

Note in tema di accesso degli immigrati alle strutture sanitarie

di Renato Finocchi Ghersi

Il quadro normativo che emerge dal d.d.l n. 733/S, in caso di approvazione definitiva dell'emendamento n. 39.306 presentato da alcuni deputati della Lega sembra avere una portata modificativa dell'attuale disciplina di garanzia del diritto alla salute degli stranieri immigrati, e degli obblighi di cui sono destinatari tutti coloro che esercitano le professioni sanitarie e le funzioni amministrative nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, ben più ampia di quello che taluni interventi recenti di esponenti del Governo e della maggioranza prefigurano. Peraltro, in alcune dichiarazioni iniziali dei proponenti, l'intento di radicale modifica del sistema attuale era ben chiaramente espresso. L'esame delle norme conferma questi possibili esiti della riforma, che potranno causare gravi conseguenze lesive del diritto fondamentale alla salute, garantito dall'art. 32 Cost. anche agli stranieri, in alcuni casi anche se non regolari, oltre che ai cittadini ed alla collettività nel suo complesso. Come segnalato da più parti, la riduzione del numero degli stranieri che si rivolgono alle strutture sanitarie pubbliche per timore della denuncia può incidere negativamente sull'attività di prevenzione che il Servizio sanitario nazionale ha finora meritoriamente esercitato, specie nella cura delle malattie infettive.

Per una corretta lettura integrata delle nuove disposizioni, occorre premettere che nella stesura attuale l'art. 21 del d.d.l. n. 733 prevede l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato: il nuovo art. 10 bis, inserito nel testo unico delle norme in tema di immigrazione (d.lgs n. 286/1998) punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con l'ammenda da 5 a 10 mila euro "lo straniero che fa ingresso, ovvero si trattiene nel territorio dello Stato" in violazione delle disposizioni del testo unico e di quelle dell'art. 1 della legge n. 68/2007, che disciplina gli ingressi per soggiorni di breve durata.

Il nuovo reato è perseguibile d'ufficio e la pena prevista è solo pecuniaria, ma non è consentita l'oblazione, e quale sanzione sostitutiva è prevista una speciale forma di espulsione disposta dal giudice penale, che nell'intenzione del legislatore sarà la norma, vista la condizione economica in cui versa la maggioranza degli stranieri.

La seconda disposizione cui riferirsi è l'emendamento n. 39.306, meramente soppressivo del comma 5 dell'art. 35 del d.lgs n. 286/1998, che nel testo vigente recita: "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”.

Inoltre, per garantire l'effettività del diritto alla salute anche allo straniero irregolare, l'art. 43 del regolamento di attuazione del testo unico, approvato con d.P.R. n. 394/1999, prevede una speciale procedura amministrativa per la sua presa in carico da parte della struttura sanitaria, che assicura l'anonimato allo straniero e il rilascio di un modulo (STP) che ne consenta il riconoscimento ai fini delle prestazioni sanitarie. L'art. 43, comma 2, del regolamento citato prevede infatti che agli stranieri comunque presenti nel territorio, “non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, sono comunque assicurate, nei presidi sanitari pubblici e privati accreditati, le prestazioni sanitarie previste dall'art. 35, comma 3, del testo unico” (e cioè quelle essenziali, anche di carattere continuativo).

I commi seguenti sono dedicati alle procedure amministrative relative alla registrazione e alla rendicontazione delle prestazioni sanitarie offerte, e coinvolgono sia il personale sanitario (medici e ausiliari), sia quello amministrativo operante nelle strutture del Servizio sanitario nazionale. In primo luogo, il regolamento disciplina l'utilizzazione del codice regionale che in forma anonima identifica l'assistito e la struttura sanitaria che eroga la prestazione: il codice è riconosciuto su tutto il territorio nazionale e serve ad identificare lo straniero destinatario per tutte le cure essenziali. Lo stesso codice è utilizzato anche per la rendicontazione delle prestazioni sanitarie effettuate da parte delle strutture del Servizio sanitario nazionale ai fini del rimborso. Gli oneri relativi sono posti a carico della Servizio sanitario regionale, ma nel caso dello straniero non regolare che versi in stato di indigenza gravano su uno speciale fondo operante presso il Ministero dell'interno: a questo fine il comma 5 dell'art. 43 del regolamento specifica che la comunicazione al Ministero da parte della struttura sanitaria “è effettuata in forma anonima, mediante il codice regionale STP di cui al comma 3, con l'indicazione della diagnosi, del tipo di prestazione erogata e della somma di cui si chiede il rimborso”.

Pertanto, deve ritenersi che la identificazione dello straniero come non regolare costituisce il presupposto sia per l'accesso ad alcune cure (quelle essenziali, indicate dall'art. 35, comma 3 del testo unico n. 286/1998), sia per il rimborso delle prestazioni erogate da porre a carico del Ministero dell'interno, e non del Servizio sanitario regionale.

Queste disposizioni previste dalla legge Turco-Napolitano, e mai modificate, sono poste a presidio del diritto alla salute, che costituisce un diritto fondamentale della persona in quanto tale, non circoscrivibile ai soli cittadini, e garantito sia dall'art. 32 della Costituzione sia da diverse convenzioni internazionali, quali la Carta sociale europea, la Carta dei diritti fondamentali

dell'Unione Europea e la Convenzione di Oviedo, ratificata con legge n. 145/2001. La Corte costituzionale ha da tempo classificato il diritto alla salute quale diritto fondamentale della persona (da ultimo, con riferimento al consenso informato, sent. n. 438/2008).

Il divieto di qualunque segnalazione, nella normativa vigente (art. 35, comma 5, del testo unico, di cui si prevede la soppressione), non si estende peraltro all'obbligo di referto previsto dall'art. 365 c.p., ma anzi, in condizioni di parità con il cittadino, resta l'obbligo del medico di segnalare all'autorità giudiziaria quei casi in cui dall'esame sanitario emergano circostanze e fatti idonei a far ritenere la commissione di delitti perseguibili d'ufficio nei confronti della persona assistita. Il medico, con il referto, è tenuto ad indicare solo "se possibile" le generalità della persona assistita, il luogo dove si trova attualmente e quanto altro valga ad identificarla (v. art. 334 c.p.p. per la nozione di referto). Inoltre, il secondo comma dell'art. 365 c.p. esonera il medico dall'obbligo di referto solo se il suo contenuto potrebbe "esporre la persona assistita a procedimento penale".

Come si vede, con questa esimente "umanitaria", anche il codice del 1930 si preoccupava di non porre in contraddizione il diritto alle cure con le esigenze di sicurezza e di perseguimento dei reati, ma di far prevalere il diritto alla salute, e di tutelare il segreto professionale del sanitario.

In questo quadro ispirato da un ragionevole bilanciamento delle diverse esigenze e valori costituzionali in gioco, la soppressione del citato comma 5 dell'art. 35 del testo unico e l'introduzione del reato di immigrazione clandestina rischiano di avere effetti dirompenti.

Deve infatti in primo luogo richiamarsi il contenuto delle norme generali in tema di obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria previste dall'art. 331 c.p.p., che dispone che "i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile d'ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito"; e che, al quarto comma, prevede che "se, nel corso di un procedimento civile o amministrativo, emerge un fatto nel quale si può configurare un reato perseguibile d'ufficio, l'autorità che procede redige e trasmette senza ritardo la denuncia al pubblico ministero". Ora, non è dubbio anche in base alla giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass. nn. 40182/2007; 12827/2005; 1913/1999; 1408/1994) che il personale sanitario e amministrativo del Servizio sanitario nazionale rientri con diverse qualificazioni, nella categoria degli incaricati di pubblico servizio e, in taluni casi (quando esercita funzioni certificative) in quella dei pubblici ufficiali: comunque, sono senza dubbio compresi nell'ambito di coloro che in base all'art. 331 c.p.p. sono tenuti alla denuncia dei reati perseguibili d'ufficio di cui abbiano notizia nell'esercizio delle funzioni e, in caso di omissione o di semplice ritardo, incorrono nelle sanzioni penali previste dagli artt. 361 e 362 c.p.

Questa norma generale che impone l'obbligo di denuncia, a seguito dell'abrogazione del divieto di qualunque obbligo di segnalazione in capo al personale sanitario (con l'eccezione del referto, che attiene alle risultanze dell'esame medico, tecnico diagnostico, e non ad altri fatti comunque emersi nel corso delle procedure amministrative presso le strutture sanitarie), e della contemporanea introduzione del reato di immigrazione clandestina, acquista una sua rinnovata efficacia nei confronti di tutto il personale del Servizio sanitario nazionale coinvolto nell'assistenza agli stranieri non regolari. Infatti, con l'approvazione dell'emendamento n. 39.306 la procedura di identificazione con la garanzia dell'anonimato non sarà più consentita, dal momento che l'assenza dei documenti di soggiorno e di quelli che consentono di verificare l'identità della persona straniera, costituiscono chiare fonti di prova dell'ingresso e del soggiorno irregolare, ora penalmente sanzionato quale reato perseguibile d'ufficio. Non sarà più possibile, per la struttura sanitaria, identificare come non regolare lo straniero che richiede una prestazione e, sulla base di questo accertamento, rilasciargli quel codice STP (che non a caso è l'acronimo della qualifica di straniero temporaneamente presente) che costituisce il presupposto per ottenere la registrazione ed il rimborso dal Ministero dell'interno della prestazione erogata. La certificazione dello stato di non regolarità integra la fattispecie del nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale.

In questo quadro non può escludersi che sia il personale medico e ausiliario, sia quello amministrativo avente il compito di gestire la procedura di presa in carico dello straniero e di attestazione del suo stato ai fini della rendicontazione, una volta rilevati gli elementi comprovanti l'irregolarità del soggiorno dello straniero sul territorio nazionale siano obbligati alla denuncia ai sensi della norma generale di cui all'art. 331 c.p.p.. In questo senso, l'art. 332 c.p.p., dispone che il contenuto della denuncia consiste nella "esposizione degli elementi essenziali del fatto e indica il giorno dell'acquisizione della notizia nonché le fonti di prova già note".

Gli esiti di questa interpretazione, pur qui non auspicati ma derivanti dall'esame oggettivo della disciplina positiva, travolge, nei fatti, anche quella prevalenza del diritto alla cura e alla salute, rispetto all'interesse all'acquisizione di una notizia di reato, prevista nel caso dell'obbligo di referto dal codice penale "fascista" del 1930.

Secondo una parte qualificata della dottrina penalistica (si veda Fiandaca Musco, in Diritto penale speciale, I, p. 336) non può infatti ritenersi che quella esimente di cui all'art. 365, secondo comma, valga ad escludere gli esercenti la professione sanitaria, che siano anche pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio dall'obbligo di denuncia, e ciò a causa della prevalenza di quest'ultima qualifica.

A questa considerazione può aggiungersi che l'esimente non si estende a tutto il personale dipendente dal Servizio sanitario nazionale, ma solo a quello che esercita una "professione

sanitaria”: la disposizione non riguarda il personale amministrativo, ed esonera dall’obbligo di referto, non dall’obbligo di denuncia. I due atti hanno un contenuto e un’area applicativa ben distinta, come indicano i diversi articoli del codice di procedura penale che ne disciplinano il contenuto (artt. 332 e 334).

In particolare, il referto riguarda le risultanze emergenti dall’ intervento del sanitario e l’esame medico tecnico-diagnostico da cui si ricavano elementi che fanno ritenere la commissione di un reato; la denuncia comprende un’area ben più vasta, riguardando tutti gli elementi, i fatti e le circostanze conosciute nell’ambito di qualunque procedura o nell’esercizio di una funzione pubblica da cui emerga una notizia di reato.

Inoltre, le qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio del medico non vengono mai meno quando egli esercita una funzione nell’ambito del Servizio sanitario nazionale, e l’esonero dall’obbligo di referto non equivale ad esonero dall’obbligo di denuncia: in base al principio di tassatività delle fattispecie penali, la mancanza di una norma espressa in tal senso equivale a far ritenere che permane l’obbligo di denuncia in presenza della notizia del reato di ingresso e soggiorno illegale dello straniero, desumibile dall’assenza di documenti di soggiorno e di identità.

Né infine può sostenersi che l’abrogazione del divieto di qualunque segnalazione all’autorità, salvo il referto, sia finalizzato a garantire l’obbligo di segnalazione da parte dei medici dei casi di malattie infettive all’autorità sanitaria competente.

Su questo punto, si osserva che l’abrogazione è generale e quindi l’obbligo di denuncia ex art. 331 c.p.p. scatterebbe in ogni caso in cui uno straniero irregolare si presenti al presidio sanitario per chiedere una prestazione, indipendentemente dalla natura infettiva della malattia. Contrariamente a quanto sostenuto da alcuni esponenti della maggioranza, la norma abrogativa non ha l’effetto di introdurre una “facoltà” di denuncia a carico del medico. Una siffatta disposizione avrebbe infatti dovuto individuare i casi in cui tale facoltà avrebbe potuto essere esercitata, cosa che non è nel caso di specie, trattandosi di una mera soppressione del divieto.

Questa facoltà non potrebbe, comunque, essere rimessa alla libera determinazione del medico, poiché dal suo esercizio derivano conseguenze penali per lo straniero oggetto della segnalazione: i principi costituzionali di uguaglianza, di legalità, di ragionevolezza e di obbligatorietà dell’azione penale esigono una chiara individuazione da parte del legislatore delle ipotesi nelle quali il pubblico ufficiale e l’incaricato del pubblico servizio sono obbligati alla denuncia, come si deduce anche dalle norme vigenti, che come si è visto indicano specificamente i casi di obbligo e le relative eccezioni (es. nel caso del referto).

Secondariamente, la normativa in tema di notifica all'autorità sanitaria da parte del medico che rilevi una malattia infettiva resta quella, risalente nel tempo, contenuta negli artt. 253 e 254 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con R.D. n. 1265 del 1934, e nel decreto di attuazione (D.M. 15.12.1990).

Se questo è il quadro che emerge dall'approvazione dell'emendamento in questione, non può non rilevarsi il dubbio sulla costituzionalità del nuovo sistema normativo che ne deriva. Il riconoscimento del diritto alla salute da parte dello straniero irregolare sarebbe infatti subordinato, nella sostanza, alla autodenuncia del suo stato di soggetto che ha violato le regole di ingresso e soggiorno nello Stato. La Corte costituzionale, al contrario, ha affermato più volte la natura fondamentale e primaria del diritto alla salute, ribadendo, ad esempio, il diritto alle cure urgenti, anche all'estero ed a carico del Servizio sanitario nazionale, nel caso presso le strutture pubbliche non sia possibile ottenere tempestivamente la prestazione sanitaria necessaria (Corte cost. n. 309/1999); e, d'altro canto, l'ordinamento penalistico assicura il diritto al silenzio dell'imputato nel processo ed esclude l'autodenuncia.

La grave lesione al diritto alla salute che deriva dal sistema descritto non pare evitabile solo affidandosi ad una interpretazione di favore che estenda, per analogia, la disposizione dell'art. 365, secondo comma c.p., che esenta il sanitario dall'obbligo di referto, anche all'obbligo di denuncia. Come noto, in una fattispecie penale il ricorso all'analogia deve essere contenuto in termini restrittivi, soprattutto in presenza di due diversi atti (il referto e la denuncia) autonomamente disciplinati dal codice, e tenuto presente che le norme hanno una sfera soggettiva di applicazione diversa: l'art. 365 si rivolge solo ai sanitari, mentre l'art. 331 c.p.p. concerne tutti coloro che esercitano un pubblico servizio. L'esame della giurisprudenza consiglia molta cautela nel sostenere l'una e l'altra tesi tendenti alla "riduzione del danno" al diritto alla salute provocato dalla norma che qui si commenta. In riferimento all'esenzione dall'obbligo di referto la Corte di cassazione ha recentemente affermato che l'esonero del sanitario dall'obbligo di referto di cui all'art. 365, secondo comma, "è previsto solo nel caso in cui i fatti che si dovrebbero descrivere nel referto convergono nell'indicare il paziente quale autore del reato esponendolo a procedimento penale": da questo principio la Corte ha dedotto che il sanitario non potesse esimersi dall'obbligo di referto nel caso di ricovero di un paziente per tossicosi acuta da assunzione di droga, in quanto l'ipotesi che l'assistito fosse egli stesso un trafficante non poteva essere direttamente collegata al referto ma solo all'esito di ulteriori indagini che dal referto potevano prendere spunto (v. Cass. pen 9.4.2001 in Cass. pen. 2002, p. 2106).

Anche il riferimento all'analogia, di cui la Corte afferma il divieto "in via di principio", non va confuso con l'interpretazione estensiva, che si ha quando l'ambito di applicazione di una norma

penale viene, per necessità logica e non per similitudine di rapporti, esteso ad un caso, che non essendo previsto, si deve ritenere compreso nella norma stessa (Cass. pen n. 11380/1990; ma anche nn. 1367/1992, 8236/1997 e Cass. Sez. Un. n. 1282/1996). In questo caso, obbligo di referto e obbligo di denuncia sono autonomamente previsti e disciplinati, sia sotto il profilo soggettivo dei destinatari degli obblighi, sia per quello relativo al contenuto dei due diversi atti.

La via da seguire è quindi quella di una modifica dell'emendamento approvato dal Senato che esplicitamente chiarisca questa esenzione dall'obbligo di denuncia, facendo solo salva la segnalazione anonima alla competente autorità sanitaria delle notifiche relative alle malattie infettive. Non può infatti ritenersi che la garanzia del fondamentale diritto alla salute sia sostanzialmente lesa ed affidata alla discrezionalità dei giudici, soprattutto in presenza di dati normativi che se letti per quello che oggettivamente sono nel loro contenuto letterale, conducono a ritenere che sussista l'obbligo di denuncia. In questo campo, come l'esperienza già ci insegna, la sola probabilità dell'inizio di un procedimento penale induce gli stranieri a non rivolgersi alle strutture del Servizio sanitario nazionale, con il concreto rischio della creazione di un mercato parallelo della salute. E ancor meno la scelta di denunciare o no lo straniero irregolare può essere affidata alla libera determinazione dei medici e del personale ausiliario e amministrativo delle ASL. In questo caso, si tratterebbe di una scelta del tutto arbitraria e soggettiva, in assenza di qualunque parametro normativo al quale riferirsi, e in quanto tale incostituzionale per quanto detto.