagante punto di equilibrio tra le due istanze in gioco – da un lato le esigenze terapeutiche e di tutela dell'infermo, dall'altro quelle esponenziali delle istanze di difesa e controllo sociale -, il sistema delle risposte ordinamentali apprestate nei confronti dell'infermo di mente autore di reato costituisce un piano tradizionalmente delicato e difficile per l'ordinamento, e su cui in qualche modo si gioca una partita dalla posta decisamente elevata, perché mette alla prova l'onestà ideologica di un sistema democratico, la sua capacità

di mantenere saldi i principi identitari anche in un ambito in cui verrebbe quasi “comodo” eluderli, perché qui i principi – le garanzie fondamentali – devono esser fatti valere a tutela di soggetti frequentemente stigmatizzati dal corpo sociale, percepiti come diversi, non di rado espulsi dalle stesse famiglie di origine, di persone peraltro prive della benché minima merce di scambio politica e sociale, e in nome della cui tutela ben pochi sarebbero disposti a spendersi davvero.

Se questa è la partita, allora va detto subito che, almeno fino ad oggi, l’abbiamo persa.

I contrapposti interessi in gioco, infatti, non risultano affatto – nel nostro sistema - contemperati con equilibrio: l’approccio ordinamentale, difatti, risulta totalmente sbilanciato a favore della difesa sociale, e pressoché dimentico delle istanze terapeutiche, di recupero e di integrazione dell’infermo di mente autore di reato.

Si dirà “*ma tale soggetto non viene punito*”, anzi nei suoi confronti è predisposto uno strumento *ad hoc*, quale la misura di sicurezza dell’ospedale psichiatrico giudiziario, la cui applicazione è peraltro subordinata al fatto che egli sia persona socialmente pericolosa.

A questo punto è necessario intendersi sul ruolo, la *reale* funzione assolta nel sistema dalla misure di sicurezza in genere e dall’O.P.G. in particolare, ragionando – per quanto in estrema sintesi – sia della genesi di tali istituti sia della loro attuale dimensione.

2. - In uno sguardo di ordine storico, va innanzitutto rilevato come, paradossalmente, il folle fosse oggetto di maggiore tutela nell’*ancien régime* che nello stato moderno.

Le parole di Paolo che, nella seconda lettera ai Corinzi, proclamava se stesso come il più folle tra i folli e, soprattutto, il mito medioevale della follia di Cristo sulla Croce, avevano infatti contribuito, nell’alimentare l’antica concezione mistica della follia, a creare una sorta di immunità per il folle che riuscì a resistere fino all’avvento dello Stato borghese, e che lo stesso Inquisitore non aveva potuto violare. È ancora nel 1654, ad esempio, che Ana de Abella, accusata di stregoneria, viene prosciolta dall’inquisizione di Spagna in ragione della sua *flaqueza de cabeza* (BERNASSAR).

Mentre nelle monarchie assolute, insomma, la natura trascendente dell’investitura sovrana aveva condotto a individuare nell’eretico, o nell’indemoniato, il pericolo per l’ordine costituito, il nascente Stato borghese, con l’immanenza della propria legittimazione, vide in ogni forma di devianza un pericolo dal quale occorreva difendersi.

Più in particolare, mi viene da pensare che la gestione della follia costituisca una delle anime maggiormente oscure del garantismo ottocentesco, l'angolo buio al cui interno furono governate quelle istanze di controllo sociale (quella "preoccupazione borghese di mettere ordine nel mondo della miseria", per citare Foucault) difficilmente coniugabili con i principi cardine dell'illuminismo giuridico – con quegli stessi principi che ancora oggi siamo soliti individuare quali limiti invalicabili di un diritto penale democratico, su tutti, i principi di legalità e colpevolezza.

La via che si seguì fu, in realtà, quella di sempre, ovvero l'internamento coatto di masse di diseredati, disperati, vagabondi, dissipatori di patrimoni, bestemmiatori, sifilitici e così via. Ma, ostando il principio di legalità a una loro – possibile - diretta carcerizzazione, la soluzione più comoda venne trovata proprio nella gestione spregiudicata della follia, innanzitutto ampliandone il concetto a dismisura funzionalmente a precisi obiettivi di ordine politico. Non stupirà, a questo punto, ricordare che - ancora alla fine dell'800 - un noto psichiatra individuasse i sintomi della malattia di mente "nella brama, così frequente nelle infime classi della popolazione, di mutar condizione, e così da servi diventar padroni" (FENOGLIO).

Il passo successivo consistette nella creazione di stabilimenti *ad hoc* in cui disporre il ricovero, stabilimenti che nel *nomen* ricordano strutture sanitarie, ma la cui sostanza appare decisamente diversa.

Scrivono i Gualandi, nel 1823, a proposito del Regio Ospedale di Aversa: "Come non si può dire parole di disapprovazione in considerando dell'orrido luogo destinato nel terzo piano superiore all'imprigionamento dei furiosi, dove giacciono essi a terra durante la notte e il giorno, carichi di corregge, ignudi, esposti alle ingiurie dei tempi ... con un paglione al fianco spesso infradito e verminoso? ... Ed è terribile il supplizio della fame e della sete che divora quei miseri." Nell'istituto non erano previste visite mediche periodiche per gli internati, e gli strumenti di terapia ricordano significativamente strumenti usati, secoli prima, per ben altri scopi: "il maniaco viene rivestito di un busto di forza, le cui maniche hanno guanti di duro cuoio che impediscono la flessione delle dita. In questo stato viene accostato al muro, ed i suoi piedi poggiati a terra vengono rinchiusi tra due tavole. Un semicerchio di ferro affigge ugualmente al muro ora il petto, ora il ventre del paziente secondo che per la sua statura. Quel semicerchio è obbligato al muro per mezzo di un naso di ferro ...". E così via.

L'impossibilità di punire l'infermo di mente autore di reato, in nome delle più nobili istanze del pensiero illuministico non produsse, insomma, effetti particolarmente commendevoli. La totale elusione dei principi fon-

damentali avviene, a ben vedere, per il tramite del parametro della *pericolosità*.

In realtà, il diritto penale moderno – già attraverso l’idea dello scopo, e dunque già con Feuerbach e von Liszt – si configura *ab origine* su di una grave patologia congenita (direi di tipo autoimmunitario) che – giustappo-ponendo il piano della gravità del fatto realizzato a quello della pericolosità individuale del suo autore - lo predispone a rinnegare se stesso, la sua matrice culturale egalaritaria e liberal-garantista, modulandosi su due livelli: un “piano nobile”, quello del *fatto di reato*, presidiato dalla legalità, oggetto delle attenzioni di una dottrina attenta all’invalidabile limite delle garanzie, una “penalistica civile”, dunque, proiettata su di un “diritto penale dei galantuomini”. Ma accanto ad esso, quasi ignorata dalla dottrina, viene poi allestita una “bassa cucina” penale, modulata sulla pericolosità, strumentale a presidiare da un lato la tutela dell’ordine, dall’altro la preservazione delle posizioni politicamente e socialmente dominanti (P. COSTA).

Non è un caso, venendo ai giorni d’oggi, che l’O.P.G., misura di sicurezza elettiva per gli infermi di mente autori di reato, ritrovi proprio nella *pericolosità sociale* uno dei suoi presupposti applicativi.

3. - Va peraltro rilevato come quello della pericolosità costituisca un parametro peculiarmente in auge nelle scelte del legislatore penale degli ultimi anni. Non più pudicamente relegata a svolgere il “lavoro sporco” del controllo sociale della devianza – nelle sue “classiche” applicazioni in tema di misure di prevenzione e misure di sicurezza –, ha finito infatti per diventare protagonista assoluta di un *diritto penale della sicurezza* in cui, tramite la canalizzazione mediatica delle paure collettive verso soggetti deboli, ma percepiti come diversi dal corpo sociale, si compiono operazioni di *marketing* politico del tutto indifferenti alle coordinate garantiste del diritto penale del fatto. Il risultato è stato l’uso frequente della norma penale come strumento pressoché impazzito di neutralizzazione simbolica dei problemi sociali: il risultato è l’ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l’assoluta incapacità – e probabilmente l’intima assenza di volontà - di affrontare davvero i problemi sociali.

In questo clima politico-culturale, chi volete che spenda le sue parole, il suo impegno intellettuale e politico, a tutela dei malati di mente autori di reato? Certo, *tecnicamente* tali soggetti non vengono puniti, applicandosi loro – se socialmente pericolosi - *soltanto* la misura di sicurezza dell’O.P.G.

In effetti, risulta a questo punto necessario ragionare – sia pur per rapi-di passaggi - sull'identità funzionale delle misure di sicurezza. Sul piano formale, siamo soliti pensare al nostro sistema penale come strutturato sul modello del doppio binario *pena/misura di sicurezza*, l'una modulata sulla responsabilità - se posso rimproverarti ti punisco -, l'altra sulla pericolosità - se non posso punirti, perché tecnicamente non responsabile, posso comunque difendermi da te applicandoti una misura di sicurezza, qualora tu sia persona pericolosa.

Questo schema sembrerebbe – ad una analisi, tuttavia, decisamente superficiale - la conseguenza di una scelta politica di mediazione, se non di sintesi, tra i presupposti caratterizzanti da un lato il pensiero della Scuola classica, modulato sull'idea dell'uomo inteso come essere libero e responsabile, e dall'altro di quella positiva, incentrato su di un paradigma strettamente deterministico, e dunque sulla necessità di difendere la società nei confronti dei soggetti – strutturalmente - pericolosi.

Ma a ben vedere, e a prescindere dagli abili artifici dialettici del legislatore del '30, il sistema del “doppio binario” entra nel nostro sistema totalmente svincolato da qualsiasi ascendenza teorica, perché non può esservi alcuna mediazione, nessun punto di incontro, tra la libertà del volere e la sua negazione. Il binomio pena/misure di sicurezza, in altre parole, ad altro non corrisponde che a una decisa superfetazione tecnicistica delle istanze di difesa sociale espresse da uno stato totalitario.

E che le cose stiano realmente in questi termini è peraltro messo bene in luce dal fatto che, in realtà, risulta quanto mai complicato distinguere - sui piani teorici delle funzioni, dei presupposti e degli scopi - le misure di sicurezza a carattere custodiale da un complessivo sistema di sanzioni penali di cui hanno finito per costituire null'altro che una peculiare *species*. Questo, vuoi per il loro insistere in modo egualmente affittivo sulle libertà fondamentali, vuoi – sul piano tutto fenomenologico della realtà fattuale - per la loro stessa, frequente identità di luogo: si pensi, ad esempio, alle “case di lavoro” che in altro non consistono, di regola, che in un autonomo padiglione nell'ambito degli istituti di pena.

Nel nostro sistema, insomma, i due binari si incrociano di continuo. E quando due binari si incrociano, i rischi sono evidentemente fuori controllo.

Sarebbe tuttavia affrettato evincere da questa premessa la sostanziale identità sistematica – e di effettivo “impatto” - tra pene e misure di sicurezza. L'essere queste ultime modulate sul parametro della pericolosità sociale le rende, infatti, peculiarmente insidiose, trattandosi di un concetto decisamente difficile da gestire per un sistema che intenda essere realmente rispettoso delle garanzie primarie dei consociati. Questo, per una pluralità di ragioni:

- a) per i gravi limiti di affidabilità scientifica dei giudizi criminogenetici e predittivi, discendenti sia dal carattere spiccatamente soggettivo delle decisioni individuali, sia dalla difficilissima prevedibilità delle stesse al mutare delle condizioni esterne (KAISER). Seri dubbi esistono, insomma, sul fatto che leggi scientifiche e massime di esperienza consentano – nel caso concreto – di riscontrare in modo davvero attendibile la pericolosità di un soggetto. Basti pensare, a riprova della lontananza del giudizio dalle specificità individuali, e delle insostenibili conseguenze sulla tenuta dello stesso principio di uguaglianza, che la nostra giurisprudenza tende a individuare i fattori indizianti anche nella “dimostrata inaffidabilità dei locali servizi di assistenza psichiatrica” (così, ad es., Cass., 19-1-1994);
- b) per il carattere intrinsecamente ambiguo del concetto di pericolosità, potenzialmente carico, anche sul piano semantico, di una molteplicità di significati. Su tutti, uno appare particolarmente minaccioso: la sua attitudine “a fungere da comoda etichetta che canalizza un bisogno emotivo di rassicurazione nei confronti di gruppi di persone percepite di volta in volta come socialmente minacciose”, e dunque “a veicolare significati di stigmatizzazione” (PULITANO’). Si tratta, in altre parole, di un modello che può fornire basi pseudo-scientifiche a quelle forme di discriminazione – sociale, politica, culturale, religiosa, razziale – così frequenti nel crepuscolo delle democrazie;
- C) perché la modulazione su di un parametro – la pericolosità sociale – del tutto evanescente, la mancata individuazione del massimo di durata, la compressione della libertà personale svincolata dalla gravità del fatto posto in essere, sottendono evidenti limiti di legittimità. Nella caligine determinata dall’erosione dei principi di legalità, colpevolezza e proporzione, scompaiono le stesse coordinate del diritto penale del fatto.

Volendo trarre una prima conclusione, potremmo dire che la misura di sicurezza a carattere custodiale – come l’internamento nell’Ospedale psichiatrico giudiziario -, in assenza di un’identità funzionale realmente autonoma e diversificata, finisce per costituire null’altro che una pena detentiva a legalità limitata.

In altre parole, rompendo così un pur rassicurante tabù, possiamo dire che, nel nostro ordinamento, l’infermo di mente autore di reato, se socialmente pericoloso – ma la prognosi di pericolosità è referente del tutto inaffidabile – in realtà viene punito, e punito in modo non di rado più severo di quanto non accada per i soggetti sani.

Nel contempo, non è neanche particolarmente chiaro quale sia il paradigma di infermità mentale rilevante per il sistema penale, e dunque quali siano le tipologie di soggetti destinatari delle dure risposte ordinamentali di

cui ci stiamo occupando. Non sfuggirà, infatti, che il concetto di infermità di mente è – allo stato delle conoscenze - decisamente vago.

Se il legislatore del '30 aveva assunto a implicito riferimento gli schemi della prima psichiatria nosografica, muovendosi sul presupposto organico-stico che la malattia di mente in altro non consistesse che in una lesione del sistema nervoso centrale, non v'è dubbio che tale opzione, e le sue apparenti certezze, sono state successivamente travolte dalla diffusione del pensiero freudiano. Ma tutto ciò non ha determinato l'affermazione di un nuovo, riconoscibile, modello di infermità mentale: di fronte agli sfumati contorni dell'inconscio, la psichiatria è venuta infatti a trasformarsi *in una collezione di teorie e tecniche ognuna estranea e critica nei confronti dell'altra*. Tutto questo ha determinato un problema di assoluta gravità per il sistema penale, al punto che – nell'eclissi di riconoscibilità, certezza e uniformità di trattamento -, la condanna o il proscioglimento dell'imputato, l'internamento o meno in un O.P.G., hanno finito non di rado per dipendere dalla scuola seguita dal perito psichiatra nominato dal giudice.

In proposito, va detto che le Sezioni unite della Cassazione, nel 2005, hanno affrontato il problema (Cass., Sezioni Unite, 25 gennaio 2005, n. 9163), giungendo alla conclusione che il concetto di infermità di mente rilevante per il sistema penale debba esser inteso in modo assolutamente ampio, sì da ricomprendere anche i meri disturbi della personalità, per quanto atipici. Soluzione, questa, che tuttavia non va incontro alle esigenze di garanzia che dovrebbero permeare il sistema. Quello di *disturbo della personalità*, infatti, è un paradigma tutt'altro che rigido, basti pensare che il DSM (*Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*, IV^a Edizione) lo definisce come “*un modello di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente rispetto alle aspettative della cultura dell'individuo*”. Che tale quadro esistenziale, unito alla razionalmente indifendibile prognosi di pericolosità, possa giustificare l'internamento – a tempo indeterminato - in un O.P.G. è un fatto quantomeno inquietante.

Non nego che anche tali soggetti possano necessitare di un trattamento sanitario. Il punto è che l'OPG, lo abbiamo visto, non assolve affatto – se non su di un piano assolutamente minimale, e comunque totalmente inadeguato - a istanze di ordine terapeutico.

D'altronde, la l. 180 del 13 maggio 1978, la cd. legge Basaglia, esprime la convinzione del nostro legislatore che la soluzione custodiale sia estranea a opzioni terapeutiche – quantomeno elettive -, ma la Basaglia ha totalmente ignorato gli Ospedali psichiatrici giudiziari.

Forse penserete che il mio giudizio sia eccessivamente severo. Eppure è tristemente confortato da un rapporto del 2010 del *Comitato prevenzione*

tortura del Consiglio d'Europa - recatosi a ispezionare, nel 2008, gli O.P.G. di Napoli e di Aversa - da cui traspaiono dati difficilmente equivocabili.

Ad Aversa, ad esempio, il personale psichiatrico risulta complessivamente presente soltanto per 250 ore al mese, a fronte di 268 internati; la media è dunque al di sotto dell'ora mensile di assistenza psichiatrica per ciascuno di essi, ulteriormente ridotta, nota il Comitato, dal fatto che gli psichiatri debbano dedicare non poco del loro tempo a preparare rapporti per l'autorità giudiziaria. In tutta la struttura sono presenti soltanto due psicologi. Non vi è alcuna terapia individuale, non vi è terapia occupazionale: non più del 20% degli internati partecipa ad attività organizzate. Il numero di infermieri viene stigmatizzato come assolutamente insufficiente. Essenzialmente, viene riscontrato un ampio uso di farmaci e una frequente utilizzazione dei letti di contenzione, anche per nove, dieci giorni consecutivi. In relazione a quest'ultimo punto, va detto che il CPT ritiene di trovarsi in presenza – per la durata, le condizioni di semi-abbandono del ristretto e la sporadicità del controllo medico – di un trattamento “inumano e degradante”.

A questo punto, non è forse un caso che tra la fine del 2007 e il 2008, in 14 mesi, nell'OPG di Aversa si siano verificati cinque suicidi. Nel contempo, la polizia penitenziaria è presente con ben 120 agenti, peraltro privi di addestramento specifico.

4. - Alcune valutazioni conclusive appaiono doverose.

Innanzitutto, mi sembra evidente che, allo stato, vi sia ben poca attenzione ordinamentale al problema della salute dell'infermo di mente autore di reato, soggetto da cui difendersi, ma alla cui vita, al cui futuro, al cui recupero, il sistema è sostanzialmente indifferente. Va detto, in effetti, che in taluni dei numerosi progetti di riforma del codice penale che si sono vanamente susseguiti nel corso degli anni – penso in particolare ai progetti Grosso (2001) e Pisapia (2007) - il problema era stato affrontato in termini significativamente differenti, rinunciandosi al paradigma delle misure di sicurezza modulate sulla pericolosità, e prevedendo al contrario strumenti di intervento a carattere terapeutico modulati sul parametro della *necessità di cure*.

Evidentemente, nulla di tutto ciò è stato tradotto in riforma dell'ordinamento penale. Anzi, il diritto penale di questi ultimi anni ha individuato proprio nei più deboli i suoi bersagli elettivi: negli emigranti, negli emarginati, negli *homeless*, in quelli che fanno graffiti, che lavano i vetri ai semafori, che vagabondano, nelle prostitute di strada, nei tossici, negli adolescenti delle periferie. In questo quadro da diritto penale da controriforma, ma anche da crepuscolo della democrazia, difficile che si facessero riforme

a sostegno dei più deboli tra i deboli, dei più reiitti tra i reiitti, dei più indesiderabili tra gli indesiderabili, quali sono gli infermi di mente autori di reato. Anche se una situazione di tal genere, che si protrae da più di ottanta anni, è davvero indifendibile.

RAFFAELE MANFRELLOTTI

LIVELLI ESSENZIALI E RAGIONEVOLEZZA DELLA FUNZIONE PUBBLICA SANITARIA: LA PROSPETTIVA DELLA LEGGE N. 180 DEL 1978

1. *Ragionevolezza della funzione pubblica e autodeterminazione della persona.*

Come è noto, un fondamentale testo del costituzionalismo liberale identificava nel “pacifico godimento dell’indipendenza privata” l’essenza della libertà dei “moderni” contrapposta a quella degli “antichi”¹. L’assunto conserva intatta la propria valenza descrittiva nel momento in cui vuole identificare un nucleo di interessi, propri della persona, sul quale la persona stessa deve mantenere la possibilità di autodeterminarsi. Questo tuttavia non può significare la risoluzione del riconoscimento, da parte della funzione pubblica, di tali interessi nella garanzia dell’autodeterminazione; invero, nella prospettiva del costituzionalismo contemporaneo, nella quale la persona è bensì garantita come singolo, ma inserita in un contesto sociale bisognoso di essere tutelato *quanto* il singolo, il riconoscimento della tutela giuridica ad un determinato interesse, o, se si preferisce, il riconoscimento di un dato diritto (e, dunque, dell’autodeterminazione relativamente ad esso) non può che legarsi e, in qualche misura, condizionarsi alla previsione dei limiti che tale diritto deve sopportare affinché ne venga garantito il significato sociale, affinché abbandoni la propria dimensione individuale per ancorarsi ai valori che rendono possibile la convivenza civile.

Il limite sociale dei diritti della persona e, dunque, dell’autodeterminazione del singolo è sovente trascurato nella riflessione scientifica. L’accentuazione del principio di autodeterminazione sembra influenzata dalla classica ricostruzione della struttura dei diritti soggettivi (e, in particolare, delle libertà) che, sulla base delle suggestioni derivanti dagli studi romanistici², fa

1 B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2010 (rist.), in part. 37 ss.

2 Si veda, ad esempio, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., 170: “Diritto è una podestà o signoria della volontà impartita dall’ordine giuridico”.

leva sulla mera volontà del titolare della posizione giuridica³, e che configura, appunto, l'autodeterminazione come la sua caratteristica essenziale⁴. In quanto rapporto, la posizione soggettiva ha sempre ad oggetto la pretesa ad una prestazione (positiva o negativa) da parte di un altro soggetto (pubblico o privato). La concezione "solipsistica" dei diritti soggettivi, incentrata sulla tesi liberale del dogma della volontà, trascura il significato sociale della posizione soggettiva riconosciuta, ossia gli effetti, in termini di pretese, che essa concretamente dispiega nei riguardi degli altri consociati. La dottrina⁵ si è spinta fino a negare qualunque distinzione tra diritti soggettivi e diritti sociali, poiché per la sua stessa struttura in tanto una posizione soggettiva ha significato giuridico, in quanto è inserita in un contesto sociale obbligato a rispettare tale posizione ma che, al contempo, la limita.

I diritti, a prescindere da distinzioni di struttura, sono forme di partecipazione dei cittadini alla vita politica della comunità, arricchendola attraverso lo sviluppo (costituzionalmente garantito) della propria personalità e partecipando, in ragione della propria esperienza, in maniera consapevole alla vita – in senso lato, politica - della collettività⁶. Il diritto della persona è dunque imprescindibile da una valenza sociale, e dunque da un interesse generale (variamente graduato) a che il diritto stesso sia esercitato: non a caso, proprio a proposito della salute la Costituzione utilizza l'endiadi "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"⁷.

Sicché, spesso il significato sociale di un diritto è talmente profondo che l'obbligo di prestazione è giuridicamente necessario, a prescindere dall'eventuale volontà del titolare di rinunciare al diritto medesimo: l'ob-

3 Per la quale si confronti, ad esempio, P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 69 ss.; più recentemente, S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. soc.*, 1989, 187 ss.

Per una ricostruzione delle tesi che fanno leva sul "dogma della volontà", M. COMPORI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Napoli, 1972, 720 ss.

4 G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1953, 17 ss.

5 F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, cit., 22 ss.; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. Ridola, Roma, 1993, 42 ss., ma *passim*. Sul punto, si confrontino anche le considerazioni di A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002, 25 ss.

6 P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, 2004, 26.

7 Pur con i dubbi che in Assemblea Costituente accompagnarono la scelta di tale formula, particolarmente da parte di quelle forze maggiormente legate alla concezione individualistica dei diritti cui si è fatto cenno. Sul punto maggiori riferimenti in A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 666 ss.

bligo giuridico dello Stato e degli *omnes* di rispettare una posizione soggettiva determinata deve ritenersi tendenzialmente svincolato dalla volontà del titolare: è l'ordinamento, oggettivamente considerato, che ne impone il rispetto, salvo attribuire al titolare medesimo il potere di disporre del diritto stesso quando ciò non ne leda la dignità e, soprattutto, quando la rinuncia ad esso sia necessaria per realizzare una posizione soggettiva considerata più meritevole di tutela⁸. L'acquisizione non è, in verità, una conquista della scienza giuridica moderna, bensì risale agli albori del costituzionalismo contemporaneo: il quale distingueva una "libertà filosofica" consistente nel potere di autodeterminarsi, ossia di esercitare la propria volontà, da una libertà politica, consistente nella sicurezza dei cittadini e il cui perseguimento sarebbe stato obbligatorio per lo Stato, secondo la dottrina in esame, indipendentemente dalla volontà dei titolari di siffatta libertà⁹.

Ne consegue che altrettanto estrema (e al di fuori del diritto positivo) della tesi che ha accentuato il profilo di limiti all'autodeterminazione giungendo a sostenere l'inesistenza stessa della nozione di diritto soggettivo¹⁰, è l'impostazione per cui l'autorità pubblica deve necessariamente arrestarsi di fronte all'autodeterminazione dei singoli. La funzione pubblica è anzi tenuta a garantire determinate prestazioni, specialmente in ambito sanitario, quando ciò sia funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, come del resto è dimostrato dalla legittimità costituzionale, pacificamente ammessa, dei trattamenti sanitari obbligatori¹¹.

Queste considerazioni consentono, ad avviso di chi scrive, di arricchire la prospettiva nella quale è tradizionalmente studiato il principio di ragionevolezza quale parametro di legittimità della funzione pubblica e, in particolare, della funzione legislativa. Quest'ultimo è spesso utilizzato, anche nella sua attuazione giurisprudenziale, nella sua dimensione di salvaguardia dell'interesse individuale inciso dalla legge, valutando la proporzionalità di tale incisione rispetto all'interesse pubblico¹²; ma l'utilizzo

8 Si pensi al diritto all'identità sessuale, in cui l'integrità fisica della persona risulta cedevole rispetto al diritto di realizzare la sessualità che essa percepisce come propria.

9 MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, tr. it. a cura di B. Boffito Serra, Milano, 2004, XII, 2, 341 ss.

10 Il riferimento è, naturalmente, a L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, in Id., *Le trasformazioni dello Stato*, a cura di A. Barbera, C. Taralli, M. Panarari, Torino, 2003, 93 ss.

11 Su cui, ampiamente, le considerazioni di L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, in part. 141 ss.

12 Sin dalla sentenza n. 39 del 1970, in materia di carcerazione preventiva, una delle prime pronunzie in cui la ragionevolezza è stata legata alla proporzionalità; ma

del canone della ragionevolezza deve altresì significare, nella prospettiva opposta, che il riconoscimento del diritto deve essere accompagnato da limitazioni idonee a garantirne la funzione sociale, affinché gli interessi degli *omnes*, parimenti meritevoli di tutela e parimenti elementi costitutivi del c.d. interesse pubblico non risultino oltre misura sacrificati rispetto a siffatto riconoscimento.

Le leggi che interessano l'esercizio di diritti (e, massimamente, quelli che hanno nell'art. 32 Cost. il loro riconoscimento positivo più immediato) devono dunque bilanciare il principio di autodeterminazione dei singoli alla disposizione del diritto con l'interesse pubblico connesso alla posizione soggettiva considerata.

In questa prospettiva, l'esame della legge n. 180 del 1978 sembra particolarmente stimolante dal punto di vista scientifico, poiché l'equilibrio che il legislatore deve realizzare è quanto mai delicato dal momento che la malattia che minaccia la salute della persona, in questa fattispecie, è tale da compromettere immediatamente la libera volontà di essa e, dunque, da viziare in maniera più o meno evidente l'autodeterminazione di essa.

2. La prospettiva della "legge Basaglia": lineamenti descrittivi.

La c. d. legge Basaglia (legge n. 180 del 1978) è ispirata ad un clima culturale di radicale opposizione rispetto alla previgente concezione del malato di mente quale potenziale fattore di pericolo per la società, recuperando invece una dimensione più rispettosa della dignità umana ed ancorando la disciplina di queste fattispecie alla tutela della salute più che alla salvaguardia della pubblica sicurezza.

Viene così statuito un sistema legislativo nel quale anche il ricorso a trattamenti sanitari obbligatori si professa rispettoso dell'autodeterminazione del malato (art. 1, co. II), e nel quale la discrezionalità politica relativa al giudizio di pericolosità sociale del malato è subordinata al parere tecnico del medico teso ad accertare l'oggettiva gravità della malattia: ferma restando la riserva di legge, infatti, i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti dal sindaco, "nella sua qualità di autorità sanitaria locale", previo parere motivato di un medico (art. 1, co. VI). Si tratta, dunque, di una discrezionalità tecnica, in cui la decisione del soggetto pubblico è ancorata a parametri oggettivi e non a valutazioni di opportunità. La funzione pubblica descritta

si confronti anche, in materia di diritto alla salute, la più recente sent. n. 151 del 2009.

dalla legge si configura come un'attività vincolata da parametri tecnico – oggettivi in egual misura che dalle norme legislative (e costituzionali) che descrivono la funzione stessa. Ne consegue che il principio espresso dalla disposizione in esame è quello per cui il criterio fondamentale che presiede alle prestazioni sanitarie è l'autodeterminazione del malato, a meno che non vi sia una situazione, accertata nella sua oggettività secondo parametri tecnici, tale da rendere necessaria l'erogazione di trattamenti sanitari anche contro la volontà del paziente.

La legge, peraltro, prevede una graduazione dei trattamenti a seconda della loro invasività, circoscrivendo le misure che prevedono la degenza ospedaliera forzata (particolarmente invasive perché incidenti sulla libertà personale del malato) ai casi di urgenza (determinata in ragione della gravità dell'alterazione psichica), e nella sola ipotesi in cui i trattamenti sanitari obbligatori non siano accettati dal malato. In questa ipotesi la proposta di trattamento da parte del medico deve essere preceduta, prima del suo recepimento da parte del sindaco, dalla convalida da parte di un medico dell'ospedale in cui il trattamento deve essere erogato. È altresì previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria che, entro 48 ore dal provvedimento che dispone il trattamento, "assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti", dispone la convalida dell'atto stesso (art. 3, co. I e II della legge in esame).

Sebbene l'impianto sia chiaramente ispirato dalla disciplina costituzionale delle limitazioni della libertà personale in caso d'urgenza, la somiglianza si limita alla mera superficie poiché, al di là della terminologia poco precisa (la norma abusa del termine convalida definendo tale anche un atto che, a stretto rigore, convalida non può davvero definirsi¹³...), è escluso qualunque intervento dell'autorità giudiziaria, limitandosi la previsione all'acquisizione di un duplice parere medico. Tale previsione è, comunque, indicativa della circostanza che il legislatore del 1978 ha inteso ridurre al massimo la discrezionalità dell'autorità politica, lasciando alla tecnica margini di intervento i più ampi possibile, quasi che il difetto di autodeterminazione del malato possa essere compensato dall'oggettività dei dati scientifici.

Si tratta, però, di una visione a dir poco ingenua e, comunque, poco rispondente alla realtà delle cose. La medicina, infatti, non è una scienza

13 Il parere del medico *ex art. 2*: per il quale alcuna convalida può esservi poiché riguarderebbe un atto tecnico endoprocedimentale, e poiché non esiste nessun attuale provvedimento pregiudizievole di posizioni soggettive costituzionali da dover essere convalidato.

esatta, è anch'essa divisa tra diverse opinioni in merito ai singoli problemi ed alle relative modalità di intervento; e ciò è particolarmente vero a proposito di malattie, come quella della mente, che sono difficilmente misurabili nella loro gravità, e rispetto a cui le cure sono, in massima parte, ad un livello appena superiore a quello della sperimentazione.

La disciplina che si è descritta carica dunque il medico di una responsabilità decisionale che istituzionalmente non gli appartiene, chiamandolo a disporre non soltanto le modalità e la durata del trattamento¹⁴ ma persino l'*an* della degenza ospedaliera, che, come si è detto, è una fattispecie che incide sulla libertà personale in misura forse maggiore che non sul diritto alla salute (la degenza potrebbe avere anche mere finalità di studio della patologia, senza essere immediatamente finalizzata ad alcun trattamento se non, forse, nelle ipotesi più gravi, alla mera sedazione del paziente). E questo, si badi, in riferimento ad ipotesi che la legge stessa definisce urgenti.

In tali casi, il giudizio relativo all'*an* dell'intervento non parrebbe potersi prescindere da valutazioni relative alla pubblica sicurezza; le quali attonano non al medico, ma alle autorità per questo preposte dall'ordinamento e secondo le garanzie costituzionali che circondano tali valutazioni. In altri termini, la disciplina di cui all'art. 2 della l. n. 180/1978 sembra smarrire la dimensione della tutela della sicurezza pubblica, pure presente, come accennato, nella disciplina del diritto alla salute ai sensi dell'art. 32 Cost. C'è, in somma, nella legge, una sorta di "timore di decidere" in senso contrario all'autoderminazione del paziente, anche quando la condizione di malattia mentale di quest'ultimo ne pregiudica la libera volontà, prevedendo come *condicio juris* dell'intervento pubblico il parere tecnico del medico sulla base dell'erroneo presupposto che la tecnica sia sinonimo di oggettività. L'opportunità di tale scelta legislativa sul piano giuridico risulta ancor più dubbia alla luce dell'errore logico in cui essa cade, ossia la convinzione che la decisione medica sia "scientifica" e, pertanto, oggettiva al pari di

14 L'art. 3, co. IV e V della legge dispone che ove il trattamento si prolunghi oltre il settimo giorno, o, al contrario, nell'ipotesi in cui il trattamento non si renda più necessario, il medico responsabile del trattamento psichiatrico formula una proposta a tal fine al sindaco, che a sua volta provvede ad informare il giudice. La disposizione nulla dispone in ordine ai poteri dell'autorità giurisdizionale, ma non parrebbe dubbio, avuto riguardo ai principi generali dell'ordinamento ed al complessivo impianto della legge, che essa possa disporre la cessazione del trattamento nell'ipotesi di cui al comma IV o il mantenimento del paziente in ospedale nell'ipotesi di cui al comma V. Si avrebbero, invece, maggiori perplessità ad ammettere che il giudice tutelare possa disporre la continuazione del trattamento, trattandosi di una decisione che nel sistema della legge Basaglia sembrerebbe riservata al medico.

un'equazione matematica. La realtà delle cose è, invece, diametralmente diversa, poiché “nella valutazione complessiva della decisione clinica in atto e nella scelta della strategia terapeutica da perseguire devono essere inseriti fattori extra-clinici quali abitudini di vita, usanze, stato socio-economico, acculturazione del paziente e la capacità da parte di questi di recepire il rispetto dell'iter terapeutico, nonché i rischi connessi alla sua applicazione”¹⁵. Ciò deriva dalla natura stessa dell'organismo umano, che è un sistema aperto e, come tale, in continua relazione con il mondo (non soltanto materialmente inteso)¹⁶. Ne consegue che l'ammalato non può essere “deificato ed inserito in una casistica e [...] valutato in percentuali mediante diagrammi statisticamente significativi”¹⁷, perché il trattamento medico richiede la specificità che discende naturalmente dall'unicità del paziente di volta in volta considerato. Ciò fa della medicina un'arte, non una scienza come erroneamente presuppone l'impostazione che qui si critica.

Alla considerazione precedente deve aggiungersi la circostanza che il processo della patologia non è mai uguale a se stesso comporta che la stessa decisione medica è, in realtà, la risultante di una pluralità di decisioni prese in un determinato intervallo di tempo in funzione del decorso della malattia¹⁸.

Queste considerazioni, come sembra evidente, tolgono alla decisione medica parecchio di quell'oggettività che si pretende abbia, impedendo di accettarne la funzione “supplente” nei riguardi dell'autorità di pubblica sicurezza per quanto concerne la scelta di intraprendere o meno determinate azioni nell'interesse del malato e della collettività tutta.

3. (segue).

La tutela giurisdizionale e il recupero dell'interesse generale. Il sistema della legge n. 180 del 1978 recupera, in qualche misura, la tutela dell'interesse generale per quanto concerne la disciplina delle tutele giurisdizionali avverso i provvedimenti che dispongono i trattamenti sanitari obbligatori; e lo recupera in una dimensione che è, forse, persino eccessiva.

15 L. CUCCURULLO, *La “decisione” nel campo medico*, in E. Mariani (a cura di), *I quaderni dell'I.p.e.*, n. 11. *Il processo decisionale*, Napoli, 2000, 49.

16 L. CUCCURULLO, *Natura – organismo umano – persona umana*, in L. Cuccurullo, E. Mariani (a cura di), *Contesti e validità del discorso scientifico*, Roma, 2005, 215 ss.

17 Ancora L. CUCCURULLO, *op. ult. cit.*, 215.

18 L. CUCCURULLO, *La “decisione” nel campo medico*, cit., 48 ss.

Ai sensi dell'art. 4, infatti, "chiunque" può chiedere al sindaco un provvedimento di revoca o di modifica avverso tali provvedimenti. Dispone il successivo art. 5 che contro di essi è ammesso ricorso da parte di "chiunque ne abbia interesse", purché tali provvedimenti abbiano concluso il proprio procedimento e siano, quindi, stati convalidati da parte del giudice.

La disposizione stimola la riflessione scientifica, innanzi tutto, in ordine alla natura dell'interesse ad agire che legittima il ricorso avverso i provvedimenti convalidati. Non sembrerebbe dubbio, infatti, che il legislatore non abbia inteso dar luogo ad un'azione collettiva, radicando la *legitimatio ad causam* in capo a soggetti titolari di un interesse specifico e differenziato da quello della collettività, tale da giustificare la reazione processuale.

Questa conclusione, comprensibile nella prospettiva del bilanciamento tra pubblico e privato che coinvolge le prestazioni sanitarie, e massimamente quelle relative alla fattispecie in esame, pone tuttavia dei dubbi di armonizzazione con la citata disciplina di cui all'art. 4 della legge che istituisce, come si è visto, una generale facoltà di richiesta in capo alla collettività di chiedere la riforma del provvedimento che dispone il trattamento. Infatti, qualora tale richiesta non venisse accolta, non parrebbe dubbio che il principio di azionabilità delle posizioni soggettive *ex* art. 24 Cost. legittimi il richiedente ad impugnare il provvedimento negativo (o il silenzio) del sindaco; così come non parrebbe dubbio che la pronuncia relativa al provvedimento di riforma espliciti necessariamente i propri effetti (confermativi o cassatori) anche sull'atto riformando. Il modello dell'art. 4 sembrerebbe, dunque, costruire un'originale azione collettiva sottoposta alla *condicio juris* del previo ricorso amministrativo in opposizione rivolto all'autorità che ha emanato il provvedimento.

Ne consegue che il riferimento ad uno specifico interesse (privato) ad agire contenuto nell'art. 5 della legge si svuota, in parte, di contenuto dal momento che chiunque faccia richiesta al sindaco di riformare il provvedimento acquista siffatta legittimazione ad agire.

Il modello risultante risulta dunque estremamente aperto verso la società civile, prevedendo un potenziale controllo diffuso di legittimità dell'azione amministrativa consentendo, di fatto, l'impugnazione dei provvedimenti che dispongono trattamenti sanitari obbligatori da parte di "chiunque".

La legge prevede, inoltre, che il sindaco possa proporre ricorso nel termine di trenta giorni avverso la mancata convalida da parte del giudice del provvedimento che dispone il trattamento (art. 5, co. II). Si tratta di una previsione che solleva più di un dubbio in ordine alla sua razionalità, nella parte in cui circoscrive tale legittimazione al sindaco.

La premessa logica del discorso che si va ad intraprendere è che il trattamento sanitario obbligatorio non è assimilabile ad una pena o, comunque, ad una *deminutio* della dignità della persona: si tratta di una misura che, come si è detto, è finalizzata alla tutela del destinatario non meno che dell'interesse generale. Non vi è, dunque, in linea di principio alcuna ragione per cui la sua erogazione debba essere circondata dallo sfavore che tradizionalmente permea la disciplina delle funzioni punitive.

Nel sistema dell'art. 5, l'autorità amministrativa è l'unica istanza chiamata a valutare l'opportunità di un riesame della pronuncia del giudice in ordine alla richiesta di trattamento. Resta fuori l'interesse della collettività che si era ritenuto di coinvolgere nella reazione al provvedimento del sindaco attraverso l'azione collettiva *sui generis* di cui si è detto, così come è completamente trascurato l'interesse privato pure coinvolto dalla vicenda storica su cui va ad incidere la decisione del giudice, rappresentato ad esempio dai familiari stretti del soggetto destinatario del trattamento. E se l'interesse della collettività può forse ritenersi adeguatamente rappresentato dalla figura del sindaco (pur con la rilevante differenza di disciplina rispetto all'ipotesi inversa di cui si è detto *supra*), l'interesse privato al trattamento è, invece, privo di qualsivoglia rappresentanza. Sembra che la legge ritenga tale interesse *in re ipsa* soddisfatto dal diniego di convalida; non ha sfiorato neppure l'illuministica mente del legislatore l'idea per cui potrebbe esservi chi auspica l'erogazione di un trattamento obbligatorio al punto da impugnare l'atto pubblico che non lo prevede.

Dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 della legge risulta, in conclusione, una disciplina processuale fortemente tesa alla salvaguardia dell'interesse pubblico, che lascia alla collettività stessa o ai suoi rappresentanti la facoltà di incidere sul provvedimento. Viene invece smarrita la dimensione più "intima" della vicenda, essendo il soggetto privato e le persone a lui più vicine depredate di qualunque autodeterminazione in ordine al trattamento, che la legge viene così ad equiparare, sostanzialmente, ad una misura repressiva.

4. La funzione pubblica nella l. n. 180 del 1978: la giurisprudenza costituzionale.

Avendo riassunto per linee generali la struttura della c.d. legge Basaglia, può ora procedersi all'esame della ricostruzione pretoria delle funzioni pubbliche che hanno in tale atto il proprio fondamento.

Le conclusioni cui si è giunti nel paragrafo che precede risultano confortate sin dalla prima giurisprudenza costituzionale su siffatta legge quanto meno relativamente ad un profilo: quello della distinzione ontologica tra i trattamenti sanitari obbligatori e la funzione punitiva dello Stato, e dunque – ma questa è una conclusione cui la Corte esplicitamente non perviene – sull’irragionevolezza di talune similitudini statuite dal legislatore tra i trattamenti in esame e le misure di prevenzione restrittive della libertà personale.

La legge n. 180 del 1978 ebbe rilievo davanti alla Corte, per la prima volta¹⁹, quale termine di raffronto rispetto alla norma del codice di procedura penale previgente (art. 88) che obbligava il giudice a sospendere il procedimento penale e ordinare il ricovero in ospedale psichiatrico in caso di infermità mentale sopravvenuta. Il giudice remittente censurava tale disposizione rilevando come l’erogazione di quella che riteneva una misura di prevenzione (il ricovero coatto) non fosse assistita dalle garanzie ordinariamente previste per tali misure. Il Giudice delle leggi si pronunciò per l’infondatezza della questione, rilevando la differente funzione tra le misure di prevenzione (ossia la salvaguardia della pubblica sicurezza minacciata dalla presunta pericolosità sociale del soggetto) e il provvedimento *ex art. 88* del previgente c.p.p., avente invece finalità di “cura e di custodia dell’infermo di mente”. A tale provvedimento risultava dunque estranea qualunque funzione di prevenzione speciale, “e tanto meno – contrariamente a quanto assume il giudice *a quo* – può esserle attribuita natura sanzionatoria”. La Corte rilevava bensì una disparità di trattamento tra la disciplina di cui all’art. 88 e il procedimento di soggezione a trattamenti sanitari obbligatori descritto dalla legge n. 180 del 1978, ma riteneva tale disparità compatibile con il principio di uguaglianza in ragione della qualità di imputato dell’infermo, e dunque della specifica funzione pubblica di cura del singolo e di salvaguardia dell’interesse generale quale descritta nella duplice prospettiva dell’art. 32 Cost.

La Corte ebbe occasione di tornare sulla natura delle prestazioni sanitarie obbligatorie per gli infermi di mente qualche anno dopo²⁰ ribadendo

19 Sent. n. 141 del 1982.

20 Sent. n. 211 del 1988.

Tale pronunzia era stata preceduta dalla sent. n. 516 del 1987, originata da un’ordinanza di rimessione con cui il Pretore di Bracciano aveva censurato la legge n. 180 del 1978 per non avere essa preveduto la durata massima del ricovero, “dimenticandosi” del comma IV dell’art. 3 della legge che fissa espressamente tale termine in sette giorni (protraibili). La questione – seccamente dichiarata manifestamente infondata dalla Corte – si segnala perché il motivo della presunta

do la mutata concezione da parte del legislatore quanto al trattamento di questi malati, “trasformato da problema di pubblica sicurezza a problema essenzialmente sanitario o di reinserimento sociale del paziente”. Sicché, a fronte della richiesta da parte della Provincia autonoma di Bolzano di declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 180 del 1978 per violazione dell’art. 20 dello Statuto regionale del Trentino – Alto Adige, che attribuiva al Presidente della Giunta Provinciale le competenze in materia di pubblica sicurezza sui malati di mente, la Corte affermava la legittimità della qualificazione legislativa di talune fattispecie quali modi regolazione del diritto alla salute (riservata allo Stato) e non di garanzia dell’ordine pubblico (di competenza regionale). La pronuncia in esame è di particolare interesse perché in essa è presente *in nuce* la natura trasversale della funzione regolativa del diritto alla salute, riservata allo Stato quando anche intersecantesi con attribuzioni regionali di natura diversa. Si tratta di un percorso argomentativo che sopravviverà, come è noto, alla riforma del Titolo V della Costituzione e che condurrà all’elaborazione della teoria delle “materie trasversali”, affermata proprio a proposito delle prestazioni sanitarie obbligatorie indirizzate agli infermi di mente.

Con una celeberrima pronuncia²¹, infatti, la Corte ha ritenuto la determinazione delle prestazioni relative a diritti civili e sociali e, in particolare, al diritto alla salute una “competenza” del legislatore statale più che una materia in senso stretto, capace di sovrapporsi anche ad ambiti di competenza formalmente attribuiti alla potestà legislativa regionale.

In questa sede la pronuncia del 2002 rileva per l’importanza che essa attribuisce alla legge n. 180 del 1978. In effetti, già nei motivi di ricorso l’Avvocatura dello Stato aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale indicando quale parametro l’art. 117, co. III Cost., nella parte in cui attrae la tutela della salute nella potestà legislativa concorrente, e indicando altresì quale parametro di legittimità interposto la stessa legge Basaglia.

illegittimità della legge sarebbe stato dato, ad avviso del giudice, non dalla disparità di trattamento rispetto alla disciplina delle misure di prevenzione, ma rispetto a quella degli altri trattamenti terapeutici, per i quali è richiesta la fissazione del minimo periodo di prognosi.

21 Sent. n. 282 del 2002.

In realtà, la pronuncia era stata “preannunciata” dall’ord. n. 228 del 2002, con cui il Governo aveva impugnato una delibera legislativa del Piemonte per motivazioni analoghe a quelle che lo avrebbero spinto qualche mese dopo al ricorso avverso la legge della Regione Marche che ha originato la sent. n. 282. L’ordinanza citata dichiarò, tuttavia, il ricorso improcedibile per esser venuto meno il controllo preventivo di legittimità sulle leggi regionali a seguito dell’entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001.

Il riferimento al parametro interposto è, tuttavia, abbandonato nella motivazione della sentenza, che anzi rileva l'assenza di norme legislative che rilevino nella fattispecie al vaglio della Corte, e ritiene necessario il riferimento diretto al testo della Carta.

Il punto è che la legge n. 180 del 1978, pur destituita dal suo ruolo di parametro di costituzionalità interposto, mantiene tuttavia una posizione di "eminenza grigia" all'interno del ragionamento della Corte, che sembra risentire in misura non irrilevante dell'ispirazione tecnocratica che, come si è visto, costituisce la *ratio* del provvedimento legislativo. Ad avviso del Giudice delle leggi, infatti, "salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. [...] Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite".

Ne consegue che la legge regionale impugnata è dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto "non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente a scopo cautelativo" ed ispirata al principio di precauzione²².

Ora, non sconvolge tanto che la Corte abbia dichiarato in maniera così netta e precisa il tramonto della centralità decisionale del Parlamento, assimilato, nel passo della pronuncia che si è apposta citato per esteso, ad una sorta di organo amministrativo capace di pronunciarsi solo dopo aver portato a termine la fase istruttoria del procedimento. Invero, si è già avuto modo di osservare che tale ruolo è connaturato alla costruzione, da parte del Costituente, della legislazione come funzione, ossia come attività vincolata tesa alla realizzazione di interessi che non sono nella disponibilità del titolare della funzione medesima²³. Ciò che invece lascia perplessi è l'assenza di qualsivoglia indicazione in merito al parametro normativo che

22 A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, in part. 72 ss.

23 Per qualche ulteriore approfondimento, R. MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, 90 ss.

dovrebbe vincolare la funzione: la Corte – almeno secondo quanto si intende dalla lettura testuale della sentenza – gioca tutta la partita sul piano “metagiuridico”, per cui l’art. 32 della Costituzione non porrebbe vincoli di merito al legislatore, ma si limiterebbe quasi esclusivamente a “decostituzionalizzare” tali vincoli imponendogli il rispetto di procedure tese ad acquisire il parere (sostanzialmente vincolante) di “infallibili” organi tecnici nazionali o internazionali²⁴.

L’atteggiamento quasi fideistico nella scienza e nelle sue certezze, lo stesso che si è visto ispirare in larga misura al legge Basaglia, sembra evidente.

5. *La legge Basaglia nella prospettiva dell’art. 117, co. II, lett. m) Cost.*

La prospettiva “pan-scientifica” in cui si muove la legge n. 180 del 1978 determina, come si è visto, una valorizzazione significativa dell’attività amministrativa, perché è quest’ultima ad essere chiamata, in definitiva, a svolgere concretamente talune valutazioni e ad adottare i conseguenziali provvedimenti nei casi specifici. Potrebbe ritenersi che la legge, nel costituire il fondamento delle funzioni poste a tutela degli interessi coinvolti dal trattamento delle malattie mentali, assuma la qualifica di provvedimento di fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti ai sensi dell’art. 117, co. II, lett. m) della Carta costituzionale. Orbene, se tale deve essere il ruolo della legge in commento, non può sfuggirsi alla conclusione che il provvedimento richiede una significativa opera di messa a punto da parte del legislatore per renderlo coerente con il parametro costituzionale citato.

Infatti, nelle materie di cui all’art. 117, co. II, il legislatore costituzionale del 2001 ha individuato – lo si è ripetuto più volte – dei settori particolarmente sensibili nell’ambito delle realtà espresse dal tessuto sociale, talmente sensibili da richiedere l’intervento del legislatore nazionale. In questi settori si è ravvisata, evidentemente, un’esigenza di regolazione tanto forte da escludere l’intervento degli enti cui è, di regola, rimesso l’esercizio della funzione legislativa. Lasciare la regolazione di tali ambiti a soluzioni regolative spontanee, negoziali, escludendo l’autorità pubblica, contrasterebbe con la *ratio* dell’art. 117, co. II e con lo stesso dato positivo,

24 In generale, su questo aspetto della giurisprudenza costituzionale, l’approfondita analisi di F. MEOLA, *La regolamentazione giuridica delle biotecnologie: la dimensione dei rapporti tra tecnica e diritto nel contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2005, 121 ss.

una volta che si interpreti la disposizione come un obbligo ad esercitare la funzione legislativa. La rilevanza generale dei valori coinvolti nelle materie ivi elencate li rende insuscettibili di disposizione da parte di interessi settoriali²⁵. L'attuazione dell'obiettivo costituzionale, nonché la necessità del sacrificio delle differenti posizioni soggettive in ipotesi con questo confliggenti, non può essere lasciata ad un ordine spontaneo che si fonda sull'egemonia delle posizioni soggettive che si pretenderebbe di sacrificare. È come se l'art. 117, co. II, prevedesse una presunzione assoluta di non conformità all'ordine costituzionale dell'assetto che si determinerebbe se quelle materie fossero lasciate a se stesse.

Ne deriva che l'organo rappresentativo non potrà mai delegare il suo ruolo di fissare le linee di fondo in cui deve muoversi, da un canto, l'azione amministrativa, e dall'altro l'esercizio dell'autodeterminazione privata relativa ai singoli diritti, ponendo i principî cui essa deve attenersi, in particolare volti all'individuazione dei valori da salvaguardare necessariamente e al bilanciamento dei valori stessi ove in conflitto tra di loro.

Nelle materie di cui all'art. 117, co. II, la regolazione mite può dunque, al più, attuare od integrare le prescrizioni stabilite in via legislativa per dare esecuzione al dato positivo costituzionale. La disposizione in esame rappresenta, in questo, un rilevante fattore di novità rispetto alla disciplina costituzionale previgente, che aveva permesso il proliferare di una disciplina particolarmente attenta al rispetto dell'autodeterminazione (anche favorendo modelli di regolazione spontanea). Ad avviso di chi scrive, la riforma del 2001 ha reso questa normativa non più compatibile con il dato costituzionale, perché il legislatore è obbligato (nei termini di cui si è detto) ad individuare le prestazioni riconosciute come essenziali, sottraendone la disponibilità all'amministrazione (a quella medica così come a quella di pubblica sicurezza) la quale potrà graduare tali prestazioni e, comunque, erogarle secondo la propria discrezionalità, ma certamente non disporne relativamente all'*an* delle stesse.

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 117, co. II, lett. *m*) Cost., per come esso è interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, l'obbligo del legislatore di definire compiutamente la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori ha assunto altresì un significato diverso dalla tradizionale garanzia dell'integrità psico-fisica del malato in rapporto all'interesse collettivo per legarsi, altresì, al contenimento della spesa pubblica in materia sanitaria. La limitazione della discrezionalità dell'amministrazione medica

25 H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, ora in *La democrazia*, Bologna, 1998, 169 ss.

ad opera di una legge sui l.e.p. alquanto dettagliata sottrae, in buona sostanza, alla medesima amministrazione la possibilità di determinare disavanzi di spesa, essendo le singole prestazioni e le fattispecie che ne giustificano l'erogazione tipizzate dalla legge e potendo, dunque, l'amministrazione unicamente valutare se il fatto su cui deve provvedere rientra o meno nella qualificazione legislativa.

Ad avviso del Giudice delle leggi²⁶, anzi, per il profilo di specie non è nemmeno certo che il parametro costituzionale che funge da base giuridica della legge sia rappresentato dall'art. 117, co. II, lett. *m*), potendo in ipotesi invocarsi invece il comma terzo della disposizione nella parte in cui attribuisce allo Stato la funzione di definire i principi generali di coordinamento della finanza pubblica²⁷.

Indipendentemente dal problema della fungibilità delle due norme, che attiene, ad avviso di chi scrive, alla qualificazione delle prestazioni sanitarie come servizio pubblico alla persona o come impresa pubblica e che non può essere affrontato in questa sede, può tuttavia concludersi che il modello costituzionale richiede una limitazione della discrezionalità dell'amministrazione sanitaria attraverso la tipizzazione legislativa delle prestazioni da erogarsi, particolarmente in materia di trattamenti sanitari obbligatori. A questo modello non appare pienamente rispondente la disciplina della legge n. 180 del 1978, per come la si è ricostruita. Tale provvedimento, certamente animato delle migliori intenzioni di soluzione di continuità con un passato nel quale il malato di mente era percepito come una minaccia per l'ordine pubblico più che come una persona bisognosa di cure mediche, deve tuttavia adattarsi ad un mutato quadro costituzionale, nel quale la funzione legislativa statale riceve limitazioni e vincoli ben maggiori rispetto al sistema previgente. A dieci anni dalla riforma costituzionale l'opera di adeguamento della legislazione al quadro costituzionale non appare ancora conclusa; in questa prospettiva, la legge del 1978 dovrà essere oggetto di ulteriore considerazione da parte del Parlamento.

26 Sent. n. 193 del 2007; nonché, più recentemente, seppure in termini meno chiari, sent. n. 141 del 2010.

27 Sent. n. 193 del 2007, cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.

ROBERTA CATALANO

INDAGINI GENETICHE, IMPUTABILITÀ E LIBERO ARBITRIO: QUESTIONI GIURISPRUDENZIALI E NUOVI BISOGNI DI TUTELA DELLA PERSONA

1. Tra i più recenti precedenti giurisprudenziali in materia di imputabilità, si segnalano alcune decisioni che desumono la prova dell'infermità di mente dell'imputato dall'accertata presenza nel suo patrimonio cromosomico di geni ritenuti idonei ad aumentarne l'inclinazione all'aggressività ed a condotte antisociali¹.

Queste pronunce, oltre che per la loro originalità, hanno attirato l'attenzione degli interpreti perché mettono in luce l'inadeguatezza delle tradizionali categorie dell'imputabilità e della capacità di intendere e di volere a fronteggiare le nuove esigenze di protezione della persona umana originate dai progressi delle biotecnologie e delle neuroscienze; e, quindi, perché costituiscono un punto di osservazione privilegiato sulle delicate questioni – etiche prima che giuridiche – sollevate dalla scoperta dell'esistenza di possibili legami tra il profilo cromosomico degli individui ed il loro comportamento².

1 Si tratta di Corte di Assise di Appello di Trieste, 1 ottobre 2009, in *Dir. Giur.*, 2011, 152 e ss., ed in *Riv. pen.*, 2010, 70 e ss.; e di Gip Como 20 agosto 2011, inedita ma in www.altalex.com.

2 Al riguardo cfr., di recente, I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 175 ss., ove altri riferimenti bibliografici.

Sui problematici profili di rilevanza giuridica dei legami tra patrimonio genetico e comportamenti della persona v. anche M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. Santosuosso (a cura), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, 121 ss.; P. PIETRINI, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in L. Decataldoneuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 317 ss.; R. PRODOMO, *Neuroscienze tra epistemologia ed etica*, in L. Chieffi e P. Giustiniani (a cura di), *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, Torino, 2010, 149 ss.; J.R. SEARLE, *Libero arbitrio e neurobiologia*, in J.R. Searle (a cura di), *Libertà e neurobiologia. Riflessioni sul libero arbitrio, il linguaggio e il potere politico*, Milano, 2005, 31 ss.

Nell'ampio quadro della letteratura estera cfr., tra gli altri, D.S. WEISENBERG, F.C. KEIL, J. GOODSTEIN, E. RAWSON, J. GRAY, *The seductive allure of neuroscience*

Appunto in considerazione di ciò, le seguenti brevi considerazioni prendono spunto da siffatte decisioni e si propongono di contribuire alla riflessione sorta sulle questioni alle quali si è appena fatto cenno.

2. L'analisi si concentrerà su due decisioni secondo le quali gli estremi dell' "infermità di mente" possono essere integrati anche da una - non meglio precisata - condizione soggettiva di "vulnerabilità genetica".

La prima è la sentenza della Corte di Assise di Appello di Trieste del 1 ottobre 2009³, resa su di un caso di omicidio compiuto da un immigrato straniero il quale, soccombente in un litigio con alcune persone incontrate casualmente per strada, non era poi riuscito a reprimere la propria frustrazione ed aveva aggredito, uccidendolo a coltellate, un passante incrociato poco dopo. Sia in primo che in secondo grado l'uomo viene condannato con pena ridotta in ragione della sindrome psicotica e, quindi, della parziale incapacità di intendere e di volere dalla quale era risultato affetto. Nondimeno, in primo grado la riduzione della pena per incapacità non è applicata nella misura massima poiché l'infermità mentale risultava essere non grave. In secondo grado, invece, i giudici, pur convenendo sulla non gravità della malattia mentale, riducono la pena nella misura massima in considerazione del peculiare profilo genetico dell'imputato. Infatti, all'esito di alcune indagini disposte dalla Corte di Trieste era emersa la presenza, nel "patrimonio cromosomico" dell'imputato, di alcuni "geni" idonei a renderlo "particolarmente reattivo in termini di aggressività... in presenza di situazioni di stress"; sicché, a parere dei giudici della Corte di Assise, la pena andava ridotta nella misura massima poiché l'imputato risultava affetto, oltre che da una malattia mentale non grave, anche da "vulnerabilità genetica".

La seconda decisione, del 20 agosto 2011, è del Gip di Como che ha riconosciuto la diminuzione di pena per infermità di mente ad una donna che, al fine di appropriarsi del patrimonio familiare, aveva tentato di ammazzare la madre ed ucciso la sorella bruciandone il cadavere⁴. In tale giudizio erano state prodotte alcune consulenze tecniche dagli esiti non coincidenti. Una di queste perizie però si avvaleva, oltre che di colloqui

explanations, in *Journal of Cognitive Neurosciences*, 2008, 20(3), 470 ss.; D.P. MCCABE, A.D. CASTEL, *Seeing is believing: the effect of brain images on judgments of scientific reasoning*, in *Cognition*, 2008, 107, 343 ss.

3 Cit. *supra*, nota 1.

4 Cit. *supra*, nota 1.

clinici, anche di indagini di genetica molecolare e di “*imaging cerebrale*”⁵; sicché il giudice decide di preferirla alle altre e di attenersi ai suoi esiti perché – osserva – gli esami genetici e di rilevamento della morfologia cerebrale, a differenza delle tradizionali analisi psichiatriche basate su colloqui clinici, risultano “fondate sull’obiettività e sull’evidenza dei dati” e sono quindi “per ciò stesso in grado di ridurre la variabilità diagnostica e di offrire risposte meno discrezionali rispetto a quelle ottenibili col solo metodo di indagine tradizionale clinico”. Pertanto, considerate le “acquisizioni di morfologia cerebrale e di assetto genetico”, il giudice ritiene acquisita la prova della maggiore “vulnerabilità” dell’imputata a sviluppare “comportamenti socialmente inaccettabili” e, conseguentemente, dispone la riduzione della pena per infermità mentale e l’applicazione della misura di sicurezza del ricovero in un luogo di casa e cura per tre anni.

Queste decisioni, oltre a confermare un recente *trend* giurisprudenziale che include le indagini genetiche e di morfologia cerebrale tra i metodi di accertamento scientifico del vizio di mente degli imputati, si segnalano perché paiono fondare la disposta riduzione di pena appunto sugli esiti di tal tipo di indagini⁶. E, per ciò, sollevano interrogativi e perplessità. In particolare, ci si chiede se la “vulnerabilità genetica” possa *sic et simpliciter* essere assimilata alla incapacità di intendere e di volere di cui agli artt. 85, 88 e 89 c.p.; e se una tale assimilazione conduca a conclusioni compatibili con i più generali principi ispiratori del nostro ordinamento.

3. Invero, ad un primo sguardo, l’idea – proposta dalle decisioni in esame – di rendere rilevante la “vulnerabilità genetica” sul piano dell’incapacità di intendere e di volere può apparire plausibile se considerata in relazione ai più recenti orientamenti della Corte di Cassazione circa le nozioni di infermità mentale ed imputabilità. Infatti, secondo le Sezioni

5 Le indagini di *imaging cerebrale* si sostanziano in una serie di accertamenti, attuati anzitutto per il tramite della risonanza magnetica, volte a definire la struttura e la morfologia del cervello della persona osservata ed a rilevare la presenza di eventuali lesioni e/o malformazioni.

6 Sull’impiego dei test genetici nel processo penale al fine di accertare la capacità dell’imputato e sui problemi che ciò comporta cfr. A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010, 70 ss., in part. 75 ss. e M. TARUFFO, *Le prove genetiche nel processo civile e penale*, in *Tratt. di biodiritto*, dir. da S. Rodotà, P. Zatti, I, Milano, 2011, 431 ss.

In dottrina v. anche M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1170 ss.; ed I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., 175 ss.

Unite, gli estremi dell' "infermità" rilevante ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. risultano integrati, oltre che da vere e proprie patologie, anche da meri "disturbi della personalità, come in genere quelli da nevrosi e psicopatie", i quali - "quand'anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica" - siano "di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere"⁷. Sicché, una volta inclusi i disturbi della personalità nel concetto di "infermità", breve è il passo che conduce a comprendervi anche la "vulnerabilità genetica", qualora intesa come disturbo della personalità determinato dalla presenza, nel patrimonio cromosomico dell'imputato, di particolari tipi di geni atti ad indurre condotte aggressive o antisociali.

Tuttavia, se si giunge ad ammettere *tout court* - come fanno i giudici di Trieste e di Como - che la "vulnerabilità genetica" integra gli estremi dell'infermità di cui all'art. 89 c.p. e comporta una riduzione di pena, deve ammettersi anche, in linea di principio, che in certe categorie di individui, geneticamente caratterizzati, il determinismo biologico è in grado di prevalere sul libero arbitrio della persona. La capacità ed il diritto di autodeterminarsi di questi individui verrebbero ad essere limitati *a priori* in ragione delle peculiarità del loro profilo genetico, mentre il trattamento da riservare agli stessi, anche sul piano giuridico, non potrebbe che essere diverso rispetto a quello di tutti gli altri individui; ossia degli individui dotati di un patrimonio genetico che, a questo punto, non si tarderebbe a qualificare come "normale". Con la conseguenza, assai preoccupante, che per tal via potrebbe infine giungersi ad individuare categorie di persone geneticamente pericolose ovvero socialmente inadeguate in relazione alle quali applicare forme di controllo e persino di limitazione della libertà personale che, mirando a prevenire e non a colpire comportamenti antisociali già realizzati, aprirebbero la strada a "scenari selettivi di lombrosiana memoria"⁸.

7 Cfr. Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Dir. e giust.*, 2005, 53 ss. Conformi, tra le altre, Cass. 9 febbraio 2006, n. 8282, in *Giur. it.*, 2007, 1502 ss., con nota di S. Ferrari; Cass. pen. 27 ottobre 2009, n. 43285, inedita.

In dottrina, sul tema, U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, 274 ss.

8 Le espressioni riportate alla lettera sono tratte da L. CHIEFFI, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno *Lo Statuto Giuridico delle Informazioni*, tenutosi nel 2010 presso l'Università di Milano Bicocca.

Ma sul punto v. anche S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 169; e N. ROSE, *La politica della vita*, trad. it., Milano, 2008, 81 ss., 186 ss.

Le ragioni etiche, prima che giuridiche, che rendono inaccettabili queste conclusioni risultano a tal punto evidenti⁹.

Tra l'altro, e per quel che più ci interessa ai fini della presente indagine, risulta evidente l'inadeguatezza delle tradizionali categorie dell'imputabilità e dell'incapacità di intendere e di volere – così come attualmente definite dalla Corte di Cassazione¹⁰ - a fronteggiare i rischi che l'applicazione, in campo giuridico e processuale, delle più recenti conquiste delle scienze genetiche possono comportare in relazione alle fondamentali esigenze di protezione della persona umana¹¹. E ciò in quanto tali categorie allo stato mostrano di non avere in sé gli strumenti idonei ad evitare che l'accertamento dell'imputabilità dell'autore dell'illecito si tramuti in un vero e proprio giudizio di valore sulla sua entità biologica e quindi sui limiti, immutabili in quanto genetici, entro i quali può esplicarsi il suo libero arbitrio¹².

Risulta evidente, altresì, l'incompatibilità delle soluzioni proposte dai giudici di Trieste e di Como con la Carta Costituzionale italiana e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che pongono l'eguaglianza, la libertà e la dignità tra i valori di vertice dell'ordinamento e, conseguentemente, riconoscono a ciascuno il diritto di realizzare la propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali.

Alla stregua delle norme e dei principi disposti da queste Carte, ogni persona ha eguale dignità proprio in quanto *unicum* inscindibile di corpo e mente animato e spinto, oltre che da pulsioni biologiche, da un bagaglio irripetibile di esperienze e di valori maturati nel corso dello svolgimento, individuale e sociale, della propria vita. L'eguale dignità riconosciuta ad

9 Sulle questioni etiche suscitate dalla genetica v., per tutti, E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 2009.

10 Cfr. *supra*, nota 7.

11 Sul difficile rapporto tra diritto e biotecnologie e sulle sollecitazioni alle quali viene sottoposto il piano dei diritti fondamentali della persona dalle nuove scoperte scientifiche e tecnologiche v., per tutti, L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona: bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; G. OPPO, *Scienza, diritto, vita umana* (Lectio doctoralis di Giorgio Oppò), in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 11 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit.; A. SANTOSUOSSO, *Scienza, diritto, nuove tecnologie*, Milano, 2011.

12 Spunti in tal senso, già diversi anni fa, emergevano negli scritti di M. BERTOLINO, *La crisi del concetto d'imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 190 ss.; e I. MERZAGORA BETSOS, *Nuove idee in tema di imputabilità*, in G. Giusti (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, IV, Padova, 1999, 625 ss. Al riguardo, più di recente, v. anche G. GALUPPI, *L'imputabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 446 ss.; ID., *Libero arbitrio, imputabilità, pericolosità sociale e trattamento penitenziario*, in *Dir. fam.*, 2007, 328 ss.

ogni uomo dipende, insomma, dall'unicità e dall'irripetibilità della combinazione tra la sua realtà biologica ed il suo vissuto. Sicché i caratteri unici ed irripetibili del corpo e della personalità di ogni individuo – compresi quelli genetici – non possono costituire il fondamento di nuove forme di discriminazione.

Ciò non toglie che, in presenza di patologie o disturbi gravemente invalidanti, gli atti di esercizio del diritto all'autodeterminazione ben possono, anzi devono, essere circondati da cautele e misure peculiari, adeguate alle asperità del caso concreto ed alle condizioni di chi agisce. Anche in questi casi, però, le soluzioni e le misure adottate devono essere poste a presidio della dignità della persona inferma e non possono sancire, invece, nuove forme di discriminazione a suo danno. Cosa che accadrebbe, invece, qualora si facesse dipendere in tutto o in parte il grado di capacità di un individuo dalle sole peculiarità del suo profilo genetico. Una tale opzione, infatti, porta a trascurare il vissuto e, quindi, la complessità della persona umana e dei processi che precedono le sue scelte, ed a considerare l'individuo come mera struttura biologica che, in ragione dei cromosomi che la compongono, è ontologicamente idonea o inidonea ad autodeterminarsi in modo socialmente adeguato in relazione agli eventi ed alle condotte altrui.

Le preoccupazioni e le perplessità a ragione destate dalle decisioni in esame non devono indurre a revocare in dubbio l'utilità delle ricerche sul genoma umano. Giacché è evidente che queste ricerche hanno comportato ed ancora comporteranno un sensibile e generalizzato miglioramento delle condizioni di salute e di vita della collettività. Rimane il fatto, però, che i progressi della scienza producono un ventaglio di effetti e di conseguenze che, se non opportunamente filtrati, possono determinare anche una involuzione della vita della società; come accadrebbe, ad esempio, qualora gli esiti delle indagini sul genoma umano siano utilizzati per fondare nuove forme di discriminazione tra persone¹³.

Tra i criteri in base ai quali svolgere questa opera di filtro e selezione vanno certamente inclusi i valori di vertice dell'ordinamento e, anzitutto, quello della dignità, alla cui stregua gli esiti delle ricerche mediche e biotecnologiche devono essere utilizzati solo per tutelare e valorizzare la specificità di ciascuno garantendo il pieno sviluppo della sua personalità¹⁴.

13 Da ultimo L. CHIEFFI, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, cit.

14 Sul punto v., anzitutto, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., *passim*, in part. 165 ss. e P. ZATTI, *Note sulla "semantica della dignità"*, in E. Furlan (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, 95 ss. Ma anche R. BORSARI, *Profili*

Pertanto, è anzitutto in base a tali valori che il legislatore deve orientarsi ogniqualvolta sia chiamato a dettare regole in ambiti così complessi e delicati. D'altro canto, spetta invece alla Consulta il compito di intervenire a dichiarare l'incostituzionalità di norme o soluzioni interpretative (come quella formulata dalle decisioni esaminate) che con detti valori risultino incompatibili.

4. Prima di concludere, mette conto svolgere una ulteriore breve notazione sulla decisione dei giudici di Trieste e, più ampiamente, su tutte le pronunce che contengono riferimenti ai dati biologici e genetici delle persone coinvolte nel procedimento giudiziario.

La sentenza della Corte di Assise di Appello di Trieste per un periodo (e forse ancora oggi) è stata liberamente reperibile, in versione integrale, in svariati siti *web*. Sicché chiunque avrebbe potuto agevolmente conoscere le generalità complete dell'imputato, la patologia mentale dalla quale è affetto e soprattutto le peculiarità del suo quadro genetico. La difformità di questa situazione rispetto al dettato delle norme in materia di protezione dei dati personali è evidente. Ed, al riguardo, viene da chiedersi se una tale situazione si sarebbe determinata ugualmente se l'imputato fosse stato un cittadino italiano in grado di pagarsi un buon difensore, e non un immigrato islamico con problemi mentali.

Ma, al di là di siffatte facili osservazioni, qui occorre rimarcare ancora una volta – e come da tempo fa la più autorevole dottrina – tutta l'importanza della tutela della riservatezza dei dati che riguardano il nostro essere biologico¹⁵. Proprio il caso appena esaminato dimostra quanto la circolazione e la utilizzazione incontrollata di quei dati possa danneggiare le persone alle quali i dati si riferiscono. Infatti, la loro pubblicazione al di fuori del contesto entro il quale sono stati legittimamente reperiti ed utilizzati, può amplificare e consolidare eventuali pregiudizi circa la persona alla

penali della terapia genica, in *Tratt. di biodiritto*, cit., 531 ss.; P.P. PORTINARO, *La dignità dell'uomo messa a dura prova*, in A. Argiroffi, P. Becchi, D. Anselmo (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, 216 ss.

15 Al riguardo v., anzitutto, alcune delle numerose pagine scritte da S. RODOTÀ sul tema: *Le informazioni genetiche*, in *Tecnologie e diritti*, cit., 207 ss.; *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005; ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit.; ID. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997.

Ma, in dottrina, v. anche M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, in *Tratt. di biodiritto*, cit., 389 ss.; R. LATANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, ivi, 319 ss.; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Padova, 2008, *passim*.

quale si riferiscono e, più ampiamente, circa l'intera sua famiglia, atteso che i caratteri genetici di ogni individuo si trasmettono di padre in figlio¹⁶.

In considerazione di ciò, sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sia il Garante per la *privacy* hanno richiamato l'attenzione sui pericoli connessi al trattamento in sede giudiziaria delle informazioni genetiche e concordato sulla necessità di consentire tale trattamento solo per il periodo strettamente necessario a realizzare le finalità delle indagini e del processo¹⁷.

Sul punto è intervenuta, in Italia, la l. 30 giugno 2009, n. 85, la quale ha dettato regole precise circa la conservazione di siffatte informazioni e dei relativi campioni biologici presso la Banca dati nazionale del DNA istituita anche in Italia. E lo ha fatto proprio tenendo conto delle indicazioni cui si è appena fatto cenno. Infatti, l'art. 12, co. 1, dispone che i profili del DNA ed i relativi campioni devono essere archiviati in modo da non contenere "le informazioni che consentono l'identificazione diretta dei soggetti a cui sono riferiti"; mentre l'art. 13 prevede la distruzione dei dati e dei campioni biologici "a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste", ovvero in seguito alla morte della persona cui si riferiscono e comunque trascorso un certo periodo di tempo¹⁸.

16 Giova qui ricordare che una branca della genetica si occupa proprio dello studio dell'ereditarietà dei caratteri cromosomici all'interno dei gruppi familiari e di intere popolazioni: sul punto v. A. SANTOSUOSSO e I.A. COLUSSI, *Diritto e genetica delle popolazioni*, in *Tratt. di biodiritto*, cit., 351 ss.

17 Cfr. CEDU Grande Camera, 4 dicembre 2008, sui ricorsi 30562 e 30566 del 2004, in www.osservatoriocedu.it. V. poi Garante per la *privacy*, *Autorizzazione generale*, 24 giugno 2011, doc.web n. 1822650, in www.garanteprivacy.it ed in G.U. 11 luglio 2011, n. 159.

Per un ampio esame delle fonti e delle tutele in materia di trattamento dei dati genetici v. M.T. ANNECCA, *Test genetici e diritti della persona*, cit., 389 ss.

18 Al riguardo cfr. l'analisi di A. GIOSTRA, *La disciplina del prelievo biologico coattivo alla luce della l. 30 giugno 2009, n. 85. Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, 1220 ss. Ma, più ampiamente, v. anche M. TARUFFO, *Le prove genetiche nel processo civile e penale*, cit., 437 ss.; A. SANTOSUOSSO e G. GENNARI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici e i terzi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 399 ss.

**IL DISTURBO DELL'IDENTITÀ DI GENERE
TRA ESCLUSIONE ED INCLUSIONE SOCIALE**

PAOLO VALERIO - PAOLO FAZZARI

ALCUNE NOTE SUL “FENOMENO
TRANSESSUALE” OGGI: UN DISTURBO
DA DEPATOLOGIZZARE?

Non è facile pensare al di fuori del sistema a due generi
(J. Drescher)

L’acquisizione della nostra identità di genere, è un processo che non ha mai fine, rispetto al quale noi dobbiamo continuamente negoziare e rinegoziarne sia la dimensione intrapsichica che relazionale”
(Argentieri)

1. *Premessa*

Importanti evoluzioni e cambiamenti nella prospettiva storica e culturale sono avvenuti nel campo dei “generi sessuali”. Neo-corpi, ruoli, identità si sono trovati al centro della scena e vengono oggi pubblicizzati sotto la spinta di una certa curiosità mediatica, che ha promosso la discussione sui “generi” e sull’identità di genere¹ recuperando il ruolo di essi quali puntelli fondamentali della società e veri e propri orizzonti simbolici nel quale gli individui si collocano e trovano posto.

Nuove terminologie sono proliferate nel tentativo di individuare nuovi campi di indagine. Si sente, infatti, utilizzare sempre più spesso termini come *transgenderismo*, *neosexualità*, *postmodern sexualities*, *queer theory* (Valerio e Zito, 2006).

1 Come avremo modo di vedere in modo più approfondito, quando parliamo di “sesso” facciamo riferimento al riconoscimento che avviene alla nascita sulla base dei genitali, mentre quando parliamo di “identità di genere” ci riferiamo al sentimento profondo che ciascuno di noi ha di essere uomo o donna. Nella maggior parte delle persone l’identità di genere è congruente con il sesso assegnato alla nascita. Diversamente, in persone *transgender*, l’identità di genere può variare in modo anche molto significativo rispetto al sesso assegnato alla nascita.

Ai fini di questo contributo può essere utile soffermarsi sul termine transgenderismo, con il quale viene identificato un ampio gruppo di persone che attraversano o trascendono le categorie culturalmente definite di genere. All'interno di questo gruppo possiamo distinguere le persone transessuali che, avvertendo una profonda incongruenza con il sesso assegnato alla nascita, si sono sottoposte o chiedono di essere sottoposte a terapie ormonali e/o chirurgiche per femminilizzare o mascolinizzare il proprio corpo². All'interno del termine transgenderismo sono altresì inclusi i travestiti (*cross dresser*), che sono di solito maschi che indossano abiti femminili; le drag queen e i *drag king* che sono persone che mettono in scena l'iperfemminilità o l'ipermascolinità nel corso di spettacoli teatrali; i *bi-gender* o *two spirits* che sentono di appartenere contemporaneamente al genere maschile e femminile ed i *gender questioning*, che sono soggetti giovani che si trovano ad interrogarsi sul genere di appartenenza; infine, ci sono i *gender variant* o *gender queer*, che sfidano secondo modalità molto diverse le norme collegate al genere.

L'utilizzo di queste neo-forme linguistiche traduce, evidentemente, la difficoltà dei ricercatori a trattare questi temi (Vitale, 2010) e lascia intravedere la confusione presente non solo nella popolazione generale, ma anche tra gli esperti che studiano queste aree tematiche.

Come accennato all'interno di tale variegato panorama terminologico e concettuale, trova posto il "fenomeno transessuale" (Benjamin, 1966), di cui vorremmo occuparci più diffusamente.

Sebbene il *transessualismo* sia oggi noto alla maggior parte delle persone, esso continua a giungere alla ribalta della cronaca attraverso una serie di generalizzazioni e, più spesso ancora, di distorsioni che non facilitano la discussione su alcuni pregnanti argomenti.

Inevitabilmente nella più ampia cornice della salute mentale, il discorso sociale ed il discorso clinico-specialistico non sono mai completamente distinguibili ma dovrebbero sempre tenere conto l'uno dell'altro. Nel nostro specifico caso una maggiore attenzione e apertura sul piano clinico e di ricerca deve tradursi in una serie di informazioni, nozioni e conoscenze che abbiano una ricaduta anche sul piano sociale e dell'informazione pubblica,

2 Il fenomeno non è così raro, anche se non abbiamo dati statisticamente certi. Sulla base delle richieste di riattribuzione chirurgica del sesso possiamo ritenere che la prevalenza del transessualismo possa essere valutata intorno ad 1 a 11900 per i maschi che desiderano di essere riconosciuti come appartenenti al genere femminile ed 1 a 30400 per le femmine che richiedono di essere riconosciute come appartenenti al genere maschile (KESTEREN, GOOREN, MEGENS, 1996). È tuttora ignoto il motivo di tale diversa prevalenza (OLSSON & MÖLLER, 2003).

benché tale passaggio non sia mai semplice e possa essere ostacolato da coloro i quali, in virtù di pregiudizi, possano non recepire le nuove conoscenze raggiunte.

Per tale motivo, la comunità scientifica è chiamata a interrogarsi su tale *fenomeno*, provando, per quanto possibile, ad individuare una risposta che risulti utile allo sviluppo del singolo e della più ampia comunità sociale che è chiamata in causa per accogliere ed includere quanto è solo apparentemente diverso dalla norma o difficile da comprendere.

In questo contributo tratteremo, a partire da tale cornice, alcuni aspetti che riguardano l'attuale dibattito attivo nella comunità scientifica intorno alla “diagnosi” di *Disturbo dell'Identità di Genere* (DIG). La denominazione di tale disturbo, come proposto da un pool di esperti del WPATH³, potrebbe essere mutata in quella di *Disforia di Genere – Incongruenza di Genere*. Sono questi, infatti, i nomi delle id-entità diagnostiche mediante le quali il discorso scientifico relativo alla salute mentale tenderebbe oggi ad inquadrare il transessualismo.

In particolar modo, per quanto attiene alla quinta versione del “*Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*”⁴, essendo posto in discussione che la diagnosi di transessualismo vada mantenuta al suo interno, proveremo a recuperare l'attuale dibattito relativo a tale diagnosi, particolarmente per le ricadute ed i significati sociali che ogni “diagnosi” può comportare⁵. *A latere*, proveremo, inoltre, a tracciare alcune linee per una riflessione critica sui rapporti che intercorrono tra il transessualismo, la definizione di identità di genere e l'ordine sociale nel quale i “generi” risultano inseriti e costituiti⁶.

3 WPATH è l'acronimo di *World Professional Association for Transgender Health*. Essa rappresenta la più autorevole associazione internazionale nel campo del transgenderismo. L'attuale sigla WPATH ha sostituito quella di HBGDA: Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association. Per contatti consultare <http://www.wpath.org>.

4 Il *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali), noto anche con l'acronimo DSM, è uno dei sistemi nosografici per i disturbi mentali più utilizzato da medici, psichiatri e psicologi sia nella attività clinica che nelle attività di ricerca.

5 Informazioni a tal proposito sono rinvenibili al sito internet <http://www.dsm5.org>.

6 Va tra l'altro ricordato che il transessualismo stesso, se per un verso è stato inserito all'interno di un dispositivo clinico e tecnologico (VALERIO e ZITO, 2006; VITELLI et al., 2006), rappresenta un fenomeno di antica tradizione socio-antropologica (ZITO e VALERIO, 2010, FEINBERG, 1996).

2. Esplorando sesso e genere

Ci accingiamo a trattare alcuni nodi problematici dell'attuale dibattito sul transessualismo, ben sapendo che stiamo ponendo questioni complesse che non potremo esaurire in questa sede.

Come accennato, il termine di “transessualismo” viene utilizzato per individuare quelle persone che vivono l'esperienza di appartenere ad un genere diverso da quello *corrispondente* al sesso assegnato alla nascita e chiedono che ciò venga riconosciuto sul piano sociale attraverso interventi medico-chirurgici volti a modificare i caratteri sessuali e finalizzati anche ad ottenere la riassegnazione anagrafica del genere. Robert Stoller in “*Sex and Gender. The Development of Masculinity and Femininity*” (1968) definì per l'appunto il transessualismo come la condizione caratterizzabile per la discordanza tra i dati anatomici e gli aspetti psicologici: “*Il transessualismo è la convinzione di una persona biologicamente normale di appartenere al sesso opposto: negli adulti tale credenza è oggi accompagnata dalla richiesta di un trattamento chirurgico ed endocrinologico in grado di modificare la loro apparenza anatomica nel senso del sesso opposto*” (in Valerio et al. 2001⁷).

Prima di Stoller sotto il profilo *clinico* tale fenomeno non era stato affrontato dal punto di vista psicoanalitico, benché con la pubblicazione di *The Transsexual Phenomenon* (Harry Benjamin, 1966), fosse stato già riconosciuto come oggetto di studio, separato dal travestitismo maschile.

In tal senso sono poche le tracce scientifiche antecedenti al 1966, benché, ad una più attenta ricostruzione, descrizioni di quello che oggi definiamo transessualismo siano registrabili più indietro nel tempo (Bullough, 1987). Al di là di alcuni riferimenti al fenomeno presenti in uno scritto di Esquirol (1838) è possibile risalire, infatti, ad un lavoro di Frankel del 1853 ed in seguito ad un caso di “*sensibilità sessuale invertita*” studiato da Westphal nel 1869. Il primo testo che tratta questo argomento in modo sistematico resta indubbiamente la *Psychopathia Sexualis* di von Krafft-Ebing, la cui prima edizione risale al 1886. Come emerge da un testo di uno di noi (Valerio et al., 2001) “*in tale opera sono presentati due documenti autobiografici, i cui autori erano affetti da quella che lo psicopatologo tedesco definì come metamorfosi sessuale paranoica. Queste persone non avevano incontrato*

7 A tale testo si rimanda per la ricostruzione storica all'interno del discorso psichiatrico del fenomeno transessuale, del travestitismo e delle perversioni e a diversi saggi dedicati alla trattazione di questo tema sotto il profilo psicoanalitico.

von Krafft-Ebing ma gli avevano inviato in modo spontaneo le loro autobiografie, restando nell'anonimato.

Il primo caso è quello di un uomo di 45 anni, riferito dal testo di von Krafft-Ebing come ‘osservazione 353’ (von Krafft-Ebing, 1931; pp. 659-667), mentre il secondo (‘osservazione 354’) riguarda un medico ungherese di 46 anni, che invia la sua autobiografia a von Krafft-Ebing, accompagnata da una lettera (una seconda lettera la riceverà Moll, assistente di von Krafft-Ebing, poiché questi era morto; von Krafft-Ebing, 1931; pp. 667-685). Sebbene quest’ultima osservazione sia, nel complesso, quella più significativa, è nell’autobiografia precedente che troviamo chiaramente esplicitato il legame tra il cambiamento di sesso e l’esigenza di assumere l’apparenza femminile”.

Sotto il profilo linguistico, invece, è Magnus Hirschfeld (1923), ad introdurre il termine transessualismo. Successivamente tale termine è stato ripreso da Cauldwell (1949) per descrivere il caso di una ragazza che desiderava ossessivamente essere un uomo, benché mutato in *Psychopathia Transsexualis* (Zucker, 1995).

Ma la definizione guadagna definitivamente il suo posto nella storia della scienza solo qualche anno più tardi. Nel 1953, sull’*International Journal of Sexology*, viene pubblicato un lavoro dal titolo “*Tranvestitism and Transsexualism*”, il cui autore è Harry Benjamin, gerontologo e sessuologo, allievo di Steinach. Con il passaggio dall’uso aggettivale a quello sostantivale, al transessualismo viene ora riconosciuta una propria autonoma sostanzialità. Benjamin scrisse quest’articolo “sulla scia della sensazionale pubblicità del caso Jorgensen” (Benjamin, 1966, p. 25).

È stato, infatti, il caso di Christine Jorgensen⁸ che non solo ha assolto alla funzione di costituire il vero e proprio punto di svolta, transessualismo in quanto fenomeno clinico, ma ha anche comportato la “*crystallizzazione di tale nozione*” (Zucker, *ibid.*). Finalmente, esiste una soluzione! Un uomo, nato biologicamente maschio, può chiedere aiuto alla scienza medica che gli consente di mutare il suo corpo, attraverso una serie di interventi medici e chirurgici che lo trasformano in un essere femminile.

8 Nel 1951 in Danimarca il dott. Christian Hamburger pratica al primo intervento di riassegnazione chirurgica del sesso. George Jorgensen diviene Christine Jorgensen. Si tratta di un evento fondamentale tanto sotto il piano clinico, essendo il primo intervento non condotto in clandestinità, quanto sotto il profilo mediatico, accendendo i riflettori su tale “possibilità terapeutica”, contribuendo notevolmente a diffonderne la conoscenza (cfr. VALERIO *et al.*, 2001).

Ancora, quando Stoller pubblica “*Sex and Gender*”⁹, il transessualismo non è ancora trattato isolatamente. Oggetto del volume (Stoller, 1968) sono le similitudini e le differenze intercorrenti tra il travestimento ed i casi di cambiamento di sesso (Green, 2010). Il transessualismo, una volta riconosciute le opportune differenze, è definito come la figura clinica nella quale non è presente una matrice organica all’origine di tale *deviazione*. Pertanto la ricerca scientifica deve occuparsi dello sviluppo e delle origini della “identità di genere” di un soggetto.

In tal senso il transessualismo stimola la ricerca sul campo della “identità di genere”. Nella più ampia letteratura psicoanalitica quest’ultimo concetto è introdotto da Stoller. Non va, però, dimenticato che era stato già precedentemente presentato alla comunità scientifica da John Money (1955) che, sebbene sia passato alla storia in virtù di un tragico “esperimento” di cambiamento di genere¹⁰, ha messo a punto una teoria centrale nel campo della psicologia del genere, proponendo una sua specifica visione sessuologica per rispondere all’interrogativo sulla derivazione “naturale” o culturale” dell’identità (cfr. Diamond, 2009). Money in tal senso, ha ipotizzato che l’identità di genere¹¹ si acquisisce mediante l’interazione e l’educazione a livello familiare e che essa sia, pertanto, mutevole, plasmabile e dipendente dal contesto (cfr. Comitato Nazionale di Bioetica, 2010). Ciò implica sospensione e “rimozione” (Reiche, 2004) del sottostante sesso, a favore del costruito di genere.

9 Per un approfondimento si rimanda a P. VALERIO, M. BOTTONE, R. GALIANI, R. VITELLI, *Il transessualismo, saggi psicoanalitici*, Milano, 2001.

10 Bruce Reimer è un bambino che all’età di 8 mesi subisce, in seguito ad un’operazione chirurgica di routine per la circoncisione, la completa distruzione del pene. I genitori si rivolgono a Money che, sulla base della sua teoria, propone di trasformarlo in donna ed allevarlo come “Brenda”. Brenda, tuttavia, inizia a manifestare comportamenti “maschili” e gradualmente sempre maggiori difficoltà a scuola, nel rapporto con i coetanei: costantemente percepito e definito come “*loser*”, un perdente. La storia ci consegna un esito tragico quando nel 2004, all’età di 38 anni Bruce/Brenda, ormai ribattezzatosi come David, decide di togliersi la vita (cfr. J. COLAPINTO, 2000).

11 Money, seguendo questa strada, si è occupato in seguito di riconoscere la differenza tra il ruolo di genere e l’identità di genere. Con ruolo di genere, più nel dettaglio, MONEY (1955) indica: “*tutto ciò che una persona dice o fa per mostrare che lui o lei è rispettivamente un ragazzo o un uomo, una ragazza o una donna. Esso comprende la sessualità, benché non sia ad essa ristretta, intesa quale erotismo. Il ruolo di genere è valutato in base ai seguenti parametri generali: portamento e comportamento; argomenti spontanei di conversazione non sollecitati e commenti casuali; contenuto dei sogni, sogni ad occhi aperti*”.

Con il successivo apporto di Stoller si definisce con più accuratezza lo sviluppo psicosessuale e le varianti nell'espressione dell'identità di genere e del comportamento sessuale. In particolare, ripartendo dalla nozione di sviluppo psicosessuale precedentemente elaborata da S. Freud (1905) vengono introdotti i concetti di “proto-femminilità” e “bisessualità”, rintracciando un costrutto definito come “*nucleo dell'identità di genere*”¹².

Tali concetti costituiscono attualmente i punti cardinali per la comunità scientifica che ha di fatto adottato i costrutti di identità di genere, ruolo di genere ed orientamento sessuale¹³ come base della teoria psicologica dello sviluppo psicosessuale. Essi costituirebbero tre poli, veri e propri mattoni della formazione dell'identità della persona, tre coordinate strettamente connesse tra loro (cfr Zucker, 1995; Di Ceglie, 2003), sebbene, secondo alcuni autori (Vitale, 2010), in discussione nel percorso di transizione da maschio a femmina (MtF) o da femmina a maschio (FtM) sarebbe principalmente il “ruolo di genere” evidenziato da J. Money.

I concetti riportati evidenziano come le ricerche scientifiche abbiano provato a venire a capo della mancata “corrispondenza” tra il dato biologico ed il lato psicologico. Se da un lato la ricerca psicologica ha tentato di affrontare il transessualismo sperimentando nuovi e più complessi modelli di interpretazione, d'altra parte il “fenomeno transessuale” stesso ha finito con l'incidere sul piano sociale, ponendo in discussione la diretta ed immediata corrispondenza tra il dato anatomico e quello dell'identità psicologica. È così indicata un'irriducibile complessità tra sesso e genere. Tali concetti, infatti, se per molto tempo sono stati utilizzati in modo interscambiabile per denotare dimensioni collegate o similari, da un certo momento in poi hanno iniziato a denotare due registri diversi¹⁴. È stato così possibile

12 Quest'ultimo, secondo Stoller, è determinato da tre fattori: 1) l'insieme delle componenti biologico-ormonali; 2) le caratteristiche anatomo-fisiologiche dei genitali esterni, funzionanti, da una parte in quanto segno per il riconoscimento da parte del medico e per l'assegnazione, quindi, da parte dei genitori del sesso alla nascita, e dall'altra, in quanto luogo d'origine di sensazioni somatiche che contribuirebbero alla definizione del primitivo Io corporeo; 3) l'insieme delle componenti relazionali, ovvero sia gli atteggiamenti e i comportamenti agiti, in maniera più o meno inconscia, soprattutto dalla madre, in riferimento al ruolo di genere del bambino” (*ibid.*)

13 Con orientamento sessuale si indica l'inclinazione sessuale della persona, l'oggetto della sua scelta sessuale, a seconda che questa sia rivolta per una persona dello stesso sesso, per una persona di sesso opposto, per entrambe o per nessuna di queste. Si può così parlare nell'ordine di: orientamento omosessuale, orientamento eterosessuale, orientamento bisessuale, orientamento asessuale.

14 Come accennato, con sesso si è iniziato ad indicare il livello e “base” biologica della costituzione dell'essere umano, con genere è stato possibile iniziare ad evidenziare la dimensione sociale, astratta e contestuale, identificabile come una tra

porre in discussione quel processo, solo apparentemente scontato, secondo il quale ad un corpo biologicamente maschile dovrebbe corrispondere “un’identità maschile” (uomo) e ad uno biologicamente femminile dovrebbe corrispondere “un’identità femminile” (donna).

Il graduale approfondimento della ricerca all’interno del campo del discorso intorno a sesso e genere ha aperto nuovi filoni di pensiero e, probabilmente, nuove possibilità di determinazione sociale (Butler, 2004). Alla luce del fatto per cui i costrutti relativi al genere rappresentano, tanto una *costruzione* quanto una tra le possibili interpretazioni di un dato biologico (etimologicamente comunque problematico) è stato possibile evidenziare una pluralità di prospettive che hanno dato origine ad un fervente dibattito. Naturalmente non è possibile qui riportare la corposa letteratura specialistica ma accennare ad alcuni punti utili nel proseguire tale discorso.

3. Alcune note sul genere come costruzione sociale

J. Money (1989) ha pure sostenuto che il suo progetto sul “genere” sia stato alla fine travisato e tradito dalla “cultura” stessa di “genere”. Parallelamente all’approfondimento scientifico-psicologico, infatti, notevoli cambiamenti sono avvenuti nell’impostazione culturale dei generi, dando origine ad una vera e propria rivoluzione che ha riguardato la cultura di genere e dei generi (Galeotti, 2009). La presenza di soli due generi all’interno della società, è stata posta in discussione. Un’ampia riflessione sulla costruzione dei generi ad opera del sistema culturale è stato offerto, ad esempio, da alcuni antropologi. Tra questi F. Heritier (1996) ha sostenuto che “*il dato biologico universale, ridotto alle sue componenti essenziali, irriducibili, non può avere una sola e unica traduzione*”, intendendo con

le possibili traduzioni del sesso. Non tutti concordano su tale punto. Laplanche, ad esempio, attribuisce un senso molto diverso alla distinzione tra sesso e genere: “*la distinzione tra sesso e genere è indispensabile in psicoanalisi. Intendo attribuirvi un senso preciso, molto differente dai presupposti, e in definitiva dalla confusione, introdotti da Stoller. In particolare, è insostenibile annoverare uno dei termini dal lato dell’anatomia e l’altro dal lato della psicologia. Conviene indicare con sesso l’insieme delle determinazioni fisiche o psichiche, comportamentali, fantasmi ecc., direttamente collegate alla funzione sessuata e al piacere sessuale. E con genere l’insieme delle determinazioni fisiche o psichiche, comportamentali, fantasmi ecc., collegate alla distinzione maschile-femminile. La distinzione dei generi va dalle differenze somatiche “secondarie” fino al “genere” grammaticale, passando per gli habitus, il costume, il ruolo sociale, ecc.*” (LAPLANCHE, 1980, 33, n. 1).

questo come il passaggio dal sesso, al genere sociale, sia tutt'altro che univoco e scontato (cfr D'Agostino, 2010).

Una voce particolarmente attiva ed interessata ad approfondire tale filone di ricerca è stata la posizione *femminista*, dal momento che “*le femministe reputano la relazione tra genere e sé una questione politica fondamentale*” (Elliott, 2010). È stata S. de Beauvoir (1949) ad aprire tale discorso quando più di mezzo secolo fa, ne *Il secondo sesso*, scriveva che “*donna non si nasce, lo si diventa*”. Tali costrutti evidenziano che esiste un rapporto molto stretto tra l'esperienza personale ed i contesti sociali di appartenenza; risulta di fondamentale importanza, infatti, analizzare come a ciascun individuo sia richiesto il compito di sentirsi riconosciuto e comportarsi in funzione di un certo ruolo o appartenenza di genere, e che al contempo i comportamenti assunti dal singolo risultano iscritti all'interno di un sistema sociale che possa definirli. Se, infatti, sul piano soggettivo è offerto al singolo individuo il compito di definire e autodeterminare la propria identità di genere, possiamo pensare che la partecipazione ai contesti sociali risenta del modo in cui l'individuo attivamente rielabora e costruisce la propria identità.

Come risulta da una più attenta analisi, al termine stesso di “identità di genere” è sotteso un intreccio tra dimensioni molteplici. Viene richiamato, infatti, il tema dell'identità personale alla quale viene aggiunta, per così dire, la coloritura propria del genere, che abbiamo identificato come matrice più psicologica e costruttiva.

È di interesse, in tale complesso dibattito, la prospettiva della Chodorow (1978), proposta nel testo *La funzione materna*. Secondo questa autrice il maschio e la femmina, bambino e bambina, seguono due percorsi diversi e differenziati nella società. Tuttavia la differenziazione di tali destini risulta “ereditata” dalla peculiare impostazione psicologica “della madre” che finisce con l'ottenere effetti pragmatici, determinando ed assegnando dei ruoli ben precisi e socialmente istituiti. La bambina, collocata sul piano del “doppio”, ha il compito di somigliare alla madre; al bambino, che è, invece, posto sul piano della “diversità”, spetta il compito di differenziarsi quanto più nettamente è possibile, sovra-investendo sulla propria virilità. I comportamenti dei bambini maschi, ad esempio, generalmente associati a comportamenti più aggressivi e alla scelta di giochi di azione, sarebbero derivanti da una impostazione relazionale dettata dalla madre e dalla sua posizione-ruolo di genere. Si evidenzia così quanto possa essere complesso l'intreccio tra l'identità ed il ruolo di genere.

Questi sono alcuni spunti che ci permettono di comprendere in che modo sia oggi possibile problematizzare i ruoli e le identità di genere, cioè,

lavorare analiticamente intorno ai discorsi che riguardano il “maschile” e il “femminile”, provando a definire come ed in che modo tali discorsi finiscano per determinare una regola per la collocazione all’interno della società civile (cfr. Nunziante Cesàro, 1996).

Questi quesiti teorici sottendono, infatti, importanti domande sul piano concreto. Quali giochi è più giusto che un bambino o una bambina utilizzi? Come è più giusto denotare, in termini di atteggiamenti, comportamenti, e perfino abbigliamento, la propria appartenenza di genere? Quanto, la società, è in generale pronta ad accettare manifestazioni nell’espressioni di genere non conformi alle aspettative?

Tali interrogativi possono essere intesi quale base concettuale per la successiva discussione sui criteri che sottendono la “patologizzazione” del transessualismo oggi.

4. Tra nuovi criteri e nuove ipotesi

Nel nostro Paese prima dell’avvento della legge n. 164 del 1982 “*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*¹⁵” gli unici interventi medici consentiti, volti a modificare l’anatomia sessuale, erano eseguibili

15 *Legge 14 aprile 1982, n. 164 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 1982 n. 106):*

Art. 1. La rettificazione di cui all’art. 454 del codice civile si fa anche in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali.

Art. 2. La domanda di rettificazione di attribuzione di sesso di cui all’art. 1 è proposta con ricorso al tribunale del luogo dove ha residenza l’attore.

Il presidente del tribunale designa il giudice istruttore e fissa con decreto la data per la trattazione del ricorso e il termine per la notificazione al coniuge e ai figli. Al giudizio partecipa il pubblico ministero ai sensi dell’art. 70 del codice di procedura civile.

Quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l’acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell’interessato.

Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all’ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l’atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro.

Art. 3. Il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio.

Art. 4. La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo.

esclusivamente in presenza di strutture gonadiche di entrambi i sessi, in quelle condizioni che erano inquadrare nell’ambito dell’ermafroditismo¹⁶ (Pezzoli, 2006).

In Italia il percorso di riattribuzione chirurgica e anagrafica del sesso è stato, infatti, regolamentato dalla legge 164 del 1982 che di fatto, superando gli impedimenti dell’articolo 583 del codice penale¹⁷, ha stabilito le modalità da seguire al fine di permettere di accedere ad un percorso per modificare sul piano anatomico e anagrafico la propria identità¹⁸. Tanto le

Essa provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso.

Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (*), e successive modificazioni.

Art. 5. Le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l’attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome.

Art. 6. Nel caso che alla data di entrata in vigore della presente legge l’attore si sia già sottoposto a trattamento medico-chirurgico di adeguamento del sesso, il ricorso di cui al primo comma dell’art. 2 deve essere proposto entro il termine di un anno dalla data suddetta.

Si applica la procedura di cui al secondo comma dell’art. 3.

Art. 7. L’accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso estingue i reati cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico-chirurgico di cui all’articolo precedente.

16 Tali condizioni sono oggi meglio note come: Disturbi della Differenziazione Sessuale (DSD). In passato si è parlato in termini di ambiguità sessuale o di intersessualità per definire queste condizioni nelle quali non è possibile definire, o è molto difficile farlo, il sesso del bambino. Tali condizioni possono essere determinate da componenti genetiche o ormonali (per un approfondimento anche sul piano bioetico si rinvia al documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, 2010).

17 Art. 583 codice penale - Circostanze aggravanti: La lesione personale è grave e si applica la reclusione da tre a sette anni: se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un’incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni; se il fatto produce l’indebolimento permanente di un senso o di un organo. La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva: una malattia certamente o probabilmente insanabile; la perdita di un senso; la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l’arto inservibile ovvero la perdita dell’uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella; la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso (Fonte: CGIL – www.cgil.it).

18 La riattribuzione anagrafica deriva dalla stessa legge n. 164/1982 che definisce la “rettificazione di attribuzione di sesso” e dà il via alla modificazione dei dati personali, nome proprio e sesso attribuito alla nascita, nei registri dell’anagrafe. L’ufficiale di stato civile effettua la rettifica in seguito all’ordinanza del Tribunale dopo che quest’ultimo ha verificato, tramite la visione della cartella clinica, l’av-

diverse associazioni di persone transessuali, quanto la più ampia comunità scientifica hanno, tuttavia, ravvisato ben presto come il presupposto principale di questa legge sia stato un carattere “sanatorio”. Essa era, infatti, soprattutto finalizzata a regolamentare la posizione delle numerose persone transessuali che all’epoca si erano recate all’estero per sottoporsi ad interventi di riassegnazione chirurgica dei caratteri sessuali e richiedevano il riconoscimento anagrafico del genere a cui sentivano di appartenere. Tra i molti punti che di tale legge sono oggi fortemente in discussione, non si può non notare l’art. 2 secondo il quale la volontà individuale sia di per sé posta in discussione, necessitandosi, al fine di proseguire l’iter, il giudizio di idoneità dettato dalla presenza di requisiti psico-sessuali da rinvenirsi a cura esclusiva di un “esperto” (art. 2, comma 4).

Ma sono anche altri i nodi problematici sollevati da tale legislazione. L’aspetto che inevitabilmente suscita maggiore perplessità, riguarda l’*equazione* imposta alla relazione tra il trattamento chirurgico irreversibile e la riassegnazione identitaria. I transessuali e le transessuali possono talvolta giudicare non indispensabile il ricorso ad un intervento chirurgico di riattribuzione del sesso, ma vi sono oggi sostanzialmente obbligati, onde accedere allo status giuridicamente riconosciuto¹⁹.

Già in altri Paesi, in particolare in Olanda e Germania, in cui vige una regolamentazione per molti versi analoga a quella italiana, è affiancata la possibilità di un’alternativa chiamata “piccola soluzione” diretta ad ottenere esclusivamente la modifica anagrafica del nome o dei prenomi, con sentenza peraltro non immutabile (è prevista una decadenza soltanto in caso di matrimonio o nascita di figli). In questo caso l’autorità giudiziaria non ha potere discrezionale ma si limita a ratificare una situazione sulla base

venuto adeguamento medico-chirurgico dei caratteri sessuali. Tutti i certificati e i documenti riporteranno i nuovi dati personali, solo l’atto di nascita integrale avrà traccia della variazione (da: OSSERVATORIO NAZIONALE IDENTITÀ DI GENERE – www.onig.it)

- 19 Un significativo passo in avanti nella direzione di scardinare tale equazione, è stato compiuto dalla Prima Sezione del Tribunale di Roma che mediante la sentenza dell’11-03-2011 n. 5896, ha accolto un’istanza di cambiamento anagrafico in assenza di previa modificazione dei caratteri sessuali dell’interessato, adducendo quale motivazione che: “il trattamento medico-chirurgico previsto dalla legge n. 164/82 è necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, ossia nel solo caso in cui la discrepanza tra il sesso anatomico e la psicosessualità determini un atteggiamento conflittuale di rifiuto dei propri organi genitali [...] Pertanto deve ritenersi che nei casi in cui non sussista tale conflittualità non sia necessario l’intervento chirurgico per consentire la rettifica dell’atto di nascita” (Fonte: EQUAL JUS DATABASE – EUROPEAN NETWORK FOR THE LEGAL SUPPORT OF LGBT RIGHTS)

della dichiarazione dell'interessato e di perizie rilasciate da due specialisti. La personale volontà è riportata in primo piano, dando un peso maggiore all'*iter* del “*real life test*” (vivere nel genere desiderato per un periodo più o meno lungo). Sotto questo profilo lo stesso Parlamento Europeo (risoluzione N.1117 del 12 settembre 89) invita gli Stati Membri a valorizzare maggiormente l'autodiagnosi, accordando percorsi psicologici a quanti ne facciano una effettiva e specifica richiesta. Recuperando tale invito, in alcuni paesi europei (Spagna e Gran Bretagna) la legislazione non obbliga più le persone transessuali a sottoporsi ad interventi chirurgici di riassegnazione dei caratteri sessuali perché sia riconosciuto giuridicamente ed anagraficamente il genere a cui la persona sente di appartenere.

Tornando al nostro paese è pur vero che, seppur presentando molti limiti, la legge 164 ha permesso di trovare una soluzione e permettere l'accesso all'intervento chirurgico che avrebbe altrimenti violato alcuni principi “umani” ed il codice penale (il succitato art. 583).

Se tale dibattito è estremamente fiorente sul piano legislativo, altrettanto lo è sotto il profilo dei “criteri” a disposizione degli operatori clinici, chiamati a svolgere il ruolo di “esperti”. Anche sotto questo profilo si manifesta la necessità di affrontare tale questione sotto più punti di vista e sotto plurime angolazioni di pensiero.

La questione che riguarda il “disturbo dell'identità di genere” e se sia esso annoverarsi tra i disturbi mentali continua a essere controversa (Ehrbar, 2010). Molte sono attualmente le proposte e gli argomenti sostenuti, in vista di una nuova configurazione diagnostica del DSM 5. Attualmente è possibile evidenziare due macrocategorie la cui voce risuona all'interno di tale dibattito; da un lato coloro che vorrebbero che la diagnosi fosse completamente *emendata*, giungendo a non parlare più di transessualismo con una connotazione psicopatologica; dall'altra coloro che, invece, sono a favore del *mantenimento* della diagnosi. È inevitabile sottolineare come tale discorso sia sostanziato da un impianto alquanto retorico²⁰.

20 Non si può non tenere in considerazione che, in riferimento alle questioni psico-sessuali, possano esserci commistioni tra le posizioni del DSM-IV ed il più vasto atteggiamento sociale dominante. Basti pensare a come nel corso delle varie edizioni del DSM siano cambiate le posizioni anche nei confronti dell'omosessualità: essa appare nel DSM-I del 1952 sotto l'etichetta di “Disturbo Sociopatico della Personalità”; nel DSM-II del 1968 è inclusa fra le “perversioni”; nel DSM-III del 1980 permane fra i Disturbi Sessuali sotto forma di “Omosessualità Egodistonica”; per scomparire infine del tutto come patologia specifica nell'attuale DSM-IV. In altre parole, da un certo momento in poi l'omosessualità non è più considerata, a nessun titolo, una patologia, in trasparente coincidenza con l'evoluzione sociale,

In realtà, come si vedrà, tale dibattito risulta notevolmente più articolato, dal momento che pone in gioco tutta la complessità sottesa al processo “diagnostico” e alla definizione di “disturbo”, coinvolgendo, inoltre, le concezioni dell’attuale società italiana ed internazionale e dovendo tenere conto di adeguati protocolli di cura e presa in carico, psicologica e non, di queste persone.

Come detto, sono in discussione modifiche in vista del futuro manuale DSM 5. Se da un lato tra gli obiettivi principali del DSM ci sono quelli della ricerca nel campo clinico, la facilitazione della comunicazione, il costituirsi quale parametro per l’agire clinico, è pur vero che parlare di disturbo implichi la presenza di un qualche disordine e che pertanto, secondo alcuni autori (Lev, 2005; Winters, 2005), una tale condizione risulterebbe eccessivamente gravosa per questi soggetti. Secondo tale prospettiva la presenza stessa della diagnosi implica la produzione e riproduzione di un forte stigma sociale. Espandendo tale asserzione alle sue estreme conseguenze è possibile addirittura pensare che la mancata accettazione sul piano sociale basti di per sé a comportare difficoltà nel processo di adattamento per la persona transessuale e causare il “disagio” recepito dall’attuale sistema diagnostico. In tal senso non soltanto l’identità *transgender* non andrebbe pensata come una “disfunzione individuale”, ma dovrebbe essere inquadrata in una più ampia impostazione sociale votata ad avere un “problema con la diversità” (Ehrbar, *ibid.*). Come sottolineato da Devor (1997) a proposito della condizione FtM (quella cioè di persone nate biologicamente femminili ma che si riconoscono nel genere maschile), bisogna precisamente chiedersi quanto definire tale condizione come un disturbo non finisca con il trasformare un “fatto sociale” in un problema apparentemente personale (Green, 2007).

La possibilità di “depatologizzare” il DIG avrebbe, quindi, un’importante ricaduta sul piano sociale, consentendo a molte persone di fuoriuscire da uno stato di chiusura e segregazione (Toukers, 2011). Laddove, permanendo la diagnosi, si finirebbe con il confermare un modello di “disabilità” e deficit per inquadrare le persone transessuali, incidendo di conseguenza, sull’apparato clinico e sulla presa in carico psicologica di tali soggetti.

Immaginiamo, di fronte a tutto questo, il ruolo di un clinico, psicologo o psicoterapeuta. L’operatore, che in base alle leggi vigenti nel nostro Paese è investito del compito di fare una diagnosi nell’ambito di una consulenza tecnica di ufficio, corre il rischio di essere unicamente percepito come

culturale, e politica che nel frattempo ha compreso di non poter inquadrare l’omosessuale sotto la cupola di una “malattia”.

un *gate-keeper*, un controllore, finendo con il sostenere implicitamente la posizione secondo cui “bisogna essere malati per poter chiedere aiuto alle istituzioni preposte”. In tal senso i percorsi di “aiuto” alla fine non sarebbero altro che processi preconfezionati, distanti dalle necessità, ma calati dall’alto e resi obbligatori, il cui fine, nell’ottica dell’utente, sarebbe quello di ricevere un certificato e non una più autentica occasione di confronto e sostegno.

Mantenere un atteggiamento e un’impostazione teorica basati sul concetto di malattia può comportare, infine, la perdita di diritti, laddove lo stigma può tradursi nell’impossibilità di adottare o avere in custodia dei bambini.

D’altro canto, la comunità si sta molto interrogando anche sulla possibilità che una categoria diagnostica sia mantenuta, proponendo argomenti interessanti e diversi a supporto di tale tesi. In particolar modo attualmente, nel gruppo di lavoro del WPATH a cui abbiamo fatto precedentemente cenno, i clinici intervenuti a sviluppare una riflessione su tali temi non condannano del tutto la persistenza di una diagnosi in sé, sostenendo che l’ombrello più ampio della diagnosi possa risultare per certi versi *rassicurante*, tenendo, però, ferma la necessità di cambiamenti nella versione del DSM 5.

Nella prospettiva di un tale approccio alla questione, se è sempre vero che la possibilità di fare diagnosi può determinare un impatto sociale sotto forma di stigma, il processo che porta alla diagnosi deve essere valorizzato. La “diagnosi”, in senso ampio, costituisce un importante strumento per guidare l’agire clinico ed un basilare termine di confronto per individuare la soluzione più appropriata e permettere alle persone di prendere atto e riflettere sui propri vissuti di eventuale sofferenza.

In previsione del mantenimento della diagnosi si sottolinea, altresì, il fatto che gli elementi “disforici” riguardanti l’identità di genere concorrono ad un “*disagio reale, e non sono semplicemente la manifestazione di una pressione sociale. È la presenza di questo disagio a giustificare una categoria diagnostica*” (Bockting & Ehrbar, 2005; trad. nostra).

Tale asserzione risulta molto complessa, dal momento che molti sono gli elementi concettuali e teorici che la sottendono. È pur vero che essa rappresenta un crocevia poiché non soltanto la ricerca continuerà a interrogarsi, ma si colgono numerose ulteriori prospettive. È ipotizzabile, infatti, che la diagnosi permetta un più agevole accesso ai trattamenti, medici e psicologici, richiesti in virtù di un soggettivo senso di disagio e sofferenza. Inoltre, la presenza della diagnosi lascia suggerire la possibilità di una più attenta definizione di categorie (diagnostiche) e di conseguenza la più precisa di-

stinzione tra gruppi di individui e ciò potrebbe permettere l'identificazione più precisa e specifica delle diverse condizioni e la comprensione delle loro precipue necessità.

Su un piano eminentemente logico, inoltre, se da un lato la diagnosi rappresenta uno stigma, è pur vero che essa concorre ad abbattere uno stigma: ridurre la vergogna di una condizione che, in assenza di una diagnosi, può apparire come incomprensibile e ingiustificata. La "diagnosi" può condurre a dare un nome alla propria esperienza, facendo sentire meno isolate le persone coinvolte, offrendo loro l'opportunità di essere comprese e riconosciute.

Sullo sfondo di tale discorso è presente anche un intricato registro economico. Accedere ad una diagnosi implica, infatti, la presenza di un'altra questione da affrontare. In particolar modo ciò è vero in una società, come quella nord americana ove, per accedere ai trattamenti medico-chirurgici è necessario essere in possesso di una copertura assicurativa, che dipende strettamente dalle possibilità economiche di ciascuno. In tali contesti la rimozione della diagnosi potrebbe condurre ad un discorso "classista", venendo meno il contributo economico da parte degli enti assicurativi che non coprirebbero le spese mediche e chirurgiche per "sanare" una condizione non ritenuta più patologica. L'accesso alle cure dipenderebbe dalla disponibilità economica a disposizione del singolo e non ad una equidistribuzione delle risorse: si verrebbe curati se si ha denaro a disposizione.

Non ultimo, tra gli elementi a sostegno della permanenza della diagnosi, si può annoverare il fatto che la presenza di un dispositivo diagnostico permette alla comunità scientifica e agli operatori che intervengono, di lavorare insieme su tali questioni e discutere e confrontarsi costantemente su tale argomento.

Tale dibattito interdisciplinare ha portato, come accennato, ad ipotizzare di sostituire il termine Disturbo dell'Identità di Genere, con quello di *Disforia di Genere*²¹.

21 Di seguito i criteri per la Disforia di Genere, proposti dal gruppo di lavoro sui disturbi dell'identità di genere dell'American Psychiatric Association che costituirà la base per la revisione del DSM 5 (<http://www.dsm5.org>):

Una marcata incongruenza tra il genere vissuto/espresso e quello assegnato, per almeno sei mesi, come manifestato da 2 o più dei seguenti indicatori:

1. una marcata incongruenza tra il proprio genere vissuto/espresso e i caratteri sessuali primari e/o secondari (o, in giovani adolescenti, le caratteristiche sessuali secondarie attese/previste)

2. un forte desiderio di liberarsi dei propri caratteri sessuali primari e/o secondari a causa di una marcata incongruenza con il proprio genere vissuto/espresso (o,

È da sottolineare, tuttavia, come durante tale processo di revisione l'American Psychiatric Association abbia dimostrato una grande apertura, proponendo ad esperti del WPATH ed a rappresentanti delle compagnie assicurative di poter partecipare molto attivamente alla revisione dei criteri, permettendo così di allargare gli orizzonti epistemici della discussione.

In generale è comunque notevole che, sebbene il costrutto di *Disforia di Genere* appaia più chiaro e meno stigmatizzante rispetto a quello precedente di Disturbo dell'Identità di Genere (come richiesto dalla stessa American Psychiatric Association), è pur vero che tale revisione finisca col comportare la patologizzazione di tutte quelle persone che manifestino variazione nella espressione di genere, al di là della richiesta di riattribuzione chirurgica del sesso.

5. Conclusioni

Come traspare da tale discussione, il campo di ricerca che abbiamo delineato si configura come un campo di estremo interesse, che solleva molti interrogativi anche sul versante della bioetica, con tutte le implicazioni connesse agli aspetti legati all'attività professionale, di ricerca ed intervento ed al più ampio contesto sociale all'interno del quale tali fenomeni vengono ad inscrivere. Sicuramente pare rilevante evidenziare come l'atto di “patologizzazione” possa essere connesso allo stigmatizzare “identità diverse”. Questa tesi può essere avvalorata anche da alcune recenti ricerche che affrontano il tema del transessualismo inquadrandolo in un “disturbo d'ansia derivante dalla deprivazione dell'espressione di genere” (GEDAD: *Gender Expression Deprivation Anxiety Disorder*) (Vitale, 2001, 2010).

in giovani adolescenti, il desiderio di impedire lo sviluppo dei caratteri sessuali secondari previsti)

3. un forte desiderio verso i caratteri sessuali primari e/o secondari del genere opposto

4. un forte desiderio di appartenere al genere opposto (o qualche genere alternativo diverso dal proprio genere assegnato)

5. un forte desiderio di essere trattato come appartenente all'altro genere (o qualche genere alternativo diverso dal proprio genere assegnato)

6. una forte convinzione di possedere i sentimenti e le reazioni tipici dell'altro genere (o qualche genere alternativo diverso dal proprio genere assegnato)

La condizione è associata clinicamente a significativo disagio o compromissione in aree importanti quali quella sociale, lavorativa, o altre importanti aree di funzionamento o con un significativo incremento del rischio di sofferenza quale disagio o disabilità.

In chiusura ci pare utile far notare come, data la complessità dei temi in oggetto, risulti oggi consistente la mobilitazione non solo di molti organi istituzionali ma anche di associazioni che attentamente si interrogano sulla possibilità di individuare “buone pratiche”. A titolo esemplificativo si riportano due rimandi. Il primo è il documento promosso dalla American Psychological Association dal titolo *Resolution on Transgender, Gender Identity, and Gender Expression Non-Discrimination* (APA, 2008) nel quale sono contemplati una serie di fondamentali punti di ricerca e prospettive sociali. Tra questi, i principali punti programmatici individuati sono: l’area lavorativa, l’impiego nelle attività sociali, il riconoscimento sociale, l’importanza della cura ed il supporto per una corretta presa in carico nei contesti istituzionali delle persone transessuali.

Il secondo punto è rappresentato dagli *Standards of Care* del succitato WPATH che nel corso del convegno svolto ad Atlanta nel settembre 2011, hanno raggiunto la loro settima edizione, a dimostrazione del lungo cammino che è in corso per implementare la ricerca, la conoscenza e la divulgazione di tali complessi temi.

Bibliografia

- APA (2000), *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, trad. it., Milano, 2001.
- APA (2008), *Resolution on transgender, gender identity, & gender expression non-discrimination*, Rinvenibile al sito:
<http://www.apa.org/about/governance/council/-55policy/transgender.aspx>
- H. BENJAMIN, *Transvestims and transsexualism*, in *International Journal of Sexology*, 1953, 7:1, 12.
- H. BENJAMIN, *The transsexual phenomenon*, The Julian Press, New York, 1966. Trad it. *Il fenomeno transessuale*, Roma, 1968.
- W.O. BOCKTING, R.D. EHRBAR, *Commentary: gender variance, dissonance, or identity disorder?*, in *Journal of Psychology and Human Sexuality*, 2005, 17, 125-134.
- V.L. BULLOUGH, *A nineteenth-century transsexual*, in *Archives of Sexual Behavior*, 1987, 16, 81-84.
- J. BUTLER (2004), *La disfatta del genere*, Roma, 2006.
- D.O. CAULDWELL, *Psychopathia transsexualis*, in *Sexology*, Magazine 16, 1949, 274-280.
- J. COLAPINTO, *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, New York, 2000.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2010, rinvenibile al sito www.lasanita.it/file/bioetica.pdf

- G. D'AGOSTINO, *Prefazione*, in P. Valerio, E. Zito, *Corpi sull'uscio, identità possibili*, Napoli, 2010.
- S. DE BEAUVOIR (1949), *Il secondo sesso*, Milano, 1961.
- H. DEVOR, *FTM: Female-to-male transsexuals in society*, Bloomington, Indiana University Press, 1997.
- M. DIAMOND, *Clinical implications of the organizational and activational effects of hormones*, in *Hormones and Behaviour*, 2009, 55, 621-632.
- J. DRESCHER, *When politics distort science: what mental health professionals can do*, in *Journal of Gay & Lesbian Mental Health*, 2009a, 13:213-226.
- J. DRESCHER, *Queer diagnosis: Parallels and contrasts in the history of homosexuality, gender variance, and the diagnostic and statistical manual*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2009b, 39, 427-460.
- A. ELLIOTT, *I concetti del sé*, Torino, 2010.
- E. ESQUIROL, *Des maladies mentales considérées sous le rapports médical, hygiénique et medico-legal*, 2 vol., Bruxelles, 1838.
- R. EHRBAR, *Consensus from differences: Lack of professional consensus on the retention of the gender identity disorder*, in *International Journal of Transgenderism*, vol. 12, 2, 2010.
- L. FEINBERG, *Transgender warriors: Making history from Joan of Arc to Dennis Rodman*, Boston, 1996.
- G. GALEOTTI, *Genere. Genere*, Roma, 2009.
- J. GREEN, "Transmen: behind Assimilation, problems exist". In: "21st Century Sexualities: contemporary issues in health, education and rights", in: Herdt, C. Howe (eds.), Routledge, London, New York, 2007, 35-37.
- R. GREEN, *Robert Stoller's sex and gender: 40 years on*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2010, 39 (6).
- F. HERITIER, *Maschile e femminile. Il pensiero della differenza*, Bari, 1996.
- M. HIRSCHFELD, *Die transvestiten. Eine Untersuchung über den erotischen Verkleidungstrieb mit umfangreichem casuistischem und historischem Material*, I-II, Berlin, Alfred Pulvermacher, 1910.
- M. HIRSCHFELD, *Die intersexuelle konstitution*, in *Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen*, 1923, 3-27.
- P.J. KESTEREN, L.J. VAN GOOREN, J.A. MEGENS, *An epidemiological and demographic study of transsexuals in the Netherlands*, in *Archives of Sexual Behavior*, 1996, 25, 589-600.
- KRAFFT-EBING VON, *Psychopathia sexualis* (1931), Milano, 1966.
- A.I. LEV, *Disordering gender identity: Gender identity disorder in the DSM-IV-Tr*, in *Journal of Psychology and Human Sexuality*, 2005, 17, 35-69.
- P. MARCASCIANO, L. ARIETTI, C. BALLARIN, G. CUCCIO, *Elementi di critica trans*, Roma, 2010.
- J. MONEY, *Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: Psychologic findings*, in *Bulletin of Johns Hopkins Hospital*, 1955, 96, 253-264.
- J. MONEY, *Essere uomo essere donna. Uno studio sull'identità di genere*, Milano, 1989.
- A. NUNZIANTE CESARO, *Del genere sessuale. Saggi psicoanalitici sulla identità femminile*, Napoli, 1996.

- A. NUNZIANTE CESÀRO, P. VALERIO, *Dilemmi dell'identità: Chi sono? Saggi psicoanalitici sul genere e dintorni*, Milano, 2006.
- S.E. OLSSON, A.R. MÖLLER, *On the incidence and sex ratio of transsexualism in Sweden, 1972-2002*, in *Archives of Sexual Behavior*, 2003, 32, 381-386.
- PARLAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation 1117 on the condition of transsexuals*, 1989.
- F. PEZZOLI, *Legge 14 aprile 1982 n. 164. Transessualismo. Teoria e prassi*, Livorno, 2006.
- R. REICHE, *Genere senza sesso*, Roma, 2004.
- R. STOLLER, *Sex and gender: On the development of masculinity and femininity*, London, New York, Science House, New York, 1968.
- K. TOUKERS, "Transgendering: challenging the normal". In "Introducing the New Sexuality Studies", S. Seideman, N. Fisher, C. Meeks (eds), Routledge, London and New York, 2011, 134-139.
- P. VALERIO, M. BOTTONI, R. GALLIANI, R. VITELLI, *Il transessualismo. Saggi psicoanalitici*, Milano, 2001.
- P. VALERIO, E. ZITO, *Genesi dei transessualismi maschili: crocevia delle identità nella letteratura psicoanalitica*, in A. Nunziante Cesaro, P. Valerio (a cura di), *Dilemmi dell'identità: chi sono?*, Milano, 2006.
- A.M. VITALE, *Implications of being gender dysphoric: A developmental review, Gender and Psychoanalysis, An interdisciplinary Journal*, 2001, 6, 121-141.
- A.M. VITALE, *The gendered self. Further commentary on the Transsexual Phenomenon*. Flyfisher Press, Point Reyes Station, 2010.
- K. WINTERS, *Gender dissonance: Diagnostics reform of gender identity disorder for adults*, in *Journal of Psychology and Human Sexuality*, 2005, 17 (3/4), 71-90.
- K.J. ZUCKER, S.J. BRADLEY, *Gender Identity Disorder and Psychosexual Problems in Children and Adolescents*, New York, 1995.
- E. ZITO, P. VALERIO, *Corpi sull'uscio identità possibili*, Napoli, 2010.

CONCLUSIONI

GIUSEPPE LISSA

CONSIDERAZIONI A MARGINE

Prima di tutto, ora che è concluso, si può dire che è stata una buona idea organizzare e realizzare un convegno su “Bioetica pratica e cause di esclusione sociale”. È stata una buona idea per le molte cose che qui i relatori ci hanno detto, fornendoci dati di prima mano sui fenomeni descritti e indicando prospettive di realizzazione di una notevole utilità e di non difficile percorribilità. Ma mi permetto di dire che è stata una buona idea organizzare e realizzare questo convegno essenzialmente perché tutte le cose dette costituiscono una tappa significativa di quel processo che sta portando alla determinazione di una svolta veramente importante ed incidente nel campo della bioetica pratica e della bioetica in generale.

Che se ne faccia risalire l'origine agli eventi seguiti alla seconda guerra mondiale e in particolare ai processi contro i medici nazisti, o che la si assegni alla pubblicazione del libro di Van Roessler Potter e alle grandi scoperte mediche e genetiche effettuate nell'ultimo cinquantennio, è un dato di fatto che l'avvento della bioetica segna una frattura nel corpo della tradizione etica occidentale segnando il passaggio da un umanismo all'altro: per dirla in termini levinasiani, dall'umanismo dei superbi all'umanismo dell'altro uomo. La scienza e la filosofia nel XIX secolo e nella prima metà del XX secolo, almeno fino alla fine della seconda guerra mondiale, appaiono prevalentemente tese e impegnate all'esaltazione dell'umano e a definire le linee essenziali di quello che Emmanuel Lévinas ha chiamato l'umanismo dei superbi. Da Schopenhauer in poi, passando per l'idealismo di Fichte, Schelling ed Hegel, fino a giungere, passando attraverso Marx e Nietzsche, al marxismo sovietico nonché al cosiddetto marxismo occidentale, e ai grandi pensatori, ispiratori dell'“impresa” nazista, in particolare, Karl Schmitt, Ernst Junger e Martin Heidegger, l'essenza dell'uomo è stata, a vari titoli, riposta nella sua volontà. In una volontà destinata inevitabilmente a svolgersi come volontà di potenza anche quando era messa al servizio di progetti utopici miranti alla realizzazione della giustizia. Identificato, proprio come era già accaduto nell'ambito dell'antropologia moderna a partire da Spinoza, come *conatus essendi*, l'uomo è stato, da svariatis-

sime prospettive, considerato come un essere essenzialmente impegnato a continuare ad essere e ad espandersi, interamente, in quanto tale, affidato all'energia e agli slanci della sua volontà. Egoismo e volontà di potenza sono stati, perciò, indicati come i tratti fondamentali della sua natura. E questa natura è stata fissata, come il fondamento antropologico della piattaforma dalla quale sono stati elevati i progetti di società ideale, costruiti, nella prima metà del ventesimo secolo, fossero essi quelli delineati dagli opposti totalitarismi di destra e di sinistra, comunisti e nazifascisti, fossero essi quelli più cari alla società demo-liberale, anch'essa fondata sugli slanci dell'individuo moderno, fin troppo incline a interpretare la propria libertà come slancio espansivo destinato di per sé a generare il conflitto, anche se al conflitto i teorici del liberalismo hanno accreditato, come accreditano ancora, la capacità di determinare, di volta in volta, equilibri accettabili, anche se equilibri di per sé instabili, destinati, quindi, a squilibrarsi e richiedenti continuamente un'azione di riaggiustamento, di riequilibrio e di consolidamento. Al di là delle profonde differenze che intercorrono tra i vari sistemi e al di là delle conseguenze enormi, nel senso delle devastazioni prodotte, dai primi due, il sistema comunista e quello nazi-fascista, e non completamente assenti nemmeno in quello demo-liberale, tutti si sono fondati su questa concezione dell'individuo, la cui essenza è stata riposta nella sua libertà. Questo individuo è stato identificato come l'uomo della libertà. E l'uomo della libertà è stato, a sua volta, identificato più o meno automaticamente, con l'uomo della potenza. E la potenza è stata l'idolo degli uomini della prima metà del XX secolo e forse anche di gran parte della seconda metà.

È sulla superficie di questo sfondo che si è venuto costruendo attraverso il secolo quello che è stato molto opportunamente definito il mito medicale. I travolgenti sviluppi delle conoscenze mediche, delle tecnologie e delle biotecnologie, registrati lungo tutto il secolo hanno alimentato potentemente il mito dell'onnipotenza della tecnica e della medicina. Al medico che osserva e cura, ausiliario della natura, è succeduto il medico-biologo, conoscitore dei processi intimi del divenire della vita, padrone della natura. E mentre, in quanto medico biologo, egli studia la vita e in particolare la vita dell'uomo, del suo corpo, e mira a estenderne la potenza vitale e a trasformarlo, in maniera da renderlo simile all'immagine del suo desiderio, in quanto psicoterapeuta o psichiatra, egli tende a illuminare tutto quello che nell'uomo risulta oscuro in maniera da essere in condizioni da ristrutturare e ricostruire una personalità depersonalizzata o in corso di disintegrazione. Unendo i loro sforzi biologia e psicofisiologia, psicologia e medicina, hanno dato luogo a quella che si potrebbe chiamare medicina psicosomatica,

una medicina che non ha nascosto e non nasconde la sua ambizione di farsi carico di tutto l'uomo, che si pone l'obiettivo di rimediare agli inconvenienti del corpo e della psiche, dell'esterno e dell'interno, e che mira di conseguenza a realizzare una piena padronanza dell'umano, che essa spera di orientare verso lo sviluppo e l'armonica determinazione del suo processo di espansione.

Ma le terribili tragedie prodotte dagli scontri verificatisi nel corso di tutto il XX secolo hanno portato a una clamorosa smentita di questi progetti, raffreddando di molto, alla fine, gli eccessivi entusiasmi suscitati in partenza.

L'uomo della potenza e il mito medicale da lui alimentato hanno fatto fallimento alle porte di Auschwitz davanti alle quali il medico-biologo Mengele non solo seleziona chi ha il diritto di vivere e di morire ma anche chi deve sottostare, in quanto cavia umana, agli esperimenti satanici di ricostruzione delle prerogative del corpo umano. Non c'è dubbio che quindi Auschwitz ha esercitato e continua ad esercitare un potere di rivelazione immenso. Qui è giunta a conclusione la storia dell'umanesimo dei superbi, dell'umanesimo della potenza. Lo dimostrano già le prime reazioni alla tragedia che con esso si configura. Al cospetto delle devastazioni prodotte nei campi di sterminio e sui campi di battaglia in un primo momento il pensiero ha oscillato tra una tendenza alla negazione, che come quella che si è registrata all'interno dei diversi movimenti esistenzialistici, ha spinto numerosi spiriti sensibili e illuminati tra le braccia del nichilismo e di un pensiero della disperazione, e una tendenza alla reazione, che ha indotto tanti altri spiriti anch'essi, a loro modo, sensibili e illuminati a contestare le prerogative del moderno, a reagire nei confronti della razionalità da esso promossa, e a mettere in campo, in svariati modi, tentativi di rianimare orientamenti speculativi, indubbiamente tanto nobili ed illustri quanto antichi e superati, quali ad esempio quelli protesi alla restaurazione del diritto naturale. Ma poi ha cominciato a farsi strada anche la convinzione che si può contestare l'umanesimo dei superbi, criticare il primato della volontà di potenza, senza per questo dover mettere in discussione l'immenso lavoro di esplorazione conoscitiva messo in campo dalla ragione moderna. E poiché ad Auschwitz e sui campi di battaglia della seconda guerra mondiale è stata sperimentata anche la totale fragilità dell'essere umano, colto in balia di una tecnica, di un apparato tecnico, che egli stesso aveva costruito, l'attenzione del pensiero ha cominciato a concentrarsi su questa fragilità dell'uomo, delle cose e del mondo che lo circondano. In tale situazione si è cominciato a metter in questione le prerogative dell'uomo della potenza, scoperto dentro l'uomo della libertà. E senza minimamente mettere in di-

scussione le libertà civili conquistate nei regimi democratici si è cominciato anche a riflettere sull'antropologia, che, riponendo l'essenza dell'umano nel *conatus essendi*, porta ad enfatizzare la tendenza alla potenza che lo caratterizza. Certo, proprio perché colto nella fragilità che contraddistingue la sua natura, l'uomo si affida e confida nel medico, alimentando il mito medicale. Egli vuole essere accolto, accudito, curato, guarito, illuminato, trasformato e migliorato, vuole, in definitiva, esser reso felice e confida che il medico sia in condizioni di garantirgli tutto questo. Di più, poiché ritiene che egli sia in grado di intervenire sul corpo e sulla psiche, si aspetta perfino che il medico risolva l'angoscia costitutiva del suo essere uomo, liberandolo dal terrore della cancellazione che l'inabita a partire dal momento stesso in cui si accende in lui la luce dell'autocoscienza. Proprio facendo questo, però, fa scattare un movimento contraddittorio. Egli, infatti, mette in scena il suo disagio o il suo mal-essere su un palcoscenico sul quale, chi vi appunta lo sguardo, vede fundamentalmente prender corpo i modi di svolgimento di una relazione. In primo piano viene a trovarsi così sotto gli occhi di un eventuale osservatore la relazione medico-paziente. E qui il paziente si presenta sotto la configurazione della sua fragilità. Il suo mal-essere l'inchiuda alla sua insufficienza. Il suo desiderio di essere reintegrato nelle sue prerogative lo inclina ad affidarsi, ad abbandonarsi all'azione del medico. Lo spinge finanche a desiderare un intervento totale nel dominio del suo corpo o della sua psiche senza rendersi conto che in questo modo può attivare nell'altro, che il medico è, il desiderio di esercitare una totale potenza su di sé.

Questo scenario apre su nuovi scorci e nuove possibilità. Certo, esso tende a confermare il mito medicale, la leggenda di un medico "totale e miracoloso, capace di rimediare a ogni disintegrazione dello psichismo umano" (K. Axelos, *Vers la pensée planétaire*, Paris, 1964, p. 233). Ma esso dà anche adito a nuove aperture di sguardo. Come ad Auschwitz e sui campi di battaglia di tutte le guerre non è visibile, infatti, solo la forza e la potenza ma anche l'irrimediabile fragilità e vulnerabilità di tutto quel che è umano. Ora, la fragilità dell'umano non risveglia, come ha ritenuto l'antropologia moderna, da Spinoza e Hobbes a Hegel, a Marx, a Nietzsche, a Freud, a Schmitt, a Sartre, solo l'istinto di sopraffazione e di dominio, innescando una lotta senza tregua tra gli uomini. Accende anche un irresistibile movimento di condivisione e di *pietas* che può investire con la sua forza di contestazione l'istinto di prevaricazione dell'uomo, trasmutarlo e convertirlo in un moto di responsabilità partecipata nei confronti dell'altro. Sulla scena in cui è visibile la sofferenza umana può prodursi una trasformazione che può indurre a riporre l'essenza dell'umano nella sua capacità di orientare

la sua libertà in maniera tale da metterla al servizio dell'altro, facendosene responsabili. La vulnerabilità investe di una forza di contestazione ideale le prerogative della libertà e converte l'essenza dell'uomo dalla libertà nella responsabilità. La mia opinione è che la bioetica venga costituendosi progressivamente entro questo orizzonte di visione. Certo sono occasioni formidabili di sviluppo di essa i grandi progressi effettuati nel campo delle scienze bio-mediche. Ma questi progressi non avrebbero comportato l'estenuazione dell'uomo della potenza e non avrebbero di per sé messo fine al mito medicale se non fosse intervenuta questa riflessione sulla scena occupata dalla relazione medico-paziente entro le nuove prospettive. In parole povere la bioetica nasce e si sviluppa al cospetto della vulnerabilità dell'uomo e prende corpo sulla frontiera che separa un'epoca da un'altra: l'epoca dell'umanesimo dei superbi dall'epoca dell'umanesimo della responsabilità o dell'altro uomo.

Ora, questo nostro convegno non si è occupato d'altro che della fragilità e della vulnerabilità dell'altro uomo. In questo senso è un contributo allo sviluppo della bioetica, interpretata come etica della responsabilità per l'altro uomo. Basta scorrere le relazioni: Marco Musella e Ettore Jorio, si sono concentrati sull'assistenza sanitaria ai soggetti deboli; Giancamillo Trani, Emanuele Rossi, Francesca Biondi Dal Monte e Laura Tricomi, hanno trattato della salvaguardia della salute dei migranti; Raffaele Manfredelli e Paola Fimiani della follia e dei diritti dei malati di mente ad essere trattati come persone; Elvio Damoli, Marco Ruotolo, Roberta Catalano, Emilio Di Somma e Luigia Melillo, della salute del detenuto; Paolo Valerio e Paolo Fazzari, del fenomeno transessuale. Gli argomenti insomma sono questi: i soggetti deboli e le loro insufficienze; gli emigranti e le loro privazioni; i folli e la loro esclusione; i *transgenders* e la loro differenza. Ma che cosa hanno in comune tra loro tutti questi argomenti? Credo si possa dire: quel che salta agli occhi con tutta evidenza, il non, l'insufficienza, *ergo* la fragilità che contraddistingue la condizione esistenziale di tutte le figure esaminate. Il loro essere uomini converge verso un centro problematico che si configura come un centro di esclusione. Esclusione dal mondo comune di tutti gli altri uomini identificati come uomini normali. Così i soggetti deboli sono tutti quelli che per insufficienza economica, dovuta a diverse contraddizioni, ad esempio i divari tra nord e sud, le differenze tra le varie regioni, sono esclusi o fruiscono, in maniera episodica o insufficiente, delle prerogative scaturenti dall'appartenenza al mondo comune disegnato dalla nostra Costituzione relativamente al godimento di diritti fondamentali, ormai riconosciuti come diritti di tutti. I migranti, nella misura in cui sono esclusi dal diritto di cittadinanza, sono esclusi anche concretamente da tutti

gli altri diritti cui la cittadinanza dà accesso. Di conseguenza essi restano fuori dal mondo comune di cui fanno parte i cittadini italiani. I malati di mente, ai quali è negata la partecipazione al mondo comune da una interpretazione della razionalità e dell'essere nel mondo che rende anomala la loro personalità, i loro comportamenti e induce, come ha indotto in passato, se non alla segregazione, alla separazione, alla necessità di ricorrere a forme di sorveglianza che, nella pratica, per lo meno, non mancano di trasformarsi in forme di punizione, si trovano *ipso facto* separati dalla condizione comune cui partecipano tutti i cittadini detti "normali". I detenuti, che nemmeno gli enormi progressi della civiltà giuridica europea e italiana valgono a identificare come persone, che in quanto tali non dovrebbero esser considerate escluse dal mondo comune, entro il quale, in quanto persone, non cessano di avere gli stessi diritti delle altre persone, ad esempio il diritto d'essere assistiti e curati, normalmente, nel caso di malattie, subiscono nella pratica gravi forme di vessazione e di separazione. I *transgender*, la cui differenza di genere non comporta o non dovrebbe comportare l'esclusione dal mondo comune di tutti gli altri uomini o donne, atteso che il loro modo d'essere può coniugarsi perfettamente nel rispetto con quello di tutti gli altri, sono tenuti prigionieri nella loro differenza ai margini se non al di fuori del mondo comune.

Insomma, il convegno si è venuto svolgendo, come si potrà desumere anche leggendo gli atti, come una vera e propria fenomenologia della fragilità, che è stata ancorata a questa dialettica di fondo: mondo comune, esclusione dal mondo comune, necessità di operare legislativamente e materialmente in maniera da ripristinare l'unità e l'armonia tra il mondo di cui tutti facciamo parte e i diversi soggetti, identificati attraverso le differenze che contraddistinguono la loro condizione. Ecco, queste differenze vanno, di volta in volta, individuate e rimosse, attraverso le cure opportune, se, in qualche modo, esse si configurano effettivamente come patologiche. Esse vanno, invece, socialmente reinterpretate e la persona che ne è portatrice va reinserita nel mondo comune se esse sono da riportare unicamente a cause intersoggettive, di natura storico-culturale o economica.

Ora, gli operatori che hanno relazionato nel nostro convegno ci hanno fatto vedere quale sia la situazione maturata nel nostro paese. Alcune di queste differenze hanno radici economico-sociali-culturali, che vanno rimosse. E i nostri relatori le hanno individuate con precisione. Ad esempio essi hanno fatto vedere come i soggetti deboli siano insidiati dalle differenze di sviluppo e di ricchezza delle varie zone d'Italia, nord-sud, regioni ricche regioni povere. Ed hanno dimostrato che in queste condizioni diventa più forte la necessità di rendere più salda l'unità del paese, di affi-

darla a basi di sostegno solidaristiche più sostanziose anche se questo non deve essere occasione, da parte delle zone più disagiate, di abbandonarsi a pratiche di malgoverno e di malversazione, come è avvenuto nella storia travagliata di questi ultimi decenni anche a causa di classi dirigenti, nel meridione ed altrove, né responsabili, né costumate. Altre hanno origini più profonde nel corpo e nello spirito dei soggetti considerati. Il malato di mente accusa, ad esempio, un disagio le cui origini non si possono più riportare solo a disfunzioni sociali e culturali. Qui si rivela una fragilità che la scienza medica deve assumere *in toto*. Ma la medicina non può esercitare le sue prerogative in questo campo senza l'assunzione di una responsabilità totale da parte del mondo medico che non solo non può e non deve esercitare le sue funzioni come se attivasse forme di potere ma deve evitare, nei limiti del possibile, ogni sospetto di far ricorso a forme di violenza, di coartazione, di punizione. I relatori hanno dimostrato che gli operatori medici sono all'altezza di queste responsabilità, ma hanno segnalato l'insufficienza delle strutture, l'inadeguatezza dei mezzi e la diffidenza se non l'ostilità delle masse (l'opinione pubblica?) la cui cultura purtroppo non è all'altezza delle sfide che provengono da questi problemi del nostro tempo.

Da quello che abbiamo sentito e potuto apprendere il problema dell'accoglienza dei migranti e della cura della loro salute si configura come un problema tutto quanto socio-culturale e politico. È la sfida fondamentale di questa nostro difficile e travagliata epoca. Nell'universo della globalizzazione in cui viviamo, tutto è in movimento e in trasformazione. Bisogna, quindi, abituarsi ormai all'idea che tutti possano prima o poi andare dappertutto e aspirare a stabilirvisi. Occorre attrezzarsi per questo. Prima di tutto occorre sbarazzarsi della paura sociale che questi sommovimenti producono. E qui dovrebbe scattare un vero e proprio colpo di stato mentale. Dovremmo rivoluzionare tutte le categorie con le quali interpretiamo il mondo nel quale viviamo. Non possiamo più pensare ormai di essere titolari di una identità storica immutabile, da difendere a ogni costo. Le identità sono costruzioni storiche, storicamente determinate e storicamente destinate ad essere trasformate e, in certi casi, trasvalutate e sovvertite. Non che un'identità debba cedere a un'altra identità, che sarebbe più stabile. Semplicemente diversi uomini a contatto trasformano reciprocamente i loro modi d'essere e le loro identità e lo fanno in maniera imprevedibile, sicché i risultati cui si giunge sono, a causa delle loro novità, a volte, sorprendenti per tutti. Nessuno è insediato nell'universale. E nella storia non è dato nessun universale immutabile. Classicismo, ebraismo, cristianesimo, islamismo, orientalismo, laicismo, sono tutti universali individuali e individualizzati. Tutti hanno assunto e sono destinati ad assumere numero-

se configurazioni. Non ci sono fortificazioni in cui asserragliarsi per difendere identità immutabili. Non sappiamo cosa verrà fuori tra un secolo da questo immenso *melting pot*. Tutti gli uomini sono impegnati, in vari modi, in uno sforzo di universalizzazione che può convergere o divergere da quello in cui sono impegnati gli altri. In genere nel tendersi in questi sforzi gli uomini interagiscono tra loro e producono risultati impreveduti rispetto a quelli verso cui tendevano quando li hanno posti in atto. I processi di identificazione producono risultati nuovi e identità nuove destinate anch'esse col tempo a trasformarsi e a rovesciarsi in altre identità. Nessuna forza può contrastare questa opera gigantesca di rimescolamento di etnie, di culture, di sistemi sociali ed economici in atto.

Per questo l'Europa e l'Italia, considerati i titoli di nobiltà della loro tradizione e considerato il fatto che esse sono giunte a definire un ideale umanismo della responsabilità nei confronti dell'altro uomo, non possono non raccogliere la sfida dei tempi, rimanendo all'altezza della nobiltà della loro storia e delle loro opzioni etiche e culturali. L'identità dell'Europa è prefigurata nella capacità di accoglienza dell'omerico Alcino che riceve Ulisse, lo veste, lo rifocilla, socializza con lui e poi gli consente di ritornare in patria restaurato e riconciliato con se stesso. L'Europa non può trasformarsi nell'antro di Polifemo che cannibalizza i suoi ospiti e deride ogni senso di ospitalità e di religiosità, negando ogni valore e ogni consistenza ai precetti etici sui quali si costruisce la sua identità di continente di uomini civili e ragionevoli. L'Europa cristiana che si considera erede dei valori della Thorà ebraica e della civiltà greca sintesi tra Atene, Roma e Gerusalemme, sintesi di quel che di meglio essa ha prodotto in termini di etica, di diritto, di religione e di filosofia non può venir meno alla dignità della sua straordinaria tradizione. Come Gesù essa deve accogliere la vedova, l'orfano, lo straniero. Farsi carico di tutte le fragilità dell'umano per curarle e rimuoverle, nei limiti del possibile.

Gli operatori, a quel che ci riferiscono i nostri relatori, hanno ben chiare queste prospettive. Il problema fondamentale anche a questo proposito è perciò più che culturale (è maturata una cultura dell'accoglienza fondata sull'etica della responsabilità) è politico. Il problema è determinato dalla plebeizzazione di vasti strati sociali, non solo popolari ma anche borghesi ed alto-borghesi e dalle conseguenze politiche che questo produce, come si è visto in Italia con l'insorgere di indegni movimenti populistici e neofascisti e come si vede purtroppo ormai anche in Europa con l'impatto che cominciano ad avere questi stessi movimenti anche su paesi di grandissima tradizione democratica e civile, come l'Olanda e la Francia.

La stessa cosa si può dire per la salute dei detenuti. I relatori hanno fatto vedere che la nostra legislazione è abbastanza avanti nel riconoscere al detenuto di essere persona, con le conseguenze che questo comporta. Purtroppo la carenza dei mezzi, il cinismo e la spregiudicatezza delle classi dirigenti, l'insensibilità se non l'ostilità di ingenti masse plebeizzate, determinano una situazione di disagio veramente insopportabile e dalla quale bisogna uscire come gli uomini di scienza hanno ormai dimostrato che è necessario. Problemi simili si pongono per il riconoscimento di una differenza quale quella che contraddistingue i *transgenders*. La scienza psicologica ha fatto quasi tutto il possibile per dimostrare la problematicità di questa differenza che più che d'ordine medicale è d'ordine socio-culturale, come lo era la differenza omosessuale disconosciuta e messa anch'essa ai margini del mondo comune fino a poco tempo fa. Per uscire dai disagi occorre che l'etica della responsabilità, l'umanesimo dell'altro uomo, sul quale è costruita, passino dall'essere elaborazione della scienza medica e della riflessione filosofica ed etica a senso comune. E per questo occorrono tempi lunghi e impegni straordinari. Il CIRB ha compiuto, nel suo piccolo, il suo dovere in questa direzione perché con questo interessante e stimolante convegno ha portato il suo mattone per la costruzione di questo edificio che è ancora tutto quanto da realizzare.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FABIO AMATO, ricercatore di Geografia presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"

GIULIANO BALBI, ordinario di Diritto penale presso la Seconda Università degli Studi di Napoli

FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, borsista di ricerca presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

ROBERTA CATALANO, ricercatore di Diritto civile presso la Seconda Università degli Studi di Napoli

LORENZO CHIEFFI, ordinario di Diritto pubblico generale presso la Seconda Università degli Studi di Napoli e Direttore del C.I.R.B.

FABIO CICILIANO, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, Servizio Emergenza Sanitaria e Assistenza alla Popolazione

ELVIO DAMOLI, già Cappellano del carcere di Poggioreale di Napoli

GIUSEPPE ANTONIO DI MARCO, ordinario di Filosofia della storia presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

EMILIO DI SOMMA, Vice Capo vicario presso il Dipartimento amministrazione penitenziaria - Ministero della Giustizia

PAOLO FAZZARI, Psicologo, Specializzando in Psicologia Clinica, Università degli Studi di Napoli Federico II

MARIAPAOLA FIMIANI, ordinario di Filosofia morale presso l'Università degli Studi di Salerno

SILVANA GAGLIARDI, medico in Formazione Specialistica in Psichiatria presso A.O.U. Seconda Università degli Studi di Napoli

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ, titular de Derecho Constitucional presso l'Università di Granada

PAOLO GRITTI, associato di Psichiatria presso la Seconda Università degli Studi di Napoli

ETTORE JORIO, docente di Diritto sanitario presso l'Università degli Studi della Calabria

GIUSEPPE LISSA, ordinario di Filosofia morale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

RAFFAELE MANFRELLOTTI, ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Foggia

LUIGIA MELILLO, associato di Storia della Medicina e di Bioetica Interculturale presso Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"

LAURA MOSCATELLO, Struttura del Commissario Delegato per l'Emergenza Immigrazione dal Nord Africa

MARCO MUSELLA, ordinario di Economia politica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

EMANUELE ROSSI, ordinario di Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

MARCO RUOTOLO, ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi Roma Tre

GIANCAMILLO TRANI, Vicedirettore della Caritas Diocesana di Napoli

LAURA TRICOMI, Magistrato del Tribunale di Napoli

PAOLO VALERIO, ordinario di Psicologia Clinica presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

QUADERNI DI BIOETICA

1. *Il bambino che viene dal freddo. Riflessioni bioetiche sulla fecondazione artificiale*, a cura di A. Nunziante Cesàro, Franco Angeli, Milano, 2000
2. *Etica della salute e "terapie non convenzionali"*, Atti del Convegno di Napoli (29/30 novembre e 1° dicembre 2000), a cura di L. Melillo, Quaderno n. 1, Giannini, Napoli, 2002
3. *Ricerche di bioetica*, a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 2, Giannini, Napoli, 2004
4. *Medicina ed etica di fine vita*, Atti del Convegno di Napoli (22/24 aprile 2002), a cura di M. Coltorti, Quaderno n. 3, Giannini, Napoli, 2002
5. *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 4, Giappichelli, Torino, 2005
6. *La cura delle donne*, Atti del Convegno di Napoli (27-29 ottobre 2004), a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 5, Meltemi, Roma, 2006
7. *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi e P. Giustiniani, Quaderno n. 6, Giappichelli, Torino, 2010

NUOVA SERIE

1. *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di L. Chieffi, Quaderno n. 1, Mimesis, Milano, 2012
2. *Identità in dialogo. La liberté des mers*, a cura di R. Bonito Oliva, Quaderno n. 2, Mimesis, Milano, 2012

