



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIV ciclo

Tesi di Dottorato

Il diritto alla salute a geometria variabile

Relatore

Prof. Carlo Casonato

Dottoranda

Lucia Busatta

anno accademico 2010-2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidata: Lucia Busatta

IL DIRITTO ALLA SALUTE A GEOMETRIA VARIABILE

Relatore: Prof. Carlo Casonato

Anno Accademico 2010-2011

Indirizzo specialistico in Scienze pubblicistiche

XXIV ciclo

Esame finale: 18/04/2012

Commissione esaminatrice:

Prof. Paolo Carrozza, Scuola Superiore Sant'Anna

Prof. Antonio D'Aloia, Università degli Studi di Parma

Prof. Paolo Veronesi, Università degli Studi di Ferrara

*Voi, che avete la fortuna di avere tanto l'ombra che la luce,
voi che avete due occhi dotati della conoscenza prospettica e allietati dal
godimento dei vari colori,
voi che potete vederlo per davvero, un angolo,
e contemplare l'intera circonferenza di un Circolo nella beata regione delle
Tre Dimensioni...*

*come potrò mai render chiara a voi l'estrema difficoltà che incontriamo noi,
in Flatlandia,
per riconoscere le nostre rispettive configurazioni?*

E.A. Abbott, Flatlandia

Tempo fa, qualcuno mi ha fatto osservare che l'attività di ricerca non è qualcosa che si porta avanti da soli.

Desidero perciò ringraziare il Prof. Carlo Casonato che ha seguito con attenzione la stesura di questa tesi e, insieme a lui, il Prof. Roberto Toniatti, la Dott.ssa Cinzia Piciocchi e il Dott. Marco Dani, nonché il “Gruppo Jus21” e il “Gruppo BioDiritto” dell'Università degli Studi di Trento, fondamentali sedi di stimolanti riflessioni giuridiche.

Meritano un sentito ringraziamento il personale amministrativo della Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei e quello del Sistema Bibliotecario d'Ateneo, la cui competenza, precisione e puntualità sono stati elementi essenziali per la buona riuscita del mio lavoro. Accanto a loro, il mio grazie va anche ai compagni della Scuola, per un sostegno scientifico ed umano che non è mai mancato in questi anni; a Marta in modo particolare.

Per il periodo di ricerca all'estero, devo rivolgere il mio grazie ai Proff. Andrea Biondi e Roger Brownsword e al Dott. Lorenzo Zucca del King's College London, alle Prof.sse Sheila McLean e Noreen Burrows e alle Dott.sse Maria Fletcher e Sarah Ellinston della University of Glasgow, al Prof. Alejandro Saiz Arnaiz e alle Prof.sse Aida Torres Pérez e Maribel González Pascual della Universitat Pompeu Fabra di Barcellona.

Vi sono infine innumerevoli persone che, più o meno direttamente, hanno contribuito alla maturazione della mia tesi e mi hanno fornito, in un modo o nell'altro, irrinunciabili spunti per proseguire la ricerca. Non possono essere tutti singolarmente nominati, ma sono sicura che ciascuno di loro si potrà riconoscere in queste parole.

Un Grazie speciale va alle mie “ragazze pon-pon”, sempre accanto a me, a chi ha seguito con costanza i miei passi, a chi ha rinnovato per sessantacinque anni, quotidianamente, una promessa d'amore e a chi, ogni giorno, mi dona il suo cuore.

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	7
INTRODUZIONE.....	9
CAPITOLO PRIMO	
IL DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA SALUTE IN PROSPETTIVA	
COMPARATA	27
1. Il diritto alla salute nella Costituzione italiana.....	27
1.1. <i>Prima fase: la norma programmatica</i>	28
1.2. <i>Configurazione giuridica del diritto alla salute: diritto sociale v. diritto fondamentale</i>	32
1.3. <i>Evoluzione dell'interpretazione (anche) attraverso la giurisprudenza: diritto finanziariamente condizionato o diritto da bilanciare?</i>	42
1.3.1 <i>Il ruolo della Corte costituzionale</i>	44
1.3.2 <i>Il nucleo irriducibile e la dignità umana</i>	53
1.4. <i>Il contributo alla definizione del nucleo irriducibile attraverso la molteplicità di contenuti</i>	56
2. Profili costituzionali relativi al diritto alla salute in Spagna.....	59
2.1 <i>Il diritto alla salute come fattispecie complessa, a cavallo tra diritto di libertà e diritto sociale</i>	63
3. Il diritto alla salute dei non cittadini: eguaglianza v. differenziazione.....	76
3.1. <i>Soluzioni (dis)simili per problemi analoghi? Il cd. empadronamiento</i>	

<i>nel contesto spagnolo come compromesso non sempre sostenibile.....</i>	83
<i>3.2 Il nucleo irriducibile del diritto alla salute: una definizione sfuggente?.....</i>	93
4. Cenni sulla concezione di diritto alla salute (<i>rectius</i> ai trattamenti sanitari) nel contesto britannico e sul sistema sanitario.....	96
<i>4.1 Il diritto (fondamentale) all'accesso alle prestazioni sanitarie come elaborato nel contesto britannico: la prospettiva dei diritti umani.....</i>	97
<i>4.2 Considerazioni di carattere comparatistico a partire dal contesto britannico.....</i>	110
5. La dimensione “unitaria” del diritto alla salute.....	113
CAPITOLO SECONDO	
UNITÀ E DECENTRALIZZAZIONE NEL DIRITTO ALLA SALUTE	117
SEZIONE PRIMA	
IL QUADRO ITALIANO	117
1. Premessa.....	117
2. Sui livelli essenziali (e non minimi) delle prestazioni: possibili (non) definizioni.....	118
3. Una riflessione “preliminare” sul significato di prestazione.....	125
4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale: verso una chiarificazione?.....	132
<i>4.1. L'individuazione della via cd. procedurale.....</i>	132
<i>4.2. L'indicazione dei destinatari.....</i>	141
5. Il contenuto “salutare” dei livelli essenziali.....	150
6. Quali possibilità di differenziazione per le Regioni?.....	162
7. Un <i>case study</i> : il cd. federalismo farmaceutico.....	169
8. Livelli essenziali, salute e crisi economica: verso una nuova tendenza? (rinvio).....	176
SEZIONE SECONDA	
IL QUADRO BRITANNICO	180

1. Premessa.....	180
2. Il (limitato) ruolo iniziale della giurisprudenza di merito.....	182
3. La definizione dei cd. <i>procedural rights</i>	192
4. Verso una tutela dell'eguaglianza attraverso il procedimento?.....	204
5. Il quadro scozzese.....	217
5.1 <i>Il processo di devolution: cenni</i>	218
5.2 <i>Il riparto di competenze: materie trattenute e materie devolute</i>	224
5.3 <i>Materie "ritenute" e tutela della salute</i>	232
6. <i>Devolution</i> e politiche per la tutela della salute.....	233
6.1 <i>Tutela della salute e raccomandazioni sui farmaci di nuova brevettazione: il funzionamento dello Scottish Medicines Consortium</i>	237
 SEZIONE TERZA	
IL QUADRO SPAGNOLO	242
1. Il quadro spagnolo: il riparto delle competenze tra Stato e Comunità Autonome.....	242
2. Tendenze centripete e centrifughe nella tutela della salute.....	247
3. Autonomia e centralità: l'evoluzione del servizio sanitario spagnolo.....	251
4. Catalogo di prestazioni e carta dei servizi: l'importanza della cooperazione e del coordinamento.....	256
4.1. <i>Il concetto di prestazione sanitaria: che cosa va garantito?</i>	256
4.2. <i>Il modo della garanzia: mobilità e circolazione</i>	261
4.3. <i>Il tempo della garanzia: il problema delle liste d'attesa</i>	263
5. La sostenibilità finanziaria della salute, nodo critico del terzo millennio.....	267
6. Un potenziamento della collaborazione interterritoriale: una lezione per l'Italia?.....	273

CAPITOLO TERZO

ACCESSO ALLE PRESTAZIONI SANITARIE NELL'UNIONE

INDICE

EUROPEA	281
1. Premessa: il quadro delle competenze dell'Unione in materia di salute e sanità e l'evoluzione delle previsioni dei Trattati.....	281
2. Il quadro normativo comunitario: l'evoluzione delle previsioni dei Trattati e il Regolamento CE 1408/71.....	287
3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulle cure transfrontaliere.....	292
4. La nuova direttiva sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.....	315
5. Verso un diritto alle prestazioni sanitarie di carattere europeo?.....	324
CONCLUSIONI.....	335
1. Premessa: individuazione delle linee conclusive.....	335
2. Sulla necessità di superare la distinzione tra diritto fondamentale e diritto sociale nel campo della salute.....	337
3. Il diritto alla salute a fattispecie complessa: per una teoria “a cerchi concentrici” del diritto.....	346
3.1. <i>Oltre il nucleo irriducibile: il peso della discrezionalità legislativa.....</i>	350
4. Il ruolo della giurisprudenza: sulla (preferibile) elasticità delle maglie del sindacato.....	353
5. Il modello sanitario universalista in prospettiva comparata.....	359
5.1. <i>Il modello sanitario è costituzionalmente vincolato?.....</i>	364
6. Differenziazioni territoriali e principio d'eguaglianza: istanze centrifughe o centripete?.....	374
7. Per un diritto <i>delle</i> prestazioni sanitarie: la dimensione procedurale del diritto alla salute.....	378
INDICE DEI CASI TRATTATI	383
BIBLIOGRAFIA	389

ABSTRACT

Nella trattazione si svolge un'analisi di una delle molteplici dimensioni del diritto alla salute, ossia il diritto ad ottenere prestazioni sanitarie. Il principio d'eguaglianza formale e sostanziale costituisce il filo rosso della disamina, svolta attraverso l'impiego del metodo comparato e finalizzata alla verifica del grado di somiglianza o diversità tra gli ordinamenti presi in considerazione. Sono stati a tal fine prescelti i sistemi italiano, britannico e spagnolo poiché essi, oltre a condividere l'adozione del medesimo modello di sistema sanitario di tipo universalista, sono anche caratterizzati da una decentralizzazione asimmetrica nella forma di Stato, che incide profondamente sulle modalità della garanzia del diritto e sulla sua concretizzazione rispetto al territorio. Ci si sofferma, inoltre, sulle nuove “sfide” che il diritto dell'Unione Europea reca con sé in questo campo.

Lo studio della configurazione costituzionale del diritto alla salute in ciascun ordinamento, della sua articolazione in relazione all'assetto decentralizzato dello Stato e, infine, del crescente spazio di intervento dell'Unione Europea in materia di salute porteranno ad individuare alcune linee comuni, pur all'interno di una (relativa) diversità dei punti di partenza e degli strumenti adottati in ciascuno Stato per rispondere a problemi tendenzialmente comuni.

Il diritto costituzionale alla salute viene così (ri)qualificato come una situazione giuridica a fattispecie complessa, ma in sé unitaria, proponendo l'abbandono della tradizionale distinzione tra una dimensione cd. fondamentale ed una cd. sociale dello stesso. Si tratta, dunque, di un diritto a tutela “graduale”, che si misura nell'ampiezza dello spazio di discrezionalità lasciato al legislatore per assicurarne la garanzia, cui corrisponde, in modo inversamente proporzionale, una gradazione del potere di controllo giurisdizionale.

In tale contesto emergono anche le istanze talora centrifughe e talaltra centripete nella tutela del diritto alla salute in ordinamenti caratterizzati da un assetto

decentralizzato, ove si rinviene la tendenza a trovare risposte territoriali a problemi locali, in tensione con l'esigenza di garantire un adeguato livello d'eguaglianza intersoggettiva sull'intero territorio nazionale. Le soluzioni (fra loro parzialmente differenti) di ciascun ordinamento conducono al comune risultato di privilegiare l'adozione di decisioni condivise attraverso procedimenti in cui sia previsto il coinvolgimento dei soggetti interessati.

Sarà, infine, possibile tracciare il profilo di un diritto *delle* prestazioni sanitarie, da intendersi come sistema di tutele soggettive per l'accesso a trattamenti medici, alla luce anche dei “nuovi” vincoli che derivano dall'ordinamento dell'Unione Europea. Affiorano alcuni elementi comuni, che rappresentano le modalità di garanzia di effettività del diritto alla salute, con riguardo al profilo preso in esame, e che possono trovare eguale applicazione a livello sovranazionale, nazionale e anche territoriale.

In questo modo, il cd. *procedure-oriented approach*, i principi di condivisione e compartecipazione nell'adozione delle scelte relative alla salute, nonché la garanzia di un controllo giurisdizionale delle decisioni costituiscono un modello di tutela del diritto alla salute che si presta ad una circolazione virtuosa all'interno dello spazio europeo.

INTRODUZIONE

«L'eguaglianza, come valore supremo di una convivenza ordinata, felice e civile, e quindi, da un lato come aspirazione perenne degli uomini viventi in società e dall'altro come tema costante delle ideologie e delle teorie politiche, viene accoppiata spesso con la libertà»¹.

È il principio di cui all'articolo 3 della Costituzione italiana a fungere da filo rosso nella presente trattazione, in cui ci si propone di coniugare l'eguaglianza con la salute e in particolare di indagare la portata costituzionale del diritto alla salute, inteso nel suo profilo di diritto ad ottenere trattamenti sanitari e ad avervi accesso.

La tutela della salute umana, come bene giuridicamente rilevante, come diritto costituzionalmente garantito e come oggetto dell'intervento delle istituzioni, è un obiettivo relativamente recente per la comunità internazionale e per gli ordinamenti giuridici statali². Nel corso del diciannovesimo secolo, per esempio, le azioni statali volte alla protezione della salute erano finalizzate principalmente alla tutela della collettività e al perseguimento di un livello minimo di igiene e sanità nella popolazione³. È soprattutto con la fine della seconda guerra mondiale che il diritto alla tutela della salute, quale è oggi concepito, comincia ad affermarsi e ad incontrare un esplicito riconoscimento sia nelle dichiarazioni internazionali sia nelle Carte costituzionali.

In via preliminare si rende pertanto necessaria una prima riflessione sulla definizione del concetto. Un primo pilastro è stato posto dallo Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), nel cui preambolo trova espressione la specificazione dell'ambito di operatività del termine, che rappresenta il punto di partenza per

¹ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, p. 3.

² V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 579.

³ Per un'analisi storica dell'evoluzione del concetto di salute, anche in termini medici, si rinvia a G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Roma-Bari, 2005.

qualsiasi trattazione giuridica che abbia ad oggetto il diritto alla salute: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity. The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition»⁴. La definizione condivisa dalla Comunità internazionale e sottoscritta da ciascuno degli Stati membri dell'OMS⁵ individua, quindi, un bene articolato, la cui essenza si realizza non nella semplice inesistenza di stati patologici, ma in un complessivo stato di benessere fisico e mentale della persona umana nella sua interezza e globalità. Per quanto, poi, riguarda la sua concretizzazione, la dichiarazione prosegue indicando il raggiungimento del più alto standard di salute, senza alcuna discriminazione, come uno dei principali obiettivi dell'Organizzazione e come un diritto fondamentale dell'uomo.

Il diritto alla salute sarà inteso, in questa sede, con riguardo al profilo del diritto ad ottenere prestazioni sanitarie. A livello internazionale, quest'ultimo è stato oggetto della Conferenza Internazionale sull'Assistenza Sanitaria Primaria, svoltasi ad Alma-Ata (nell'allora Unione Sovietica) dal 6 al 12 settembre 1978. I principi sottoscritti nella Dichiarazione da parte degli Stati che vi presero parte ribadiscono il valore della salute come diritto fondamentale di ogni uomo, che rappresenta una delle finalità cui devono egualmente concorrere tutti gli Stati, adoperandosi con i mezzi necessari per ridurre il divario tra il livello di salute nei Paesi in via di sviluppo e quello nei Paesi più avanzati⁶. In tale sede si procedette all'individuazione di una

⁴ Lo Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità è disponibile sul sito internet www.who.int. Per la definizione di salute da parte dell'OMS e le implicazioni che essa ha avuto nella comunità internazionale, anche per l'adozione di trattati, patti e convenzioni ad essa successiva cfr., *inter multis*, B. PACCAGNELLA, *L'evoluzione del concetto di salute*, in *Pace e diritti umani*, 2005, 3, p. 21.

⁵ L'OMS conta oggi 194 Stati membri. Ciascuno degli Stati aderenti alle Nazioni Unite può sottoscrivere lo Statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ed entrare a farne parte; è previsto un sistema di adesione anche per gli Stati non membri dell'ONU.

⁶ La Conferenza Internazionale sull'assistenza sanitaria di base tenutasi ad Alma Ata nel settembre 1978 si concluse con una dichiarazione solenne in dieci punti, in cui gli Stati riaffermavano il valore

definizione comune di assistenza sanitaria primaria, individuata in «quelle forme essenziali di assistenza sanitaria che sono basate su tecnologie e metodi pratici, scientificamente validi e socialmente accettabili, che sono rese accessibili a tutti gli individui e alle famiglie nella comunità grazie alla loro piena partecipazione, che sono realizzate a un costo che la comunità e la nazione possono sostenere in ogni fase del proprio sviluppo, in uno spirito di autonomia e di autodeterminazione. L'assistenza sanitaria primaria è una parte integrante sia del sistema sanitario di un Paese, del quale rappresenta la funzione centrale e il punto principale, che del completo sviluppo sociale ed economico della comunità»⁷. La determinazione di un concetto comune di assistenza sanitaria costituisce un passo importante per la definizione di quali siano gli strumenti che in concreto gli Stati devono attuare al fine di garantire la salute degli individui, realizzando in tal modo obiettivi che non soltanto sono posti dalla Comunità internazionale, ma che costituiscono anche alcune fra le principali finalità degli Stati costituzionali di diritto dell'era contemporanea⁸.

A tali considerazioni vanno aggiunte alcune note circa la *relatività* del concetto di salute: si tratta dello stato complessivo di benessere in cui si trova un singolo individuo, ove convivono una concezione positiva ed una negativa di salute. La prima consiste nell'«avere» la salute, essere cioè in una situazione in cui la propria condizione concreta e attuale integra il contenuto del concetto. La dimensione negativa, invece, attiene all'assenza di malattie o patologie, curabili o non: essa, peraltro, non è sufficiente – secondo la definizione dell'OMS – ad integrare autonomamente il concetto⁹.

Al contempo, nel concetto di salute coesistono una dimensione oggettiva ed una soggettiva: lo stato di benessere può essere certamente misurabile, quantificabile e fondamentale della tutela della salute umana e si impegnavano affinché in ciascun ordinamento venissero adottati gli strumenti necessari a garantirla e ad assicurare un diffuso miglioramento delle condizioni sanitarie dell'umanità.

⁷ Punto VI della Dichiarazione.

⁸ A proposito della Dichiarazione di Alma-Ata e del suo significato si rinvia a J. GIBSON, *Intellectual property, Medicine and Health*, Farnham, 2009, pp. 41 ss.

⁹ A questo proposito cfr. S. HOLLAND, *Public Health Ethics*, Cambridge, 2007, pp. 90 ss.

verificabile in termini oggettivi, attraverso l'applicazione dei metodi della scienza medica; sono ravvisabili comunque alcuni profili di soggettività della salute, riscontrabili nella più o meno possibile identificazione dell'idea di condizione di benessere generale che un individuo ha di sé con il suo effettivo stato fisico e mentale.

Per questa ragione, un ordinamento statale, sovranazionale o internazionale che intenda riconoscere, tutelare e proteggere la salute umana deve poter elaborare una definizione giuridicamente significativa di salute che sia tale da attribuire il giusto peso a tutte le dimensioni del concetto, coniugando in modo costruttivo gli aspetti medico-scientifici con quelli soggettivi, legati all'autodeterminazione dell'individuo e alla concezione che ciascuno ha di sé¹⁰.

La salute, dunque, come bene giuridico che lo Stato tutela e garantisce, è uno *stato*, una condizione che viene percepita dal soggetto, ma che al contempo si pone in relazione con una pluralità di fattori esterni allo stesso. Per tale ragione, la salute non è mai uguale a se stessa nel tempo e nello spazio, e non è mai la medesima tra due soggetti distinti. Paradossalmente, quindi, pare che sia proprio la *relatività* del concetto, intesa tanto in termini intersoggettivi quanto in riferimento al contesto spazio-temporale, a costituirne il fondamento giuridico, alla luce del principio d'eguaglianza, in virtù del quale non sono tollerabili discriminazioni nella garanzia del godimento del diritto. Tale assunto è da sé sufficiente a dimostrare la complessità della salute, intesa come bene giuridico, e la sua natura *multidimensionale*.

La sanità è il mezzo con il quale un ordinamento risponde alla «domanda di salute» proveniente dai propri consociati; essa può essere considerata come la sommatoria di tre elementi fondamentali: «la scienza medica, le caratteristiche personali dei suoi

¹⁰ A tale proposito risulta soddisfacente la definizione di salute elaborata in C. LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952, p.16: «Stato di benessere, fisico e morale, che proviene dall'equilibrio di tutti gli organi e di tutte le funzioni del corpo umano, tale da permettere il normale svolgimento, sotto un punto di vista biofisiologico, della vita umana in relazione alle diverse condizioni di ambiente (cosmico, sociale, familiare) nel quale l'uomo vive», citata in B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 1, p. 23.

praticanti, l'organizzazione sanitaria»¹¹. La risposta che l'ordinamento riesce a fornire alle richieste di prestazioni sanitarie è mutata proporzionalmente all'evoluzione delle istanze e dei bisogni della società stessa, i quali sono indissolubilmente legati allo sviluppo della medicina, che ha permesso di allungare le aspettative di vita e di curare mali, un tempo causa di diffusa mortalità¹². Di conseguenza, per adattare le proprie risposte ai bisogni emergenti nella popolazione, gli ordinamenti hanno istituito sistemi sanitari complessi, all'interno dei quali poter gestire considerevoli moli di risorse finanziarie, umane e scientifiche e ridistribuirle nel modo più efficiente possibile sul territorio, in ragione della composizione della popolazione e delle richieste avanzate. Al profilo demografico, si aggiunge lo sviluppo scientifico; la combinazione dei due elementi dà origine a quello che è ormai diffusamente noto come il «paradosso della salute»: in nessun ordinamento, nemmeno in quello con maggiori disponibilità finanziarie, si potrà mai assistere ad un soddisfacimento pieno e assoluto di tutti i cd. *bisogni di salute* dei cittadini. La medicina, infatti, progredisce di continuo e riesce a curare (e talora a sconfiggere) patologie che sarebbero altrimenti causa di mortalità; di pari passo a tale avanzamento, crescono anche le aspettative, le richieste e le necessità dei pazienti e dei cittadini¹³. In altre parole, un nuovo trattamento sanitario non elimina necessariamente un problema legato alla salute; allo stesso tempo, però, ne crea di nuovi. Per tali ragioni, l'obiettivo del raggiungimento di una completa eguaglianza nella salute sarà difficilmente

¹¹ G. PELISSERO, A. MINGARDI, *Eppur si muove*, Torino, 2010, p. 16.

¹² A questo proposito si rinvia ai dati presentati in G. PELISSERO, A. MINGARDI, *Eppur si muove*, cit., pp. 16-22, ove si mostra la composizione della piramide dell'età in Europa nel 1950 e nel 2005. La comparazione delle due figure dimostra un notevole aumento dell'aspettativa di vita della popolazione.

¹³ Così A.V. CAMPBELL, *Establishing ethical priorities in medicine*, in *British Medical Journal*, 1977, pp. 818 ss; A. CAMPBELL, G. GILLET, G. JONES, *Medical Ethics*, IV ed., Oxford, 2005, p. 255. Gli autori si rifanno anche a Robert Maxwell: «The more infant lives are saved the more serious becomes the threat of handicap. The further life expectancy is extended the greater become the demands on geriatric services and long term facilities for the infirm and the elderly. Each new advance which gives hope to another category of sufferers converts a latent need into an immediate and continuing demand», R. MAXWELL, *Health care: the growing dilemma*, New York, 1974.

conseguito in modo definitivo, poiché per sua natura si presta ad un continuo e dinamico andamento, tanto che gli interrogativi e i problemi che giuristi, bioeticisti, economisti e medici si pongono non sono destinati a scemare e sono piuttosto portati a rendersi sempre più complessi.

Nel contesto europeo, si è assistito all'emergere di due fondamentali modelli di organizzazione del servizio sanitario, come strumenti per rispondere alle istanze nel campo della salute da parte dei cittadini¹⁴: si tratta del cd. modello *Bismarck*¹⁵ e del cd. modello *Beveridge*¹⁶, i quali fungono tuttora da archetipi di riferimento. Quest'ultimo, che ha origine nel Regno Unito alla fine della Seconda Guerra Mondiale, sull'idea di Sir William Beveridge, mira a creare uno Stato sociale di diritto che, attraverso la garanzia dell'universalità dell'assistenza e soprattutto dell'eguale accesso per tutti i consociati alle prestazioni rese disponibili dallo Stato, permetta di superare le difficoltà che affliggono la popolazione indebolita dal conflitto bellico e conduca ad una forte ripresa economica e sociale.

¹⁴ Un'ulteriore definizione di sistema sanitario può essere: «The collection of policies and programmes constituting the manifestation of the specificities and legacies of a particular nation-state, that are used by that nation-state to meet its healthcare obligations to those residents on its territory, usually its own nationals, on its own territory». M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 14, 2007, p. 244; T.K. HERVEY, *The "Right to Health" in European Union Law*, in T.K. HERVEY, J. KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal perspective*, Hart, 2003.

¹⁵ Il modello *Bismarck*, che deve il proprio nome al noto statista prussiano Otto von Bismarck, nasce negli anni Ottanta del diciannovesimo secolo. Esso si fonda su una assicurazione obbligatoria, organizzata per aree occupazionali, cui corrisponde l'erogazione, da parte dello Stato dei servizi sanitari. In termini generali si veda G. PELISSERO, A. MINGARDI, *Eppur si muove*, cit., pp. 23 ss.

¹⁶ Il modello *Beveridge* prevede una copertura sanitaria universalistica, garantita attraverso i fondi provenienti dalla fiscalità generale. Esso nacque nel 1942, con la presentazione del cd. *Beveridge Report* che aveva come finalità principale ridisegnare il sistema di *Welfare State* britannico. Gli ordinamenti oggetto della comparazione hanno tutti adottato tale modello di sistema sanitario. In Italia, Spagna e Regno Unito, quindi, salvo alcune differenze che emergeranno in corso di trattazione, la copertura sanitaria è tendenzialmente universalistica e le risorse che finanziano le prestazioni sanitarie provengono tutte dalla fiscalità generale.

Nell'analisi e ai fini della comparazione, sono stati presi in considerazione tre ordinamenti statali europei (Italia, Regno Unito e Spagna), tutti caratterizzati da servizi sanitari di tipo universalista. Le ragioni di tale scelta si fondano sulla volontà di individuare i possibili sviluppi del modello all'interno di contesti che presentano rilevanti analogie sotto il profilo delle modalità con cui lo Stato interviene per garantire il diritto alla salute dei propri cittadini. In realtà, le linee di sviluppo del modello, pur procedendo da un'origine comune e possedendo numerosi elementi di affinità, mostrano di non seguire necessariamente strade sempre convergenti o parallele. Il servizio sanitario, infatti, rappresenta un veicolo attraverso il quale l'ordinamento statale adempie ai propri obblighi costituzionali e la dinamicità insita nella garanzia del diritto alla salute, secondo quanto sopra espresso, conduce ad un continuo adeguamento del sistema rispetto alle nuove esigenze.

Volendo tratteggiare brevemente le fisionomia generale e quella tipica dei servizi sanitari degli ordinamenti esaminati, va considerato anzitutto il *National Health Service* britannico, la cui attuazione in via legislativa¹⁷ ha costituito il prototipo di modello universalista che ha circolato, con varianti, in Europa¹⁸.

Il presupposto su cui il sistema si fonda è l'obbligazione statale a garantire e fornire le prestazioni ritenute necessarie e idonee alla tutela di un accesso universale ed egualitario alle cure o all'assistenza per tutti gli utenti, non tanto il diritto soggettivo a ricevere trattamenti sanitari. Quest'ultimo, nel contesto britannico, come si avrà modo di vedere nel prosieguo della trattazione, assume forme del tutto peculiari, forgiate progressivamente in via giurisprudenziale e dipendenti, almeno in parte, da un alto livello di frammentazione della distribuzione di funzioni e competenze relative alle decisioni in ambito sanitario. Queste ultime determinano a loro volta

¹⁷ La prima legge è il *National Health Service Act 1948*, cui sono seguite le modifiche e integrazioni del 1977 e più recentemente del 2006.

¹⁸ Il modello costituisce il paradigma per i sistemi sanitari di altri Paesi europei e ad oggi è adottato (oltre che dalla Gran Bretagna) da Danimarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia. Cfr. G. PELISSERO, A. MINGARDI, *Eppur si muove*, Torino, 2010, p. 43.

differenziazioni territoriali dell'accesso alle prestazioni stesse, che talora rischiano di porsi in contrasto con i principi fondamentali del NHS¹⁹.

In Italia si è assistito al transito dal modello *Bismarck* a quello *Beveridge* con l'adozione della legge n. 833/1978, di istituzione del servizio sanitario nazionale (SSN), ispirata proprio al NHS britannico²⁰. Ad oggi, l'impianto universalista del servizio sanitario è rimasto, nonostante negli anni si siano susseguite numerose modifiche legislative²¹, e costituisce uno dei punti di forza e talvolta d'orgoglio dell'ordinamento italiano. Accanto alla previsione di un servizio realmente universalista, che potesse dare (finalmente) realizzazione all'articolo 32 della Costituzione, si decise di prevedere, sin dall'inizio, un rilevante coinvolgimento regionale nell'organizzazione e nella garanzia dello stesso. All'orientamento tendenzialmente regionalista del SSN si aggiunge, più recentemente, la svolta in senso devolutivo dell'assetto costituzionale, determinatasi con la novella al Titolo V della Costituzione del 2001, che ha recato come conseguenza un'evoluzione del rapporto tra Stato e Regioni nell'ordinamento della sanità, non scevra di conseguenze rilevanti sul piano di una garanzia del diritto alla salute a tutti i consociati ispirata al principio d'eguaglianza.

Nel contesto spagnolo, infine, il sistema sanitario, denominato *Sistema Nacional de Salud* (SNS), è stato istituito con la *Ley General de Sanidad* (LGS) del 1986²², che costituisce l'attuazione delle previsioni di cui agli articoli 43 e 149 della Costituzione spagnola. La legge mira a creare un modello sanitario nazionale, all'interno del quale sia possibile uno spazio di intervento e normazione (non solo di mera regolamentazione) per le Comunità Autonome. L'obiettivo che a livello statale ci si

¹⁹ Il fenomeno è noto come *postcode lottery* e sarà oggetto di approfondimento nel Capitolo secondo della trattazione. Per quanto riguarda, invece, la configurazione di un diritto alla salute nel Regno Unito, cfr. Capitolo primo.

²⁰ Come si evince dagli stessi lavori preparatori della legge, disponibile sul sito internet della Camera dei Deputati, all'indirizzo: legislature.camera.it/_dati/leg07/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?pdI=1271 (25.01.2011).

²¹ Su cui si avrà occasione di tornare nel Capitolo secondo.

²² L. n. 14/1986.

prefigge di perseguire è espresso nel testo della legge attraverso la declinazione e attuazione di tre principi fondamentali che orientano l'intero sistema: essi sono la visione integrale del sistema sanitario, attraverso l'integrazione delle azioni pubbliche che incidono sulla tutela della salute, il decentramento, attraverso il quale alle Comunità Autonome sono state attribuite tutte le competenze non riservate esplicitamente allo Stato, e infine il principio d'eguaglianza che costituisce un vero e proprio filo rosso nel testo legislativo²³. Quanto a quest'ultimo principio, riprendendo la lettura offerta da autorevole dottrina²⁴, si può distinguere tra «uguaglianza di tutti i cittadini nell'accesso ai servizi sanitari, indipendentemente dalle condizioni di residenza, reddito, livello di protezione sociale; uguaglianza nello *status* giuridico dei cittadini nel sistema sanitario [...]»²⁵; uguaglianza effettiva nella protezione erogata dai servizi di salute ai cittadini, al fine di evitare che il decentramento nell'organizzazione sanitaria si traduca in differenze di fatto destinate a pregiudicare coloro che risiedono nelle Regioni con minor sviluppo socio-economico»²⁶.

Dai contesti così brevemente delineati, il principio d'eguaglianza emerge come elemento fondamentale su cui si fonda la garanzia statale di prestazioni sanitarie. L'esigenza di tutelare un livello appropriato di *giustizia* nel godimento della salute è un paradigma comune ai diversi orientamenti; essa, inoltre, è avvertita in modo forte anche a livello internazionale (e sopranazionale), tanto che, per esempio, si è giunti a proporre una definizione di eguaglianza nella salute che permettesse di focalizzare in modo più concreto i problemi da risolvere. Essa è stata elaborata dall'*International Society for Equity in Health*²⁷ e individua l'eguaglianza in ambito sanitario come l'assenza di differenze rimediabili in uno o più aspetti della salute all'interno della popolazione unitariamente intesa, oppure all'interno di gruppi di popolazione. Al

²³ Su questa lettura “schematica” della LGS si veda E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, p. 261-262.

²⁴ J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bologna, 1989, pp. 203 ss.

²⁵ Tali aspetti, in particolar modo, saranno oggetto di un'analisi approfondita nel Capitolo secondo.

²⁶ E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, cit., p. 262.

²⁷ Il cui sito internet è www.iseqh.org.

contrario, si hanno disuguaglianze quando esistono differenze rimediabili sotto uno o più profili all'interno di questi gruppi²⁸.

L'ineguaglianza nella salute è un dato non rinunciabile e, in parte, intrinseco all'idea stessa di salute e di essere umano. Tuttavia, è possibile cercare di limitare gli impatti negativi delle diversità nel godimento del diritto attraverso la garanzia di eguaglianza sostanziale e rimuovendo perciò gli ostacoli che impediscono agli individui di poter fruire in condizioni di parità di quanto l'ordinamento sia in grado di offrire.

Non si tratta di prospettive o letture “nuove”: la ricerca di un giusto e bilanciato connubio tra protezione della salute, rispetto dell'autodeterminazione del singolo e sostenibilità degli strumenti che a tal fine lo Stato dispone sono oggetto di dibattito e studio in diverse discipline almeno dagli anni Settanta del ventesimo secolo, quando ai notevoli mutamenti e progressi della scienza medica si è accompagnata una rivoluzione culturale²⁹. Le scienze, in altre parole, si avvicinano ai cittadini, instaurando un nuovo rapporto tra individuo, istituzioni e mondo scientifico: la persona, così, non è più vista come un mero destinatario passivo delle prestazioni rese dallo Stato, ma si pone entro un circolo dialogico e talora anche oppositivo, in cui il rispetto dell'eguaglianza intersoggettiva sia posto al centro del dibattito.

In tale contesto, tra i vari temi della bioetica, affiora anche quello relativo alla garanzia di equità nella salute e nell'accesso alle cure, fortemente condizionato dalla teoria di John Rawls, espressa nel celebre saggio *A Theory of Justice*, pubblicato nel 1971³⁰. Nonostante fra i beni sociali primari Rawls non avesse espressamente incluso

²⁸ B. STARFIELD, *Promoting equity in health through research and understanding*, in *Developing World Bioethics*, 2004, 4, p. 78. citare per intero?

²⁹ «La cultura, la politica e il diritto vengono ad occuparsi con maggior attenzione e profondità dei temi dell'eguaglianza e dell'antidiscriminazione», C. CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2009, p. 7.

³⁰ La versione originaria è J. RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1971, che fu rivisto nel 1975 e nel 1999. Si trova in edizione italiana, a cura di Sebastiano Maffettone, in J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008. Sulla figura di Rawls come filosofo, cfr. S. MAFFETTONE S., *Introduzione a Rawls*, Roma-Bari, 2011. L'autore confuta la dottrina filosofica dell'utilitarismo, in quanto non si rivelerebbe garantista dei diritti delle minoranze; al fine di promuovere il benessere

la salute, un suo allievo, Norman Daniels, riuscì a coniugare la teoria della giustizia distributiva con l'esigenza di assicurare un'equa ripartizione delle risorse nel campo sanitario, nell'altrettanto celebre saggio *Just Health Care*, del 1985³¹. Daniels parte proprio dal riconoscimento della salute come bene sociale primario, data la sua natura e capacità di assicurare il benessere fra gli essere umani³²: malattie e infermità influiscono negativamente sullo spettro di possibilità di cui può godere un individuo e l'assistenza sanitaria (*health care*) può aiutare a intervenire positivamente su tali ineguaglianze. L'autore si chiede che cosa sia a rendere la salute tanto speciale, da farne terreno di discussione per giuristi, filosofi, eticisti, sociologi e politologi, prima ancora che per i cd. professionisti della salute³³. Si tratta di un bene del tutto peculiare. Esso è infatti al contempo fine e presupposto della garanzia di altri beni giuridici e – utilizzando il linguaggio costituzionale italiano – del pieno sviluppo della persona umana. Per tale ragione, si può sostenere che la garanzia della salute sia sicuramente uno dei modi attraverso i quali viene assicurata e garantita la dignità umana.

Un'impostazione di tal sorta non è nuova nel dibattito giuridico e filosofico della seconda metà del ventesimo secolo: in ambito europeo, per esempio, Jeanne Hersch³⁴, filosofa del diritto, nella cui speculazione il tema dei diritti umani assume

dell'intera collettività, Rawls propone l'applicazione del principio di giustizia distributiva, in virtù del quale distribuire i beni sociali a beneficio dei più svantaggiati, per raggiungere un livello di eguaglianza sostanziale.

³¹ Sugli sviluppi e le possibili applicazioni delle teorie di John Rawls, si veda Y. DENIER, *Efficiency, Justice and Care. Philosophical Reflections on Scarcity in Health Care*, Dordrecht, 2007.

³² Per un *excursus* sull'opera di Daniels, cfr. E. JACKSON, *Medical law. Text cases and materials*, II ed., Oxford, 2010, pp. 42 ss.

³³ N. DANIELS, *Just Health Care*, Cambridge, 1985, pp. 16 ss.

³⁴ Jeanne Hirsch (Ginevra 1910-2000), allieva di Karl Jaspers, direttrice della Divisione Filosofia dell'UNESCO tra il 1966 e il 1968, si occupò per gran parte della propria esistenza della natura filosofica dei diritti umani. Una delle principali opere dedicate al tema è J. HIRSCH, *Les droits de l'homme d'un point de vue philosophique*, Unesco, Genève-Paris 1990, ripubblicato in Italia in J. HIRSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano 2008. Sulla filosofia della Hirsch si veda F. DE VECCHI, *La libertà incarnata. Filosofia, etica e diritti umani secondo Jeanne Hirsch*, Milano,

un ruolo centrale, sosteneva che la salute fosse non tanto un diritto fondamentale, quanto piuttosto il presupposto di tutti i diritti, dal momento che senza salute, senza aspettativa di vita, non è possibile godere degli altri diritti fondamentali³⁵. In tale prospettiva, i cd. diritti economici, sociali e culturali si pongono, per Jeanne Hersch, addirittura come antecedenti, *rectius* propedeutici, all'affermazione dei diritti civili e politici, i quali talora non sarebbero neppure esigibili se l'uomo, non potendo dare risposta ai propri bisogni primari, non ne avvertisse la necessità³⁶.

Sulla scorta di tali considerazioni si dipana la trattazione, che prende le mosse da uno studio del significato, dell'interpretazione e della portata del diritto costituzionale alla salute negli ordinamenti italiano, spagnolo e britannico. Ponendo in relazione tale diritto con i principi fondamentali su cui lo Stato si fonda, s'intende riflettere sull'opportunità di configurare il diritto alla salute come diritto sociale o se sia, invece, preferibile adottare una diversa impostazione, più elastica e al contempo più aderente alle garanzie che l'ordinamento può, vuole e talvolta deve apprestare al bene salute. A tale proposito, senza anticipare i contenuti della prima sezione, si osserva anzi tutto che il diritto alla tutela della salute rappresenta uno dei principi fondamentali su cui si regge qualsiasi Stato costituzionale di diritto contemporaneo; la rassegna sopra operata del contesto internazionale contribuisce a rafforzare tale orientamento. Il diritto si concretizza nell'esigenza individuale di ottenere un livello (almeno) minimo di prestazioni sanitarie da parte dello Stato, per assicurare il

2008.

³⁵ Questa prospettiva è ripresa anche in Y. DENIER, *Efficiency, Justice and Care. Philosophical Reflections on Scarcity in Health Care*, Dordrecht, 2007, p. 77. Quest'ultima è una monografia dall'approccio filosofico che presenta molti profili interessanti dal punto di vista giuridico. L'autrice riprende in chiave critica e rielabora le principali teorie sulla limitatezza delle risorse da destinare alla tutela della salute e sul paradosso della salute, ovvero sull'impossibilità di soddisfare tutte le domande di salute, poiché ad ogni richiesta evasa con successo corrisponde l'emersione di nuovi bisogni, di nuove necessità e, conseguentemente, di nuove domande nel campo della salute. Nel volume si spazia dalla teoria della giustizia distributiva di John Rawls, all'applicazione della stessa al campo sanitario da parte di Norman Daniels, dal *capabilities approach* di Martha C. Nussbaum alle tesi dworkiniane.

³⁶ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, cit., pp. 89 ss.

rispetto della dignità umana, dal punto di vista individuale, e un adeguato livello di sviluppo sociale ed economico, sotto il profilo collettivo³⁷. All'interno della dimensione soggettiva, inoltre, sono ricompresi non soltanto i cittadini, ma anche gli stranieri: lo studio di come si articola la tutela del diritto alla salute in riferimento allo *status civitatis* permetterà di riflettere circa la configurabilità di diversi gradi di garanzia, che corrispondono al soddisfacimento di differenti obbligazioni statali e che costituiscono una risposta a diversi bisogni dell'essere umano.

Tali elementi permettono, ora, di esporre la tesi che ci si propone di dimostrare, che mira al superamento, con riguardo alla salute, della distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà. Come si avrà modo di argomentare, infatti, il diritto alla salute presenta uno spettro assai ampio di contenuti. Seguendo un'impostazione più aderente alla prospettiva tradizionale e mantenendo la distinzione fra le generazioni di diritti, si può parlare di un primo livello di contenuti che fanno capo alla dimensione "fondamentale" del diritto alla salute e di un altro livello che pertiene alla dimensione più "sociale" dello stesso. Con riguardo al primo aspetto, si può pensare a profili che contribuiscono a completare il concetto di – e di conseguenza il diritto alla – salute, quali il diritto all'integrità fisica e la protezione della vita, che possono essere posti in relazione con i diritti fondamentali enunciati anche in convenzioni e patti internazionali, recepiti dagli Stati.

In riferimento al secondo aspetto, inoltre, si aprono numerose questioni: il diritto alla salute è certamente condizionato dalla disponibilità delle risorse economiche da parte dello Stato, ma la sua garanzia è pur sempre vincolata ad una molteplicità di altri fattori e valutazioni, che vanno dai principi morali ed etici alla base dell'identità statale, alla discrezionalità politica del legislatore in un dato momento storico. Perciò, la dimensione "sociale" del diritto alla salute può essere scissa in plurime sotto-dimensioni o fasce di garanzia: vi sono, ad esempio, prestazioni sanitarie che sono percepite come indispensabili, tanto da non poter essere sottratte ad una garanzia da parte dei poteri pubblici. Questo primo livello di tutela si colloca, per

³⁷ Per tale lettura cfr. anche I. MARTÍN DELGADO, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Derecho y Salud*, 2002, 2, p. 200.

così dire, al confine tra la dimensione “fondamentale” e quella “sociale” del diritto alla salute. Vi sono poi altri possibili gradi di garanzia, che dipendono – come accennato – da una molteplicità di fattori: fra essi, il costituzionalista deve necessariamente tenere in considerazione i principi etici e morali che orientano lo Stato, unitamente ai pilastri fondamentali dell'ordinamento costituzionale, quali il principio d'eguaglianza (inteso nelle sue dimensioni materiale e sostanziale), il principio di solidarietà, eccetera. Già da questa esposizione sintetica è possibile osservare come il contenuto del diritto fondamentale alla salute si collochi accanto al contenuto sociale dello stesso senza soluzione di continuità.

Per tale ragione, ci si propone, nel corso del presente lavoro, di dimostrare come sia divenuto ormai opportuno abbandonare questa distinzione, per accoglierne una più adeguata a descrivere a pieno la complessità di un diritto ricco di contenuti.

La seconda parte della trattazione sarà dedicata all'analisi delle possibili declinazioni del diritto alla salute in relazione al territorio e alla decentralizzazione delle competenze legislative e amministrative nel settore sanitario. Gli ordinamenti prescelti presentano una forte analogia nella forma di Stato e nell'organizzazione dei rapporti tra centro e periferia: tanto in Italia quanto in Spagna e nel Regno Unito, infatti, ci si trova dinanzi ad un ordinamento costituzionale nel quale le competenze in materia di salute si intersecano tra il livello centrale e quelli territoriali, creando peculiari – e talora rischiose – tensioni con il principio d'eguaglianza.

Nel contesto italiano, la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, nel mutare l'assetto del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, ha avuto dei riflessi anche sul diritto alla salute: la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, riservata allo Stato, si incontra (e sovente si scontra) con la competenza concorrente regionale nella tutela della salute.

Comprendere a fondo il significato e la portata della clausola costituzionale che riserva al legislatore statale un ambito d'azione tanto ampio è fondamentale per poter ragionare circa la tutela di condizioni eguali per i cittadini nell'accesso al diritto alla salute. In particolar modo, il fulcro dell'indagine è costituito dalla disamina del

significato dell'aggettivo essenziale e della possibile (o impossibile) configurabilità di una relazione tra il livello essenziale del diritto alla salute che – nelle parole della Corte costituzionale³⁸ – deve essere garantito a tutti in modo eguale sull'intero territorio nazionale, e le molteplici dimensioni del diritto stesso. Al contempo, inoltre, è opportuno prestare attenzione al ruolo del legislatore regionale, il cui ambito d'intervento pare essere ridotto e limitato alla previsione di prestazioni ulteriori, in aggiunta (e mai comunque in ribasso) rispetto ai livelli essenziali individuati dallo Stato.

La comparazione si rivela quindi uno strumento irrinunciabile per comprendere le difficoltà che in concreto devono essere fronteggiate sia dai legislatori sia dai pubblici amministratori per garantire un diritto che, almeno entro una certa soglia, non può subire degradazioni o violazioni. Le esigenze di decentramento e di differenziazione non sono peculiari e isolate al quadro italiano, ma rientrano in una tendenza generalizzata che ha coinvolto anche altri ordinamenti europei, fra i quali il Regno Unito e la Spagna. Analizzare le soluzioni emerse in contesti costituzionali diversi da quello italiano, in riferimento a problemi analoghi, quali la garanzia di un eguale grado di tutela della salute, sia dal punto di vista soggettivo sia sotto il profilo territoriale, pur nel rispetto dei livelli autonomici e regionali, si rivela essere un passaggio necessario per il costituzionalista, in quanto conduce a interrogarsi sull'attuale interazione fra i diversi livelli di governo, nel campo della salute.

Alla luce dello studio comparato dei tre ordinamenti, si avrà modo di giungere alla dimostrazione della seconda tesi che ci si propone di affrontare, ossia la possibilità di configurare una tendenza a giungere a soluzioni simili, la cui cifra comune sta nell'istituzione di modi e pratiche di decisione basate sul coinvolgimento attivo di tutti i possibili attori. Questo pare essere un percorso sostenibile per giungere a scelte, che siano il frutto di un procedimento di dialogo, condivisione e coordinamento tra i diversi attori interessati, che possano condurre a decisioni omogenee quanto agli obiettivi da perseguire e ai diritti da tutelare, ma che tengano al contempo in debito conto le istanze del decentramento e della differenziazione

³⁸ C. cost., sent. n. 282/2002.

territoriale. Ci si propone di giungere a tale risultato attraverso una riflessione sul ruolo di giudice e legislatore in tali contesti e sul loro reciproco rapporto: si verificherà se esso si realizza attraverso l'istituzione di un dialogo in cui al controllo giurisdizionale segua un adeguamento legislativo o se, al contrario, sia la giurisprudenza a conformarsi alle decisioni legislative, mantenendo ampio il margine di discrezionalità politica e tecnica che si accompagna alle decisioni sulle prestazioni sanitarie.

Al fine di completare l'analisi sarà, da ultimo, considerata la dimensione sovranazionale: la disciplina della salute, nell'Unione Europea, ha subito un'evoluzione sia a livello normativo sia a livello giurisprudenziale che ha preso le mosse dall'applicazione delle regole del mercato interno, per giungere ad un progressivo ampliamento delle politiche *della e per la* salute. Il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti nello spazio europeo rappresenta un fattore che non può essere tralasciato né sottovalutato in sede di analisi del diritto alla salute, per una pluralità di ragioni. Innanzi tutto, l'intervento sempre più rilevante dell'Unione nelle politiche sanitarie condiziona più o meno direttamente l'organizzazione interna dei servizi statali, che si può prestare – come si vedrà – a letture ottimistiche o critiche, a seconda dello spazio d'autonomia che si ritiene debba spettare a ciascun ordinamento. A ciò si deve aggiungere il fatto che le azioni e gli interventi delle Istituzioni Europee sono motivati dalla volontà di garantire un certo livello di eguaglianza nella tutela di effettività dei diritti fra i vari Stati membri.

Ci si propone, quindi, di ricostruire l'evoluzione dell'approccio dell'Unione Europea in tema di accesso alle prestazioni sanitarie, con particolare attenzione alla disciplina del diritto ad ottenere trattamenti sanitari in uno Stato membro diverso da quello di residenza. Nonostante il ruolo e le competenze dell'Unione in tale settore risultino essere ancora in fase di evoluzione e, soprattutto, di definizione, si può registrare un'influenza via via più pregnante in campo sanitario da parte delle Istituzioni, che

hanno adottato strumenti volti a garantire la libera circolazione di lavoratori e servizi e che hanno avuto un impatto sulle politiche sanitarie in Europa³⁹.

Così come per le altre sezioni in cui si articola la trattazione, l'approccio privilegiato sarà quello casistico: lo studio della giurisprudenza è, infatti, una “buona lente” per comprendere l'impatto e il valore degli interventi legislativi (e amministrativi) nel settore oggetto d'indagine. In tale prospettiva, vi sarà modo, ad esempio, di valutare e verificare l'impatto – ed eventualmente l'importanza – di una garanzia procedurale sul controllo giurisdizionale del rispetto dei diritti concernenti la salute. Un *procedure-oriented approach* può permettere di affrontare in modo efficiente i problemi concreti che si pongono con riguardo alla garanzia di un bene primario come la salute che, al contempo, richiede interventi mirati ad assicurare quell'insieme di prestazioni che contribuiscono a riempire di contenuto il diritto stesso.

³⁹ Cfr. ad esempio il Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971 e la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011.

CAPITOLO PRIMO

IL DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA SALUTE IN PROSPETTIVA COMPARATA

1. Il diritto alla salute nella Costituzione italiana

Con l'inserimento nel testo costituzionale dell'articolo 32 è stato sancito, in modo definitivo, il riconoscimento della salute come bene giuridico rilevante all'interno dell'ordinamento italiano. La scelta del Costituente chiude il processo che caratterizza il passaggio dallo Stato liberale al vero e proprio Stato sociale di diritto e che aveva visto l'emersione di un ruolo sempre più significativo del potere della pubblica amministrazione nella tutela e nella garanzia di quanto oggi viene ricondotto all'alveo del diritto costituzionale alla salute.

Il fatto di includere nel catalogo dei diritti anche la protezione della salute, tuttavia, non ha chiuso il dibattito intorno all'oggetto di tutela. Esso ne ha piuttosto ampliato i quesiti, gli aspetti problematici e gli interrogativi, rendendoli – se si vuole – ancora più articolati e complessi¹. A tali considerazioni sia consentito aggiungere che nel corso degli anni di vita della Costituzione, i problemi del giuspubblicista sull'interpretazione e la concreta attuazione del diritto alla salute non si sono sopiti né sono quantitativamente diminuiti. Al contrario, essi si sono incontrati e, talora, scontrati con nuove e sempre più complesse questioni, sollevate dalla necessità di valutare fattori di volta in volta differenti e non sempre prevedibili o anticipabili, quali, a mero titolo esemplificativo, l'aumento esponenziale delle possibilità di cura e terapia, l'allungamento dell'aspettativa di vita, la mobilità interterritoriale e

¹ Sulla tutela della salute nell'Italia unitaria, prima dell'adozione della Costituzione, si rinvia a R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, pp. 41 ss.; per un inquadramento più ampio, si veda, invece, G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Roma-Bari, 2005, pp. 314 ss. e pp. 342 ss.

sovrana finalizzata all'ottenimento di prestazioni sanitarie tecnologicamente più avanzate o in tempi più brevi, lo sviluppo della scienza medica e molti altri ancora.

Il dibattito svoltosi in Assemblea costituente sul contenuto da attribuire a quello che sarebbe poi divenuto l'articolo 32 della Costituzione italiana e sulla reale necessità, possibilità e opportunità di affermare la tutela del bene giuridico salute merita una breve analisi, poiché in esso è palese la consapevolezza, da parte dei costituenti, del legame esistente tra la tutela della salute e l'effettiva realizzazione delle libertà individuali e dell'eguaglianza tra gli individui. In particolar modo, alcuni interventi si dimostrano oggi ancora estremamente attuali e lungimiranti: i Padri costituenti danno prova di avere coscienza di trovarsi dinanzi a un mondo totalmente in divenire, i cui sviluppi erano per loro del tutto imprevedibili.

La discussione circa il contenuto da dare all'articolo e sul suo perfezionamento si svolse nell'aprile 1947, durante la fase di approvazione del titolo relativo ai diritti economico-sociali². Gli interventi e le osservazioni svolte in quel contesto si sono proiettate e hanno avuto delle ripercussioni sul dibattito dottrinale successivo all'entrata in vigore della Costituzione, tanto da fungere, in alcune occasioni, anche da ausilio interpretativo per gli studiosi del sistema dei diritti garantiti nella Repubblica.

1.1. Prima fase: la norma programmatica

Nei primi anni dall'approvazione della Costituzione, l'articolo 32 è stato letto sia dalla dottrina, sia soprattutto dal legislatore italiano³, come una norma meramente

² Il diritto alla salute era originariamente incluso nell'articolo 26 del progetto di Costituzione, che disponeva: «Art. 26. La Repubblica tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessun trattamento sanitario può essere reso obbligatorio se non per legge. Sono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana»; fu così approvato nella Seduta Plenaria del 28 gennaio 1947.

³ La giurisprudenza costituzionale, come si avrà modo di vedere nei paragrafi seguenti, ha percorso una strada fondamentalmente parallela a quella della dottrina; peraltro, gli interventi della Corte

programmatica. L'origine dell'impostazione può essere fatta risalire ad un intervento in Assemblea costituente di Piero Calamandrei, che puntava l'indice contro l'ottimismo e soprattutto la foggia garantista della nascente Costituzione. Dichiarava che era un dato assodato che per l'Italia uscita dalla Seconda Guerra Mondiale non fosse e non sarebbe stato possibile per molti anni a seguire assicurare in modo effettivo – così come avrebbe previsto il testo della Costituzione che si stava approvando – tutto quel numero di diritti sociali, dal diritto al lavoro, all'istruzione libera e gratuita, passando per la salute per tutti gli individui, che ora formano parte del Titolo II della nostra Legge fondamentale.

I suoi timori erano giustificati dalla fragile situazione economica, sociale e giuridica in cui versava l'Italia. Egli perciò propose di includere tutto quanto concerneva i diritti sociali nel Preambolo che avrebbe preceduto il testo costituzionale vero e proprio: «Per questo io ritengo che sia necessario, per debito di lealtà, che queste disposizioni che io vi ho letto, ed altre che via via potranno affiorare nel seguito della discussione, siano collocate in un preambolo, con una dichiarazione esplicita del loro carattere non attuale, ma preparatore del futuro; in modo che anche l'uomo semplice che leggerà, avverta che non si tratta di concessione di diritti attuali, che si tratta di propositi, di programmi e che bisogna tutti duramente lavorare per riuscire a far sì che questi programmi si trasformino in realtà»⁴.

Di altro sentire è invece Fausto Gullo, il quale, sottolineando come le disposizioni contenute nella parte relativa ai diritti sociali siano non solo opportune, ma anche necessarie, considera questa sezione della Costituzione come «quella di più vitale importanza»⁵.

sull'art. 32 sono stati, in questa prima fase, piuttosto limitati e non particolarmente rilevanti.

⁴ Piero Calamandrei, intervento in Assemblea costituente del 4 marzo 1947, all'inizio della discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

⁵ Fausto Gullo, 18 aprile 1947, seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente, discussione generale del Titolo secondo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti etico-sociali». Di sentore totalmente opposto è Francesco Saverio Nitti, che solleva un'aspra critica contro il testo dell'art. 26 del Progetto: «L'articolo 26 fissa gli obblighi della Repubblica. Si parla sempre di Repubblica, mai dello Stato. Si vuole affermare che la Repubblica esiste. Non avremo bisogno di questa affermazione

Il timore manifestato da più parti, all'interno dell'Assemblea, è quello di non poter garantire per il futuro ciò che si va proclamando nella nascente Costituzione.

Dopo una vibrante discussione sul significato e sulla reale necessità di dichiarare esplicitamente l'impegno statale nella tutela della salute, il testo dell'articolo venne definitivamente approvato nella seduta del 24 aprile 1947:

«La Repubblica tutela la salute come un fondamentale diritto dell'individuo e come un generale interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

«Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, la quale però non può violare i limiti imposti dal rispetto della personalità umana».

La lettura del dibattito avvenuto in Assemblea presenta numerosi elementi d'interesse, anche ai fini della presente trattazione: i problemi che si pongono i Padri costituenti toccano questioni delicate, dall'aborto terapeutico, all'eugenetica, dal modello di sistema sanitario migliore per dare attuazione alla Costituzione, fino al rapporto medico-paziente. Si tratta di questioni che tutt'oggi contraddistinguono le discussioni non solo politiche, ma anche etiche e morali nel nostro Paese. Il testo approvato, che all'epoca rappresentò anche un elemento di rottura rispetto al periodo

ripetuta e continua, se veramente ci crediamo. La Repubblica dunque “tutela la salute, promuove l'igiene e garantisce cure gratuite agli indigenti”. Dunque, la Repubblica, fin da ora, assume come obblighi di tutelare la sanità, promuovere l'igiene e garantire cure gratuite agli indigenti. Voglio ben ripeterlo perché non credo ai miei occhi. Voi sapete quale è la situazione dell'Italia, voi sapete che cosa sono gli ospedali, quale è la situazione di almeno i nove decimi dell'Italia, in cui manca e per parecchi anni mancherà un po' di tutto. E noi assumiamo proprio adesso, improvvisamente, l'impegno di assicurare tutte queste cose che non potremo, per parecchi anni, assicurare? Ora, credete che sia buona procedura promettere in nome della Repubblica ciò che non si può mantenere? E perché farne materia di Costituzione? Quando il popolo domani ci domanderà: dal momento che la Repubblica garantisce queste cose, e come e in qual forma le può garantire? [...] Lasciate, dunque, che il nome della Repubblica non sia compromesso in questi equivoci, perché le togliamo anche quel prestigio di serietà che le è indispensabile», seduta del 19 aprile 1947.

fascista⁶, si è dimostrato, nel corso del sessantennio di vita della Costituzione, capace di farsi plasmare rispetto ai tempi, mantenendosi sempre attuale.

All'indomani dell'adozione della Costituzione, l'interpretazione maggioritaria propendeva per la prevalenza del carattere meramente *programmatico* della norma, attraverso la quale risultava più semplice giustificare il contenuto ampio e polivalente della disposizione⁷. In tal senso, essa veniva considerata come un indirizzo, un orientamento destinato al legislatore, al quale veniva poi lasciata totale discrezionalità circa la tutela da offrire in concreto ai cittadini. A tale proposito si è parlato dell'articolo 32 anche come «norma essenzialmente ricognitiva della tappa raggiunta dalla vita nazionale, consacrata costituzionalmente, come *spinta*, se mai, ad ulteriori sviluppi, sulla base di una disposizione ricognitiva e *programmatica* insieme, e che, ad ogni modo, fissa principi dai quali le leggi ordinarie non possono decampare»⁸. Secondo questo assunto, dunque, l'attuazione del diritto costituzionale alla salute è condizionata all'intervento del legislatore, al quale spetta in concreto fornire a tutti gli individui la tutela adeguata⁹.

⁶ Cfr. A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, p. 655.

⁷ Sul valore *programmatico* dell'art. 32 della Costituzione, cfr. A. GIANNINI, *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *INADEL*, 1960, p. 813; L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione, Vicenza, 1967-1969, p. 103.

⁸ Così A. GIANNINI, *La tutela della salute come principio costituzionale*, cit., p. 814. «Nondimeno il diritto alla tutela della salute va inteso in senso relativo, come *sforzo*, cioè, di salvaguardare non solo, ma anche di migliorare, le condizioni di salute dell'individuo, quali che siano naturalmente, onde il suo concetto si slarga verso l'assistenza dei minorati fisici o psichici indigenti, che rientra pertanto nel principio costituzionale enunciato nell'art. 32. Cioè la tutela della salute concerne la salute quale è e quale può divenire *per effetto della tutela garantita dallo Stato*», *ibidem*, p. 824, corsivo aggiunto.

⁹ È opportuno, tuttavia, ricordare che, anche nelle prime fasi di vita costituzionale della Repubblica vi fu chi, in dottrina, sostenne sin da subito il valore direttamente precettivo dell'art. 32 della Costituzione. Cfr. C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, 1, p. 1, ove si legge: «lo Stato repubblicano [ha] posto come somma direttiva della propria azione la protezione e lo sviluppo della personalità dei singoli,

1.2. Configurazione giuridica del diritto alla salute: diritto sociale v. diritto fondamentale

Dalla lettura dell'enunciato dell'articolo 32 risulta immediatamente palese la natura giuridicamente complessa del diritto alla salute nel contesto costituzionale italiano.

I primi orientamenti, oltre a valorizzarne – come visto – la portata programmatica, hanno accolto il suo valore di diritto sociale. Con ciò si è affermato, senz'altro, il ruolo preponderante dello Stato nell'assicurazione di quanto necessario a tutelare la salute dei singoli e della collettività, fondando la corrispettiva pretesa individuale a ricevere prestazioni, secondo quanto stabilito dai poteri pubblici. L'aspettativa di intervento statale, tuttavia, non può dirsi assoluta, dal momento che la sua attuazione, come per tutti i diritti sociali, è vincolata alle risorse economiche disponibili in un dato momento storico e «al concreto impegno dello Stato per il miglioramento sociale ed economico dei singoli»¹⁰.

Siffatta interpretazione è risultata per lungo tempo prevalente, anche in virtù della lettura sistematica dell'art. 32 Cost., collocato nella sezione dedicata ai diritti economico-sociali. Un ulteriore elemento che in passato ha contribuito a suffragare tale impostazione è l'enunciato finale del primo comma, con il quale la Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti. La dottrina prevalente ha sostenuto che la specificazione della gratuità delle cure solamente per coloro che non hanno i mezzi per provvedervi da sé va a creare un diritto di diretta ed immediata applicazione solamente per la categoria esplicitamente individuata nel testo costituzionale; per

non solo nel senso negativo della sua preservazione da ogni attentato da parte di altri, ma in quello positivo dello dell'esigenza di predisporre le condizioni favorevoli al suo pieno svolgimento. Ed è ovvio come fra tali condizioni debba necessariamente ed in via primaria, rientrare la salute, bene strumentale necessario allo svolgimento stesso»; «in conformità alla concessione solidaristica che a termine dell'art. 2 ispira l'ordinamento, la salute, in quanto incide sul benessere non solo del singolo ma altresì dell'intera collettività, è considerata oggetto, oltre che della pretesa di cui si è parlato, altresì di un dovere inderogabile a provvedere alla sua conservazione, da ritenere gravante su ciascuno», p. 2.

¹⁰ M. LUCIANI, *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979, p. 409.

tutti gli altri soggetti, invece, il diritto sarebbe comunque condizionato all'attuazione che ad esso viene data attraverso l'intervento legislativo¹¹.

Il contenuto della pretesa positiva a un intervento pubblico finalizzato all'attuazione del dettato costituzionale viene individuato proprio dall'articolo 32 stesso e si declina in termini di prevenzione, assistenza e protezione. Ciò si deriva dal concetto di salute che la Costituzione accoglie: uno stato globale di benessere, la cui tutela si esplica necessariamente in un complesso di azioni e interventi che non abbiano il mero fine di curare lo stato di malattia, ma che siano volti anche allo scopo di prevenire l'insorgere di patologie e di migliorare il livello generale di salute. Attraverso la predisposizione di un complesso di strumenti per mezzo dei quali raggiungere tali finalità, la Repubblica non soltanto adempie al suo obbligo di tutelare la salute individuale, ma realizza anche l'interesse collettivo, parte integrante del dettato costituzionale.

È bene tenere presente, tuttavia, che la riduzione del diritto alla salute alla categoria dei diritti sociali può essere considerata non del tutto convincente, poiché si aprono alcuni problemi, attraverso i quali è possibile dimostrare che una lettura riduttiva non è sufficiente.

Il primo di essi concerne lo spazio di discrezionalità di cui il legislatore gode nel momento in cui agisce per dare attuazione al diritto: quali sono gli eventuali vincoli o limiti che definiscono la libertà di intervento del potere pubblico? I fattori da tenere in considerazione sono riconducibili alla disponibilità di risorse economiche di cui si dispone in un dato momento storico, oppure vi sono altri criteri che guidano la scelta del legislatore? Senz'altro, la disponibilità di risorse economiche assume un peso non irrilevante nel momento in cui ai poteri pubblici si chiede di apprestare una garanzia concreta a un diritto che richiede l'effettiva erogazione di prestazioni.

Come risultato di una prima riflessione, tuttavia, sembra che non siano soltanto i vincoli finanziari a condizionare l'attuazione del diritto: a chi scrive pare che vi siano

¹¹ Per quanto più specificamente riguarda l'interpretazione dell'enunciato «cure gratuite agli indigenti», si veda *infra*, par. 1.4, *Il contributo alla definizione del nucleo irriducibile attraverso la molteplicità di contenuti*.

altri elementi che contribuiscono a guidare le scelte del legislatore. Fra questi, si può pensare, *in primis* a un livello comunque non trascurabile di discrezionalità politica, finalizzata a sua volta alla realizzazione di principi più generali. A ciò si aggiunge però la necessità del rispetto, dell'attuazione e della non violazione di alcuni dettami costituzionali da cui non si può prescindere, quali l'uguaglianza formale e sostanziale dei cittadini, nonché la garanzia dell'inviolabilità dei diritti fondamentali dell'uomo e il principio di solidarietà¹².

Un secondo ordine di questioni e problemi riguarda l'azionabilità del diritto alla salute, qualora esso sia inteso come mero diritto sociale: se l'art. 32 Cost. trova completamento solo attraverso uno specifico intervento legislativo, che preveda, per esempio, le modalità di erogazione delle prestazioni, la loro organizzazione e tutti gli aspetti concreti che a ciò si legano, all'individuo parrebbe non spettare la possibilità di agire direttamente per ricevere tutela, nel caso di inerzia del legislatore, o in caso di un vuoto di tutela¹³.

¹² Sia consentito in questa sezione fare semplicemente un cenno a queste problematiche, su cui vi sarà modo di tornare più diffusamente *infra*. Ciò che interessa in questa sede evidenziare è il fatto che, dato l'impianto costituzionale e data l'accezione di salute che nel nostro ordinamento è accolta, ridurre la garanzia del diritto alla salute all'alveo dei diritti sociali non appare completamente soddisfacente.

¹³ Di questo avviso anche B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 1, p. 55, secondo la quale: «La non azionabilità diretta dei diritti sociali in linea generale, peraltro, ha come conseguenza un certo diffuso disinteresse per la problematica che essi rappresentano, e, in specifico per il diritto alla salute, lo spostamento dell'attenzione verso l'aspetto di diritto di libertà». A questo è d'uopo aggiungere che le riflessioni della dottrina (per lo più amministrativistica, piuttosto che non puramente costituzionalistica) che si è interrogata sull'ambiguità del diritto alla salute, oscillante tra la dimensione sociale e quella fondamentale hanno avuto per oggetto anche l'analisi e la discussione circa una possibile degradazione della posizione giuridica da diritto soggettivo a interesse legittimo, nel caso in cui venga fatta prevalere la dimensione sociale del diritto. Per tutti si veda R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., pp. 62 ss.; G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009, pp. 34 ss.

Dopo dunque una prima fase¹⁴ in cui al diritto alla salute è stata riconosciuta, oltre ad una valenza meramente programmatica, la natura di diritto puramente sociale e, pertanto, vincolato all'attuazione che ad esso poteva essere offerta da parte del legislatore, finalmente la giurisprudenza è giunta ad aprire la strada ad una più incisiva interpretazione dell'articolo 32, attraverso il riconoscimento della sua efficacia verso i terzi, che dipende dalla sua natura di diritto fondamentale. Si tratta della sentenza n. 88/1979¹⁵, con la quale la Corte ha dichiarato che l'articolo 32 va considerato «non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come *diritto fondamentale dell'individuo*, sicché si configura come un *diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati*. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione»¹⁶. Con tale pronuncia si è quindi dato inizio al cammino verso il riconoscimento della dimensione “fondamentale” del diritto alla salute.

¹⁴ Si è dato conto principalmente delle posizioni dottrinali. La Corte costituzionale ha seguito una strada fondamentalmente parallela a quella della dottrina, il cui peso (almeno nei primi anni di attività) non è tale da meritare una trattazione approfondita: «Non si può certo dire che contributi alla valorizzazione dell'articolo siano venuti dalla Corte costituzionale, i cui interventi sono stati frammentari e spesso scarsamente significativi: le più recenti aperture del giudice di costituzionalità sono venute, per così dire, “a rimorchio” di una realtà sociale che si andava modificando, e sono state sicuramente prevenute dall'intervento del legislatore, dalle aperture di una parte della giurisprudenza comune, dagli stimoli della dottrina. E ancora adesso, dopo parziali aperture, riemergono talvolta letture riduttive dell'art. 32, sia sotto il profilo dell'oggetto della tutela (l'integrità fisica), sia sotto il profilo della considerazione della norma come meramente programmatica», B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984, 1, p. 25.

¹⁵ La pronuncia ha per oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c., promosso in via incidentale dal Tribunale di Camerino, in riferimento agli articoli 3, 24, e 32 della Costituzione, nel corso di un'azione civilistica relativa al risarcimento in caso di danno alla persona, consistente anche in una menomazione della salute. La questione è stata considerata non fondata dalla Corte, in base alla lettura dell'articolo 32 Cost. di cui qui si tratta. Per un commento alla sentenza si veda A. ANZON, *L'altra “faccia” del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 1, p. 656.

¹⁶ C. Cost., sent. n. 88/1979, punto 2 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto. Proseguono i giudici: «non sembra dubbia la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo della riparazione, in caso di violazione del diritto stesso».

Non pare esserci dubbio sul fatto che a partire dal 1979 sia stata fatta valere la *Drittwirkung* del diritto alla salute¹⁷. Le conseguenze che derivano da questa pronuncia sono riconducibili a una rivalutazione e a un ripensamento della portata e del significato dell'articolo 32 nel tessuto costituzionale. Il diritto alla salute viene riconosciuto come posizione giuridica non degradabile, azionabile non soltanto nei confronti dei pubblici poteri, ma anche nei rapporti fra i privati, dal momento che si tratta di un bene giuridico protetto dall'ordinamento, in quanto espressione di un modo d'essere, di uno stato, della persona umana; si ricollega al principio personalista di cui all'articolo 2 della Costituzione, sulla cui base si fonda anche il riconoscimento del diritto alla tutela della salute per tutti gli esseri umani, non solo per i cittadini, che siano regolarmente o clandestinamente presenti sul territorio nazionale¹⁸.

Configurare il diritto alla salute come fondamentale, come diritto di libertà, comporta in primo luogo il dovere, da parte di qualsiasi soggetto nell'ordinamento, di astenersi da ogni comportamento lesivo della salute individuale. La previsione assume forza concreta attraverso il secondo comma dell'art. 32 che, come noto, vieta i trattamenti sanitari imposti contro la volontà del soggetto; la tutela dell'individuo, nella sua integrità fisica e nella sua autonomia, è presidiata dalla riserva di legge assoluta e rafforzata per contenuto¹⁹. In tale prospettiva, il diritto alla salute, laddove inteso

¹⁷ In D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002, p. 21, si ricorda come il riconoscimento della *Drittwirkung* del diritto alla salute rientri in una «tendenza interpretativa più diffusa», mirata a riconoscere l'immediata efficacia dei diritti fondamentali, tutelabili *erga omnes*.

¹⁸ Sul riconoscimento del diritto alla salute anche agli stranieri si rinvia alle considerazioni che verranno svolte *infra*, al paragrafo 3, *Il diritto alla salute dei non cittadini: eguaglianza v. differenziazione*, anche in prospettiva comparata.

¹⁹ Sul collegamento tra il primo e il secondo comma dell'art. 32, in relazione alla sua natura di diritto fondamentale, si veda B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pp. 28-30. Non è questo il luogo per approfondire il significato del secondo comma dell'art. 32, poiché quello che interessa è evidenziare le possibili implicazioni che possono derivare dalla qualificazione del diritto alla salute come diritto fondamentale, in relazione però soltanto all'oggetto di indagine, ovvero al diritto ad ottenere prestazioni sanitarie.

nella sua dimensione di diritto di libertà, «consiste in una pretesa (di contenuto negativo) a che i pubblici poteri e tutti i consociati non vengano a turnare la “sfera di interessi” riservata al godimento del titolare del diritto»²⁰.

Procedendo dunque a considerare la dimensione *fondamentale* del diritto alla salute, diviene necessario individuarne le caratteristiche, al fine di comprendere se esse possano ritenersi compatibili con il particolare profilo del diritto che si sta qui considerando. Sotto questa prospettiva, la salute si distingue per essere indisponibile, intransmissibile, imprescrittibile e irrinunciabile²¹. Dal punto di vista del diritto alle prestazioni sanitarie, tralasciando quindi gli altri aspetti della salute, si possono percorrere interessanti terreni di indagine.

Quanto all'intransmissibilità, pare non esserci molto da obiettare circa una sua riconduzione alla salute: essa, in quanto situazione di fatto strettamente e intrinsecamente inerente alla persona, non si presta certamente ad essere trasferita ad altri soggetti.

Quanto a imprescrittibilità e irrinunciabilità, invece, la questione pare essere più complessa. Se si guarda al diritto alla salute in termini generali, probabilmente l'analisi risulta essere più semplice, dal momento che da un lato l'inerzia del titolare non può far decadere il diritto, essendo esso strettamente connaturato alla persona stessa e, inoltre, risulta quasi intuitiva l'affermazione secondo cui alla propria salute, qualunque ne sia lo stato, nessun individuo può rinunciare²². L'approccio è necessariamente differente se si considera solo il particolare aspetto del diritto a ricevere trattamenti e prestazioni sanitarie. Riguardo alla sua imprescrittibilità, in primo luogo, viene da chiedersi quali possano essere le conseguenze in caso di inerzia del titolare. Se un individuo non esercita il suo diritto a ricevere prestazioni sanitarie, non pare che possano derivare conseguenze rilevanti sul piano dell'esistenza e sussistenza del diritto stesso in capo al soggetto, ma si rientra

²⁰ D. MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana*, cit., p. 37.

²¹ Si tratta dei caratteri tradizionalmente attribuiti ai diritti della personalità e ripresi in B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 32.

²² Per altre considerazioni sul punto si rinvia a B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 33.

piuttosto sotto la copertura del secondo comma dell'art. 32: nessuno può essere obbligato a trattamenti sanitari e dal mero fatto di rinunciarvi, di non richiederli e di non esercitare le proprie pretese, non può farsi derivare un affievolimento del diritto. Lo stesso ragionamento può essere applicato in riferimento alla irrinunciabilità del diritto.

Quanto alla indisponibilità del diritto, delimitando sempre il campo di riflessione, risulta ancora più complesso giungere a una conclusione univoca, anche a causa della complessità del concetto di indisponibilità²³. Dal momento, inoltre, che il concetto di salute non è in sé univoco e non può prestarsi a definizioni vevoli allo stesso modo per tutti gli individui, ci si chiede anche se abbia senso considerare in termini assoluti l'indisponibilità o se sia invece più opportuno "relativizzare" il concetto, ponendolo in rapporto con la concezione che ciascun singolo può avere della propria salute. Quest'ultima soluzione sembrerebbe essere più plausibile, anche perché restituirebbe il diritto al suo significato originario: la salute è il complessivo stato di benessere dell'individuo, in sé e per sé considerato e in relazione all'ambiente in cui vive. Nulla pare prestarsi in modo migliore ad una lettura soggettivistica: ciascuno è libero di determinare le proprie condizioni di salute.

Venendo però al quesito posto inizialmente, ovvero alla possibilità di configurare il diritto a chiedere ed ottenere prestazioni sanitarie come assoluto, la matassa del ragionamento risulta essere ancora intricata.

Da un lato, si apre la tanto indagata questione della compatibilità tra l'articolo 32 della Costituzione e l'articolo 5 del Codice civile²⁴, che può essere risolta in termini di costituzionalità della fonte primaria che vieta atti di disposizione del proprio

²³ Per una nozione composita di indisponibilità, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 180, secondo il quale l'indisponibilità assoluta si manifesta con il divieto di disposizione del bene, mentre quella relativa concerne la possibilità di interessato di revocare in ogni momento e incondizionatamente l'eventuale consenso a subire le conseguenze della violazione del diritto da parte di un terzo, pur se detto consenso sia stato dato in piena libertà e consapevolezza.

²⁴ Su cui si veda per esempio C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, 3, p. 545, nonché B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., pp. 45 ss.

corpo, che abbiano come effetto la diminuzione dell'integrità fisica, alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme²⁵: infatti non potrebbe risultare compatibile con il dettato costituzionale la lettura del concetto di indisponibilità in termini tali da ridurre la possibilità e la sfera di intervento del singolo su un elemento che in modo tanto pregnante contribuisce a forgiarne la libertà e la personalità, poiché ciò si tradurrebbe in una lesione dell'autodeterminazione del singolo²⁶.

Dall'altro lato, tuttavia, restano le perplessità circa la reale e concreta indisponibilità di questo diritto, dal momento che, inevitabilmente, esso è correlato all'attuazione in sede legislativa ed amministrativa.

Sotto un primo profilo, si può rilevare che, almeno in parte, il diritto dell'individuo è comunque condizionato da ciò che lo Stato riesce a garantire in termini di prestazioni sanitarie. Guardando però alla questione dal punto di vista del soggetto interessato, tuttavia, non vi è completa disponibilità e totale libertà di scelta da parte del potere pubblico, dal momento che vi è un livello – almeno – *minimo*²⁷ di tutela e di garanzia che lo Stato deve necessariamente fornire²⁸.

²⁵ Sul punto, anche se in riferimento al problema del diritto al rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, si veda C. CASONATO, *Consenso e rifiuto*, cit., p. 554.

²⁶ Il principio di autodeterminazione in ambito sanitario viene ricondotto, dalla giurisprudenza costituzionale, al combinato disposto degli articoli 2, 13 e 32 Cost. Cfr. per esempio C. cost., sent. n. 438/2008.

²⁷ Sia consentito, per il momento, l'utilizzo dell'aggettivo «minimo». Vi sarà modo, nel corso della trattazione, di indagare sul *quantum* di garanzia che deve essere offerto dalla Repubblica, arrivando infine a dimostrare come la tutela fornita al bene salute sia modulabile a seconda dei differenti contesti e come tale elemento condizioni la definizione del diritto alla salute stesso.

²⁸ Come è stato anche efficacemente sottolineato dalla Corte costituzionale, sent. n. 509/2000: «restando salvo, in ogni caso, quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana"», punto 4 del considerato in diritto. Su nucleo irriducibile cfr. più diffusamente *infra*. Inoltre, sempre con riferimento alla *indisponibilità* del diritto alla salute da parte del suo titolare, viene anche evidenziato come tale attributo contribuisca in realtà a rafforzare la posizione soggettiva, impedendo all'individuo di subordinare la propria salute a interessi economici. Così B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 37.

A questo punto, quindi, è possibile delineare in termini più chiari la tesi che ci si propone di dimostrare, ovvero che, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, oltre che del progresso della scienza e della tecnologia mediche, non trova più spazio una efficace distinzione tra diritto fondamentale e diritto sociale alla salute, inteso come diritto alle prestazioni sanitarie. Esso, piuttosto, appare essere come una «*posizione giuridica soggettiva complessa*, fondata essenzialmente sul riconoscimento della salute come valore sociale, che attribuisce al singolo la titolarità sia di un *diritto sociale* [...] sia di un *diritto di libertà*»²⁹, e la cui effettività dipende dal livello e dalla tipologia della prestazione di volta in volta richiesta.

Vi sono dei livelli minimi, delle prestazioni basilari, che non possono essere negati, nemmeno a fronte della scarsità di risorse economiche. Essi sono riconducibili senza ombra di dubbio a quel «nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»³⁰, la cui compressione determina la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, e forse anche a qualcosa di ulteriore, la cui quantificazione concreta dipende dalla valutazione di un ampio spettro di fattori³¹.

La ricerca di un punto di sintesi fra le due dimensioni apparentemente inconciliabili del diritto alla salute ha portato la dottrina a configurare l'articolo 32 Cost. come una sorta di «Giano Bifronte»³²: un diritto con due facce distinte e di uguale importanza, ma non sovrapponibili. Secondo questa impostazione, al diritto fanno capo differenti situazioni giuridiche, che producono effetti diversi.

²⁹ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 31. Corsivi nel testo.

³⁰ C. Cost., sentenze nn. 309/1999, 267/1998, 416/1995, 218/1994 e 509/2000. Ci si propone di tornare in modo più approfondito sull'analisi del concetto di «nucleo irriducibile» *infra*, par. 1.3.2, *Il nucleo irriducibile e la dignità umana*.

³¹ Fattori che saranno enucleati via via nel corso della presente trattazione e in particolar modo nella seconda parte del lavoro, dopo aver scandagliato opportunamente le implicazioni derivanti dall'attuale riparto di competenze in materia sanitaria, risultante dalla riforma del Titolo V della Costituzione, come interpretato dalla Corte costituzionale.

³² L'espressione «Giano Bifronte» va attribuita a A. VIGNUDELLI, *Il rapporto di consumo*, Rimini, 1984, p. 93.

Da un lato, laddove considerato come diritto fondamentale, esso ha efficacia *erga omnes*, è direttamente operativo anche nei rapporti tra privati e pertanto è immediatamente azionabile da parte di chi ne abbia subito una violazione. Quest'ultima, si badi, non viene più solamente riferita alle indebite interferenze dei poteri pubblici nell'ambito del godimento del diritto riservato al singolo, ma trova una tutela più ampia, poiché la giustiziabilità dei diritti fondamentali è anche tesa a garantire il rispetto della dignità umana. Si tratta dunque della possibilità di agire in giudizio non solamente contro il mancato rispetto del dovere d'astensione, ma anche contro tutte quelle azioni che impediscono la piena e completa realizzazione della personalità umana, con riguardo al diritto inerente alla particolare sfera dell'individualità che si considera violata³³. In questo senso, esso si lega ai principi fondamentali su cui si fonda la Repubblica, quali l'integrità fisica, l'autodeterminazione e il principio personalista.

L'altra faccia della medaglia, invece, necessiterebbe sempre e comunque di un intervento dei poteri pubblici, in primo luogo del legislatore, al quale si richiede di adottare i mezzi e gli strumenti idonei all'attuazione del dettato costituzionale e secondariamente a tutti gli apparati della pubblica amministrazione, cui spetta la garanzia concreta e quotidiana di quanto previsto.

Preme comunque osservare che intendere il diritto alla salute come diritto sociale non è un mero esercizio di forma. Nonostante l'intenzione sia quella di superare definitivamente la distinzione tra diritto fondamentale e diritto sociale, è opportuno evidenziare quanto tale dicotomia sia utile a ricostruire il ruolo, la portata e il contenuto del diritto all'interno del sistema costituzionale³⁴.

A ciò si può aggiungere la considerazione secondo la quale le due facce del diritto si completano e si rafforzano reciprocamente. In virtù di tale assunto, ad esempio, risulta possibile la tutela in concreto del diritto contro ogni violazione che ad esso sia

³³ Di questo avviso anche G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009, p. 69.

³⁴ Efficacemente, per esempio, B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., p. 58, ricorda che la qualificazione del diritto alla salute come diritto sociale non è scevra di implicazioni, dal momento che in termini generali essa opera al fine di determinare una gerarchia tra valori costituzionalmente rilevanti.

stata perpetrata e in tal modo vi sarebbe una saldatura tra le due dimensioni che avrebbe come esito il potenziamento della posizione del singolo³⁵.

1.3. Evoluzione dell'interpretazione (anche) attraverso la giurisprudenza: diritto finanziariamente condizionato³⁶ o diritto da bilanciare?

Giungere alla conclusione per cui il diritto alla salute sarebbe configurabile come «Giano Bifronte», dotato di due facce opposte, difficilmente conciliabili (almeno sul piano teorico) e pur sempre coesistenti, non contribuisce a semplificare e chiarificare lo studio della materia, nonostante i possibili correttivi adottabili. Al contrario, si aprono innumerevoli altri quesiti di difficile soluzione che possono scarsamente contribuire a gettare luce sul reale contenuto del diritto e sulla sua concreta tutela. Il binomio non risulta risolto, anzi, ne viene incrementata la dualità.

A queste considerazioni si vuole anche aggiungere il dato relativo alla modifica, nel corso degli anni, della relazione intercorrente tra il bene salute, il soggetto destinatario e gli organi e poteri che hanno il compito di garantirlo³⁷: il tutto potrebbe essere riassunto attraverso l'indicazione della (apparentemente) insuperabile dualità tra la doverosità di offrire e garantire la tutela della salute (che non si limita allo

³⁵ Così R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 73, che giunge in tal modo alla conclusione per cui «la definitiva asserzione per cui il diritto alla salute non è degradabile in base ad atti amministrativi pur emanati nell'esercizio di un potere attribuito dalla legge, con il conseguente radicamento innanzi alla giurisdizione ordinaria delle domande volte ad ottenere, anche mediante provvedimenti cautelari ed urgenti, una pronuncia atta ad imporre all'amministrazione un determinato comportamento attivo o passivo».

³⁶ La locuzione «diritti finanziariamente condizionati» si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.

³⁷ Non vale la pena di riprendere le considerazioni già espresse *supra*. Basti soltanto ricordare quanto sono mutate, negli ultimi decenni, le aspettative riguardanti la salute, grazie agli imprevedibili ed esponenziali sviluppi della scienza medica e quanto siano aumentate le possibilità di intervento e i relativi costi. Sono tutti fattori, questi, che hanno contribuito ad una vera e propria virata nel modo di intendere – anche a livello giuridico – la salute.

spazio d'intervento dei poteri pubblici) e la concreta difficoltà di raggiungere effettivamente tale obiettivo.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte, nel corso degli anni Novanta, ha elaborato una teoria secondo la quale la garanzia dei diritti sociali è in concreto condizionata dalla disponibilità delle risorse di cui in un dato momento storico lo Stato dispone. È opportuno soffermarsi su questo filone giurisprudenziale, per poter comprendere quanto questa interpretazione influisca sulla tutela della salute, intesa come garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie per gli individui, e quanto essa stessa sia compatibile con le “due facce” del diritto alla salute.

Indubbio è il fatto che offrire e garantire trattamenti sanitari e assicurare a tutti l'accesso ai medesimi comporta necessariamente delle scelte. Esse devono essere prese dal legislatore, il quale però non è libero, ma è piuttosto vincolato al rispetto di un certo livello di coerenza delle stesse, posto che comunque non può mai essere intaccato il «nucleo irriducibile del diritto alla salute»³⁸.

Il riferimento alla categoria dei cd. «diritti finanziariamente condizionati» è stato operato dalla dottrina in relazione ai diritti sociali, intesi in senso lato, e al diritto alla salute in particolare. Con tale espressione si sono individuate situazioni giuridiche soggettive che si connettono, necessariamente e per loro stessa natura, all'aspettativa di prestazioni erogate dal potere pubblico, che nella sua azione di garanzia si trova ad essere limitato da vincoli economici. Nel settore della salute, tale elemento riveste una rilevanza del tutto peculiare, dal momento che almeno negli ultimi decenni si è assistito ad un notevole incremento delle aspettative di prestazione da parte dei cittadini, alle quali fa fronte la difficoltà dei poteri pubblici di fornire risposte adeguate, sia per il rapido incremento delle richieste e delle speranze che derivano dagli incessanti progressi della scienza medica, sia per i non sottovalutabili costi che tali innovazioni comportano³⁹.

³⁸ L'espressione è stata coniata e utilizzata varie volte dalla Corte costituzionale, in pronunce di cui si darà conto in questa parte della trattazione.

³⁹ Pare interessante ricordare che da parte della dottrina tale difficoltà è stata ricondotta al cd. fenomeno della «crisi dello Stato sociale di diritto, nel quale si verifica la paradossale coesistenza di

La lettura dell'articolo 32 della Costituzione da questa prospettiva apre uno scenario problematico e particolarmente delicato: da un lato vi è infatti il dovere di rispettare e garantire quel nucleo forte del diritto (su cui *infra*), mentre d'altro canto, il legislatore, nel momento in cui interviene al fine di dare attuazione ai precetti costituzionali, non può non tenere in considerazione i vincoli finanziari.

Ricondurre il diritto alla salute all'alveo dei diritti finanziariamente condizionati significa perdere la dimensione assoluta del diritto stesso; in altre parole, dire che il diritto alla salute dipende dalla disponibilità di risorse finanziarie di cui lo Stato, o comunque il potere pubblico, dispone in un dato momento storico, significa renderlo intrinsecamente un diritto relativo. A ben vedere, l'assolutezza del diritto resta incontaminata nell'ambito dei rapporti tra privati, mentre viene relativizzata proprio quando dai poteri pubblici si esige un intervento⁴⁰.

1.3.1 Il ruolo della Corte costituzionale

Prima che la dottrina, è stata la giurisprudenza della Corte costituzionale a collegare l'attuazione in concreto del diritto alla salute, effettuata attraverso l'intervento in

illimitate aspettative di prestazione da parte dei cittadini-utenti nei confronti degli apparati amministrativi in uno con la maggiore rigidità dei vincoli di finanza pubblica [e che] produce un perverso movimento del pendolo, con oscillazioni e passaggi da progetti e politiche socialmente avanzati e qualificati a moduli positivi nei quali, al contrario, si ipotizza una sempre più marcata “privatizzazione” e soprattutto la contrazione dei servizi pubblici». Per tutti cfr. R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, p. 531; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, pp. 61 ss.

⁴⁰ Seguendo questa linea argomentativa, R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 531, arriva a sostenere (per poi confutare) la tesi della degradazione del diritto alla salute a mero interesse legittimo, nel momento in cui si tratta di una posizione «pretensiva» del cittadino nei confronti dell'attività del potere pubblico. Tale impostazione, infatti, finirebbe per non reggere se si inserisce il dettato dell'art. 32 all'interno del tessuto costituzionale dello Stato sociale di diritto, in cui i valori fondanti di tutela della persona e di uguaglianza sono tanto pregnanti da forgiare la struttura dello stesso stato sociale di diritto.

primo luogo del legislatore e non secondariamente della pubblica amministrazione, ai vincoli derivanti dai limiti imposti dalla finanza pubblica⁴¹. Si tratta di un vero e proprio filone giurisprudenziale che ha caratterizzato l'orientamento della Consulta soprattutto nel corso degli anni Novanta e nei primissimi anni Duemila.

L'inizio di tale corso interpretativo è segnato dalla sentenza n. 455/1990⁴², alla quale sono poi seguite altre in cui i giudici hanno proceduto ad una limitazione per progressive approssimazioni del contenuto del diritto alla salute, inteso nella sua dimensione di diritto a ricevere trattamenti sanitari, pur comunque ribadendone la dimensione di diritto assoluto e primario quando inteso in termini di tutela dell'integrità fisica e nell'ambito dei rapporti intersoggettivi⁴³.

La Corte ha, infatti, accolto la tesi secondo cui il diritto alla salute, nel momento in cui necessita di un'attuazione da parte del legislatore, non è di per sé assoluto, ma risulta essere vincolato a una complessità di fattori che vanno necessariamente considerati nel momento in cui si provvede ad offrire ai cittadini la concreta attuazione del diritto stesso. Tali elementi sono costituiti in primo luogo dai vincoli

⁴¹ In seguito alla riforma del Titolo V, invece, si è assistito ad un mutamento di prospettiva, dovuto al particolare riparto delle competenze derivante dalla riscrittura dell'art. 117 Cost. Questo tema sarà oggetto del Capitolo secondo.

⁴² Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale, sollevato dal TAR Trento, avente ad oggetto la legge della Provincia Autonoma di Trento n. 6/1983 in tema di assistenza sanitaria e ospedaliera. Il giudice *a quo* era stato adito dal Comune di Trento per accertare a quale soggetto spettassero gli oneri conseguenti al ricovero nelle case di riposo degli anziani non autosufficienti e per ottenere dall'Unità sanitaria locale la restituzione della somma pagata dal ricorrente per le prestazioni erogate a una cittadina ricoverata nella civica casa di riposo. La supposta incostituzionalità della norma riguardava, secondo il giudice rimettente, la compatibilità tra la disposizione impugnata e gli artt. 3 e 32 Cost. La questione venne infine rigettata dalla Corte, proprio sulla base dei principi di cui qui si tratta.

⁴³ Così C. cost., sent. n. 455/1990, punto 3 del considerato in diritto: «Nello stesso tempo, la Corte ha sempre precisato che, considerato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, il diritto alla salute è soggetto alla “determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione” della relativa tutela da parte del legislatore ordinario». La Corte si rifà a pronunce precedenti, che fungono da base d'appoggio per l'individuazione degli eventuali vincoli cui è sottoposta la discrezionalità legislativa nel momento della definizione delle prestazioni da garantire.

dettati dalla disponibilità delle risorse organizzative e finanziarie nel momento storico in cui ci si trova. I giudici giungono a quest'affermazione riprendendo le antiche maglie del discorso sui diritti sociali e sulla programmaticità di una disposizione costituzionale che ha come diretto destinatario il legislatore, cui è imposto un fine da perseguire: «al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, *tenuto conto dei limiti oggettivi* che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione *in relazione alle risorse organizzative e finanziarie* di cui dispone al momento»⁴⁴. Il limite preponderante che condiziona l'attività legislativa è quello delle disponibilità finanziarie; emerge il riferimento ad altri interessi di cui tenere conto in corso di bilanciamento, anche se a chi scrive pare che questi ulteriori fattori rimangano sullo sfondo, coperti da un velo d'ombra che non permette di distinguerne in alcun modo utile i tratti.

Si tratta solamente della prima occasione in cui la Corte si è misurata con i vincoli ai quali è sottoposto il diritto ai trattamenti sanitari, argomento che è stato sviluppato ulteriormente in numerose pronunce successive. Fra esse vale la pena di menzionare la sentenza n. 304/1994⁴⁵, in cui – nel rigettare le censure di incostituzionalità prospettate dal giudice *a quo* – vengono riprese le impostazioni della sentenza del 1990, che secondo la Corte sono espressione di giurisprudenza consolidata: il diritto ai trattamenti sanitari è garantito ad ogni persona alla luce dell'articolo 32 della Costituzione, grazie al bilanciamento che deve necessariamente essere operato dal legislatore con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti e soprattutto sulla base

⁴⁴ C. cost., sent. n. 455/1990, punto 3 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

⁴⁵ Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale, promosso dal TAR Campania, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 Cost., avente per oggetto principalmente un articolo della Legge Regionale n. 11/1984, concernente la prevenzione, cura e riabilitazione degli handicaps, che prevedeva la possibilità di ricorrere a strutture esterne solo per determinate prestazioni sanitarie, escludendo esplicitamente quelle curative con carattere di continuità e prolungate nel tempo.

della disponibilità delle risorse. Il principio viene poi specificato e chiarito ulteriormente: «al pari di ogni altro diritto costituzionale a prestazioni positive, il diritto a trattamenti sanitari, *essendo basato su norme programmatiche* che impongono al legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute, diviene per il cittadino “pieno e incondizionato” nei limiti in cui lo stesso legislatore, *attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti*, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie»⁴⁶.

All'interno di questa affermazione si legge quello che può essere considerato come una sorta di arretramento nell'interpretazione del diritto alla salute: viene ripresa la tesi della programmaticità della norma⁴⁷. Apparentemente, la Consulta lascia da parte la dimensione “fondamentale” e precettiva del diritto alla salute, poiché l'attuazione del diritto a ricevere trattamenti sanitari per il cittadino è inscindibile dall'intervento legislativo. Solo grazie ad esso, sarà possibile recuperare la pienezza e l'inviolabilità del diritto. Per tale ragione, al legislatore è affidato un compito particolarmente delicato: l'effettuazione di un bilanciamento nel quale vengano tenuti in considerazione tutti gli elementi rilevanti.

Nel valutare la ragionevolezza dell'ultima delle disposizioni impugnate, però, la Corte apre la nuova strada della tutela del nucleo irriducibile del diritto.

Nel caso di specie, si tratta semplicemente di un *obiter dictum*, utilizzato per fondare una dimostrazione *per absurdum*, ma che (forse senza che i giudici stessi se lo aspettassero) ha incontrato un ampio successo nella giurisprudenza successiva. Si trattava di valutare l'esclusione dall'assistenza in forma diretta di prestazioni sanitarie continuative e prolungate nel tempo. Il problema viene risolto per la non fondatezza della questione, dal momento che è ragionevole che nella sua attività di bilanciamento il legislatore tenga in considerazione i vincoli della finanza pubblica che, nel caso delle prestazioni oggetto della fattispecie, risulterebbe gravemente

⁴⁶ C. Cost., sent. n. 304/1994, punto 2 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

⁴⁷ Cfr. anche R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, cit., p. 530.

compromessa dalla loro stessa insostenibile onerosità. Il nucleo irriducibile del diritto alla salute emerge, nelle motivazioni della Corte, in qualità di *tara* di cui il legislatore si deve necessariamente servire nel corso del bilanciamento delle proprie scelte in ambito sanitario con le disponibilità economiche⁴⁸.

La dottrina della Corte è stata ulteriormente specificata in alcune pronunce successive. Preme in questa sede riportare i principi espressi nella sentenza n. 309/1999, il cui *thema decidendum* riguarda la rimborsabilità di spese sanitarie sostenute all'estero⁴⁹. Il caso si dimostra interessante poiché funge da occasione per delineare in termini più definiti quali siano gli elementi di cui il legislatore debba tener conto nel dare attuazione al diritto. Viene ripreso il principio del bilanciamento tra il diritto alla salute e le necessarie esigenze di equilibrio della finanza pubblica; a parere di chi scrive, la sentenza di cui ora si tratta segna un vero e proprio punto di non ritorno nella giurisprudenza della Corte. Nelle motivazioni emerge, infatti, con chiarezza il principio per cui i vincoli economici passano in secondo piano rispetto ad altri valori che devono orientare la scelta legislativa, dal momento che nel bilanciamento non possono assumere «un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»⁵⁰.

⁴⁸ «Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'invioabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa», C. cost., sent. n. 304/1994, punto 5 del considerato in diritto.

⁴⁹ C. cost., sent. n. 309/1999. Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 37 della L. n. 833/1978 e del DPR 618/1980 (sull'assistenza sanitaria dei cittadini italiani all'estero), nella parte in cui non prevedono l'assistenza sanitaria per i cittadini che si trovano all'estero per motivi diversi da studio o lavoro. Il giudice *a quo* dubitava della costituzionalità delle norme che escludevano dall'assistenza i cittadini che si recano all'estero per motivi familiari o di svago, rispetto agli artt. 2, 3, 32 Cost.

⁵⁰ C. cost., sent. n. 309/1999, punto 3 del considerato in diritto.

Si presenta infine l'occasione per la Corte di indicare – seppur in modo non del tutto definitivo – che cosa rientri nel concetto di «nucleo irriducibile». Nel caso di specie esso è ricondotto alla situazione economicamente disagiata del cittadino e viene pertanto posto in relazione con le condizioni di indigenza. Quest'ultima costituisce l'elemento indubbiamente assoluto del diritto fondamentale alla salute, da valutarsi in termini relativi, poiché la condizione in sé determina per i cittadini delle limitazioni nell'effettivo godimento di diritti⁵¹.

Da un lato, in effetti, attraverso questa decisione la Consulta ha contribuito a delineare più chiaramente il concetto di «nucleo irriducibile», legandolo a parametri concreti. D'altro canto, tuttavia, si può anche osservare con uno sguardo più critico che, in realtà, non è stato aggiunto molto a ciò di cui già si disponeva: sul fatto che la condizione di indigenza sia da valutare in termini relativi e non assoluti vi era già accordo ed era altrettanto acquisito che essa stessa meriti di ricevere dall'ordinamento una tutela di stampo “forte” poiché rientrante nella sfera “fondamentale” del diritto della salute.

Ciò che però si rivela interessante è che viene lasciata da parte la rigida distinzione tra dimensione sociale e dimensione assoluta del diritto alla salute, evitando di dipingere la fattispecie concretamente oggetto di pronuncia di bianco e nero. I giudici, piuttosto, riconducono al nucleo irriducibile un aspetto valutato come irrinunciabile e assoluto, dichiarando che le scelte ulteriori rispetto all'obbligo di garanzia in questi termini individuato spettano al legislatore nel corso della sua attività discrezionale.

Il punto è di particolare rilievo per la trattazione, poiché va a sostegno della tesi volta a superare la dicotomia tra diritti sociali e diritti fondamentali, almeno nell'ambito della tutela della salute. Nel discorso costituzionalistico appare più utile ricondurre la

⁵¹ La Corte si ferma qui: una volta individuato il principio che deve orientare l'attività legislativa, la Consulta opera un esplicito *self-restraint*, non potendosi occupare di indicare nel dettaglio i modi, i requisiti e le forme per dare attuazione ai diritti degli indigenti. Si tratta di elementi cui deve parametrarsi la discrezionalità legislativa, nei confronti della quale il giudice delle leggi dichiara deferenza. Cfr. punto 6 del considerato in diritto.

garanzia del diritto ad unità, evitando in tal modo di scinderne la portata o il contenuto in una molteplicità di aspetti che impediscono di afferrare in modo completo la materia. Il diritto alla salute comincia quindi a profilarsi come diritto certamente a fattispecie complessa, ma in sé unitario e caratterizzato da una variabilità nella gradazione della tutela che ad esso si può offrire.

In termini più operativi, il limite generale e assoluto che condiziona l'attività legislativa viene meglio identificato in una pronuncia dell'anno successivo, che si colloca in linea di assoluta continuità con le decisioni precedenti, all'interno del filone attraverso il quale si è proceduto a tracciare in modo più netto i confini del diritto alla salute.

Nella sentenza n. 509/2000⁵² vengono ripresi nuovamente i profili ritenuti dalla Corte fondamentali per orientare la scelta del legislatore nel momento in cui deve stabilire i limiti e i requisiti per l'accesso alle prestazioni sanitarie per i cittadini: ancora una volta si tratta del bilanciamento, imprescindibile e irrinunciabile, tra il diritto alla salute e gli «altri interessi costituzionalmente protetti», nel corso del quale bisogna tenere in considerazione i vincoli finanziari.

A chi scrive pare di osservare a questo punto un sensibile mutamento della prospettiva della Corte: mentre nella pronuncia del 1990 erano i fattori finanziari a guidare e condizionare (sopra tutti gli altri) le scelte del legislatore in campo sanitario, ora invece essi risultano passare sullo sfondo e assumono piuttosto

⁵² C. Cost., sent. n. 509/2000, resa in un giudizio di legittimità costituzionale, sollevato dal TAR Lombardia, sull'art. 7, secondo comma, della legge della Regione Lombardia n. 5/1975, in materia di assistenza ospedaliera, e sull'art. 2, comma 3, della legge della Regione Lombardia n. 36/1993, intitolata «Provvedimenti in materia di assistenza in regime di ricovero in forma indiretta presso case di cura private non convenzionate e per specialità non convenzionate con il servizio sanitario nazionale, nonché in materia di rimborsi per spese di trasporto ai soggetti sottoposti a trattamenti di dialisi». L'oggetto del giudizio è il rimborso per le spese sostenute per il ricovero in strutture non convenzionate; i parametri sono gli artt. 3 e 32 Cost. La Corte ha accolto la questione, sancendo l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, nella parte in cui non prevedono la possibilità di una valutazione *ex post* della rimborsabilità di prestazioni sanitarie di comprovata gravità ed urgenza per le quali non sia stato possibile richiedere l'autorizzazione *ex ante*.

prevalenza tutti gli altri valori costituzionali che si incontrano – e possono collidere – con l'esigenza primaria di tutela della salute. Per chiarire quanto si sta qui esprimendo, vale la pena di riprendere il passaggio della sentenza che dà conto del consolidato orientamento dei giudici costituzionali, ponendo in luce gli elementi testuali che permettono di sostenere quanto sopra espresso: «Va premesso che, secondo un principio desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte, il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto *con gli altri interessi costituzionalmente protetti*” [...]. Bilanciamento che, *tra l'altro*, deve tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, *restando salvo, in ogni caso*, quel “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”»⁵³.

In questi termini risulta superata l'accezione di diritto alla salute come (soltanto) finanziariamente condizionato dai limiti di spesa imposti dall'equilibrio finanziario, poiché emergono altri elementi che fungono da guida all'attività discrezionale del legislatore⁵⁴. La tutela effettiva del diritto alla salute non può mai essere l'automatica conseguenza di una decisione discrezionale. Essa, piuttosto, deve dimostrarsi

⁵³ C. cost., sent. n. 509/2000, punto 4 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto. Così anche R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 89, il quale tuttavia segue un ragionamento differente. Partendo dalla preponderanza della necessità di bilanciare la salute con parametri economici, arriva a riconoscere la necessità di prendere in considerazione altri fattori e valori che risultano tutti riconducibili al «solco» dell'art. 2 Cost.

⁵⁴ Accoglie invece la prevalenza dell'aspetto finanziario nell'attività di bilanciamento G. URBANO, *Diritto alla salute*, cit. p. 78. In questi termini, sulla necessità di mantenere l'equilibrio del sistema finanziario anche attraverso la riduzione o l'esclusione di determinate prestazioni sanitarie, si veda la sentenza n. 416/1995 della Corte costituzionale. Per alcune considerazioni riguardanti il peso che la crisi finanziaria e la necessità di imporre tagli alla spesa pubblica hanno giocato recentissimamente sulla tutela della salute, si rimanda al Capitolo successivo, in quanto si dimostreranno essere imprescindibili delle osservazioni circa il riparto di competenze legislative in campo sanitario.

coerente con il fine da raggiungere e con gli obiettivi che i poteri pubblici si propongono di perseguire, alla luce della valutazione di una pluralità di elementi e aspetti.

Gli altri fattori che devono essere tenuti in considerazione nel momento in cui l'attività legislativa è volta ad attuare e tutelare il diritto alla salute derivano tutti dall'impianto costituzionale: si tratta di valori che formano lo Stato sociale e costituzionale di diritto e con i quali la discrezionalità legislativa deve misurarsi. La giurisprudenza della Corte, pur riconoscendo la libertà del legislatore e dichiarando di non voler interferire con essa⁵⁵, ha talora indicato alcuni punti fermi che non possono essere tralasciati nel corso dell'esercizio del potere legislativo. Essi costituiscono comunque dei limiti e pare che possano essere ricondotti a quel nucleo irriducibile del diritto alla salute, di cui risulta tanto difficile la definizione in termini univoci e in cui rientra la tutela delle situazioni giuridiche soggettive qualificate dalla Costituzione come diritti. Attraverso questo assunto, la Consulta giunge a segnare un confine piuttosto netto del margine d'apprezzamento legislativo, individuando nell'obbligo di protezione del contenuto minimo del diritto lo spazio di "indisponibilità" dell'intervento del legislatore. Quello che però ne risulta non aiuta a indicare in termini certi l'effettivo spazio d'azione entro cui si muove chi fa le leggi: resterà comunque compito della Corte valutare caso per caso se tale discrezionalità si

⁵⁵ È un aspetto, questo, sul quale la Corte non transige: «alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato», C. cost., sent. n. 27/1998, punto 4.2 del considerato in diritto. La pronuncia riguarda le disposizioni relative all'indennizzo per i soggetti colpiti da danni irreversibili alla salute a seguito di vaccinazioni antipoliomelitica. Per un commento alla sentenza cfr. O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali : problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento : Corte cost. 26 febbraio 1998 n. 27*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, 2, pp. 1170 ss.

sia mantenuta entro i termini assegnati o se sia andata oltre quanto consentito. Il nucleo irriducibile è, se si vuole, definito attraverso una tautologia.

La vera novità introdotta dalla sentenza n. 27/1998 concerne però l'ambito di intervento della Corte stessa⁵⁶, che può censurare un intervento legislativo che abbia avuto come effetto la compressione del livello minimo dei diritti costituzionali, ma che non può andare oltre: qualora infatti una legge risulti essere rispettosa del contenuto minimo, le determinazioni in essa contenute non possono essere valute solamente in termini di costituzionalità o incostituzionalità, rientrando nel margine d'apprezzamento attribuito alla discrezionalità legislativa. La Consulta dovrà svolgere una valutazione di ragionevolezza della scelta del legislatore, che potrà essere annullata qualora risulti manifestamente irragionevole in rapporto a soluzioni analoghe.

1.3.2. Il nucleo irriducibile e la dignità umana

Nonostante la giurisprudenza della Corte abbia oscillato tra una concezione più forte del condizionamento finanziario ed una più debole⁵⁷, vi è un elemento di coerenza nella prospettiva adottata: non può mai essere compresso il nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana.

La dignità umana, come principio orientatore dell'intero dettato costituzionale, viene identificata dalla Corte come limite alla compressione, da parte del legislatore, delle pretese e dell'accesso alle prestazioni sanitarie per gli individui, segna il confine tra il nucleo irriducibile del diritto alla salute e lo spazio di discrezionalità per la determinazione in concreto dei suoi contenuti da parte del legislatore.

⁵⁶ Nella sentenza n. 27/1998, infatti, risulta definito il «regolamento di giurisdizione» tra Corte costituzionale e legislatore, senza comprimere le valutazioni frutto di processi politici. In questi termini cfr. anche G. SCACCIA, *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 3, p. 540.

⁵⁷ Cfr. R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5398.

All'interno di quest'ambito, l'attività legislativa o amministrativa non è del tutto libera e discrezionale, in quanto vincolata ad alcuni fattori imprescindibili. Il primo di essi è costituito dalla disponibilità delle risorse finanziarie ed è di – quasi – certa identificazione, mentre quelli ulteriori sono individuabili attraverso la richiesta di un intervento che non sia manifestamente irragionevole e che si ponga in linea di coerenza con i valori, anche etici e morali, sui quali lo Stato si fonda e che rispetti, sempre e comunque, il contenuto minimo dei diritti fondamentali, che viene fatto coincidere con un non ben identificato «nucleo irriducibile» degli stessi.

Ciò che costituisce la vera sfida, a livello costituzionale, è proprio la determinazione, *rectius* definizione, del «nucleo irriducibile». A parere di chi scrive, esso non pare poter essere equiparato ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m), Cost., poiché si tratterebbe di qualcosa di ancor più forte, di realmente irrinunciabile, non sottraibile in alcun modo all'individuo da parte del potere statale⁵⁸. In questo senso, il «nucleo irriducibile» potrebbe essere accostato alla dimensione realmente fondamentale del diritto alla salute, quel contenuto del diritto che non si presta a bilanciamenti con la disponibilità di risorse finanziarie. Si tratta di quella parte di contenuto del diritto che, se negato, porta a una lesione della dignità umana. Per potersi avvicinare maggiormente alla comprensione del concetto è dunque opportuno indagare, seppur senza pretese di esaustività, in che cosa si concretizzi la lesione della dignità umana.

Il principio di dignità umana, che può essere considerato come valore e criterio su cui si fonda tutto l'ordinamento, come super-valore costituzionale⁵⁹ e come clausola generale di tutela⁶⁰, presenta un profilo contenutistico che si presta a mutevolezza: esso si forgia, si piega e si modifica in relazione al soggetto al quale si riferisce. Si è

⁵⁸ Sulla possibilità di differenziare il concetto di «nucleo irriducibile» da quello di «livelli essenziali delle prestazioni» di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. si tornerà in modo più diffuso nel Capitolo secondo.

⁵⁹ Così anche A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, pp. 224 ss.

⁶⁰ A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007, pp. 107 ss.

parlato in tal senso di dignità umana come concetto *relazionale*⁶¹, proprio perché esso si presenta come un contenitore da riempire in modo differente non solo a seconda del contesto storico, sociale, economico e culturale in cui si opera, ma anche e soprattutto in relazione alla concezione che l'individuo ha di se stesso, alle proprie aspirazioni e alla volontà di porsi in rapporto con il mondo che lo circonda. Pur assumendo colori e caratteri differenti, tuttavia, la dignità umana mantiene la propria forza di principio cardine del sistema, di criterio orientatore e di base dalla quale far scaturire la tutela in concreto dei diritti fondamentali, in quanto ad esso può essere ascritto quel minimo comune denominatore di accordo fra tutti i consociati.

Se inteso in questi termini, pertanto, il concetto di dignità umana non contribuisce ad identificare in termini univoci il contenuto del nucleo irriducibile del diritto alla salute, poiché la risultante dei fattori presi in considerazione porta a ritenere prevalente non soltanto la concezione di dignità umana che ogni singolo individuo ha di se stesso, in termini soggettivistici, ma anche, come conseguenza la sua stessa salute, intesa come modo di espressione della dignità. Si crea così un vero e proprio circolo argomentativo, che non permette però di indicare con certezza che cosa sia incluso o escluso dal livello minimo di tutela del diritto. In questi termini, però, si può affermare come una tale vaghezza possa permettere ai giudici della Corte di recuperare un potere di controllo esteso e completo sull'attività legislativa, in quanto essi potranno valutare caso per caso se l'attività oggetto di decisione possa ricondursi al nucleo irriducibile oppure sia ulteriore rispetto ad esso. Nel primo caso, il giudizio si risolverà in termini di – eventuale – compressione o violazione di un diritto tutelato dalla Costituzione, mentre nel secondo caso sarà limitato al vaglio della manifesta irragionevolezza. In tali termini, dunque, la Corte, proprio ponendo dei limiti all'estensione del proprio giudicato, ne riesce a recuperare la portata globale.

⁶¹ A questo proposito si vedano, ad esempio, M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3, pp. 2414 ss.; G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, pp. 39 ss.; G. ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, in *Ib.*, pp. 57 ss.; M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010, pp. 275-276.

1.4. Il contributo alla definizione del nucleo irriducibile attraverso la molteplicità di contenuti

Il modo attraverso il quale risulta possibile delineare, anche se solo parzialmente, il contenuto di quel livello minimo e indefettibile di tutela del diritto alla salute è l'approccio casistico, per le considerazioni sopra espresse. In particolare, vi sono due tematiche che si sono dimostrate particolarmente efficaci per la determinazione e possono essere individuate nella relatività del concetto di indigenza e nel riconoscimento del diritto a ricevere prestazioni sanitarie anche oltre i limiti dello *status civitatis*⁶².

Prendendo in primo luogo a riferimento il principio della gratuità delle cure per coloro che non dispongano di mezzi sufficienti, può essere interessante rilevare come sia a livello dottrinale sia a livello giurisprudenziale sia stata accolta, praticamente in modo univoco, una nozione «relativa» del concetto di indigenza: essa infatti dipende da alcuni criteri esterni rispetto alla situazione economica soggettiva, quali il costo delle terapie e la loro importanza per il paziente.

Su questo profilo si erano già concentrati, seppur in una prospettiva puramente teorica, gli interventi dottrinali di poco successivi all'entrata in vigore del testo costituzionale, soprattutto con riguardo all'interpretazione della garanzia di cure gratuite agli indigenti: alla perifrasi si tendeva, generalmente, ad attribuire la portata di diritto soggettivo, i cui destinatari vanno individuati non solamente nei cittadini, bensì in tutti gli individui, che hanno pertanto il diritto ad ottenere l'assistenza sanitaria se provano la loro condizione di indigenza⁶³.

Colpisce, in particolare, notare come in tempi in cui al problema della scarsità delle risorse finanziarie, limite significativo alla possibilità di garantire prestazioni sanitarie, non era attribuito lo stesso peso che riveste attualmente, l'indigenza venisse già letta in un'accezione relativa, atta ad essere differentemente considerata a seconda

⁶² Questo tema sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo 3 del presente Capitolo.

⁶³ In questa prospettiva A. GIANNINI, *La tutela della salute*, cit., p. 821.

della situazione soggettiva dell'individuo rispetto alla sua situazione clinica⁶⁴. Riconoscere il valore di diritto soggettivo all'ultimo inciso dell'art. 32 fungeva nei primi decenni di attuazione della Costituzione, come veicolo per recuperare, almeno parzialmente, la valenza *precettiva* della norma e, di conseguenza, di un diritto che altrimenti veniva considerato semplicemente come un'indicazione rivolta al legislatore⁶⁵.

Sono passati decenni prima di incontrare compiutamente l'applicazione della *relatività* della condizione di indigenza⁶⁶ ad opera della giurisprudenza costituzionale. Si tratta, comunque, di una fattispecie concreta tanto peculiare da distinguersi nel panorama delle pronunce della Consulta in tema di diritto alla salute per essere quasi unica.

Il riferimento è alla nota pronuncia della Corte costituzionale sull'ammissione di alcuni pazienti oncologici alla cd. multiterapia Di Bella⁶⁷: in virtù delle aspettative che i più recenti ritrovati della scienza medica possono far sorgere nei pazienti affetti

⁶⁴ Sul punto A. GIANNINI, *La tutela della salute*, cit., p. 821.

⁶⁵ Si badi, però, che, come viene efficacemente sottolineato in L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, cit., p. 114, il fatto che ad una disposizione sia attribuito carattere programmatico, non ne indebolisce necessariamente la forza normativa, dal momento che i precetti in essa contenuti comprendono pur sempre dei vincoli che, invece che intervenire in modo diretto su una materia, pongono un obbligo per i poteri pubblici a regolare il tema, incidendo in modo significativo sulla materia stessa. A rafforzare tale tesi, l'Autrice nota come la violazione da parte del legislatore di un precetto costituzionale, anche se di valore programmatico, determinerebbe comunque l'incostituzionalità dell'intervento.

⁶⁶ L'accezione relativa della condizione di indigenza pare essere l'unica che sia realmente sostenibile alla luce di una lettura sistematica del testo costituzionale. Interpretazioni più rigide del concetto appaiono essere in contrasto con il principio personalista e d'uguaglianza sostanziale, su cui si fonda la Repubblica. Così anche B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., p. 26: «La nozione di indigenza che qui si ricava non può essere rigidamente predeterminata, con riferimento, ad esempio, alla iscrizione negli elenchi comunali dei poveri, o ad un determinato reddito minimo; al contrario, solo una nozione di *indigenza relativa*, cioè commisurata ai costi, variabili e spesso assai elevati, degli interventi diagnostici o terapeutici necessari, può rilevarsi coerente».

⁶⁷ Si tratta della sentenza n. 185/1998. Si avrà modo di tornare sulla sentenza anche *infra*, in merito al peso che le valutazioni medico-scientifiche giocano nell'ambito di intervento dei giudici.

da patologie tumorali, per i quali non esistano valide alternative terapeutiche, è ammesso dalla Corte l'accesso per i soggetti interessati ai trattamenti inclusi nella multiterapia, a carico del Servizio sanitario nazionale. La Consulta giunge a queste conclusioni valutando tali aspettative come «comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute»⁶⁸, che non può in alcun modo dipendere, a giudizio del Giudice delle leggi, dalla situazione economica soggettiva. Per tale ragione, viene disposto che, in applicazione del principio d'uguaglianza, hanno diritto a ricevere la terapia a carico del SSN anche quei pazienti, non ammessi alla sperimentazione, per i quali non vi siano valide alternative mediche, che «non sono nelle condizioni di affrontare i relativi costi a causa di insufficienti disponibilità economiche»⁶⁹.

Appare chiaro come un intervento di tal fatta della Consulta costituisca (pur tenendo presente la natura del tutto eccezionale della fattispecie) un esempio concreto di intervento volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale tra i cittadini⁷⁰.

⁶⁸ C. cost., sent. n. 185/1998, punto 8 del considerato in diritto.

⁶⁹ C. cost., sent. n. 185/1998, punto 10 del considerato in diritto.

⁷⁰ Negli stessi termini può essere valutata anche la sentenza n. 309/1999 (su cui *supra*), in tema di rimborso di spese per prestazioni sanitarie sostenute da cittadini italiani che si trovano all'estero per motivi diversi da studio e lavoro e ai quali viene riconosciuta una situazione di *indigenza relativa*. In questa prospettiva, in riferimento al caso Di Bella, cfr. C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. III, Torino 2006, p. 1105, ove si osserva che «si va facendo strada un ragionamento che porta a considerare la tutela della salute [...] come un elemento essenziale della personalità umana, e non soltanto di questa». A questo proposito, desta alcune perplessità una recente pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 325/2011), con la quale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima una disposizione legislativa regionale che ampliava il novero delle categorie di soggetti esenti dal pagamento del ticket sulle visite specialistiche. Si avrà modo di tornare sulla pronuncia più diffusamente *infra*, nel Capitolo II. Al momento, interessa segnalare che, probabilmente a causa del particolare contesto economico attuale, vi sia il rischio di perdere di vista la necessità di offrire una maggior tutela a situazioni soggettive di svantaggio.

La «vocazione espansiva»⁷¹ del diritto alla salute deriva dal legame tra l'articolo 32 e i principi fondamentali che orientano la Repubblica, sanciti agli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale, nonché alle caratteristiche dello Stato sociale di diritto italiano⁷².

2. Profili costituzionali relativi al diritto alla salute in Spagna

La comparazione delle previsioni costituzionali relativamente al diritto alla salute in Italia e Spagna è resa agevole non solamente dal dato positivo, ovvero la presenza in ambedue le Carte costituzionali di un articolo espressamente dedicato al tema, ma anche e soprattutto dall'impianto dello Stato costituzionale di diritto dei due Paesi. In entrambi i contesti, infatti, ci si trova dinanzi a una tradizione di *Welfare State* assai radicata, senza dubbio connessa alla lettera della fonte suprema, ma la cui effettività è frutto dell'attuazione legislativa, amministrativa e non solo⁷³.

Un ulteriore elemento di vicinanza attiene all'organizzazione del sistema di assistenza sanitaria, di impianto pubblicistico, con finanziamenti provenienti dalla fiscalità generale. In tal senso, a livello dottrinale, si è dimostrato come entrambi i sistemi sanitari possano essere ricondotti al cosiddetto «paradigma mediterraneo»,

⁷¹ C. Cost. sent. n. 309/1999.

⁷² Cfr. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, pp. 3 ss., *passim*. Sulla garanzia del diritto alla salute per gli indigenti e sulla necessità di un collegamento tra questo e i principi personalista, di autodeterminazione e di rispetto della dignità umana, cfr. A. GIORGIS, *Il (controverso) ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione del diritto degli indigenti in materia di tutela della salute*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, p. 156.

⁷³ La configurazione dello Stato sociale di diritto è particolarmente forte nel contesto spagnolo, in virtù della previsione dell'articolo 1, comma 1 della Costituzione: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», sul cui significato si veda S. BASILE, *Valori superiori*, in E. GARCIA DE ENTERRIA, A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, pp. 241 ss.; il medesimo valore viene recuperato a livello costituzionale in Italia attraverso il combinato disposto dai primi tre articoli della Carta.

insieme degli elementi comuni che connotano l'organizzazione sanitaria nella regione mediterranea dell'Europa⁷⁴.

L'articolo 43 della Costituzione spagnola (CE) del 1978 riconosce il diritto alla protezione della salute, attraverso una formula allo stesso tempo sintetica e aperta a interpretazioni evolutive, a seconda del contesto storico in cui la norma trova applicazione⁷⁵:

- «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

Nel contesto spagnolo, si tratta della prima affermazione dal punto di vista positivo e a livello costituzionale di una garanzia tanto forte per il bene salute, che non rappresenta però una novità assoluta. Vale la pena di ricordare brevemente come si giunse a tale statuizione, che da un lato trae sicuramente origine dalla tradizione giuridica nazionale precedente e, dall'altro lato, risulta essere il frutto dell'importazione in Spagna del modello italiano. Così come in altri contesti statali, il processo di positivizzazione dei diritti sociali a livello costituzionale è la risultante di una progressiva evoluzione dello Stato costituzionale⁷⁶, nella quale il concetto di

⁷⁴ Sul «paradigma mediterraneo», cfr. E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, p. 249; J. FIGUERAS, E. MOSSIALOS, M. MCKEE, F. SASSI, *Health care systems in Southern Europe: is there a Mediterranean paradigm?*, in *International Journal of Health Sciences*, 1994, pp. 135 ss. I tratti caratterizzanti tale paradigma sono infatti riscontrabili all'interno dei sistemi italiano, spagnolo e greco, accomunati da una parallela evoluzione dell'organizzazione sanitaria e dalla generale condivisione dei principi che ne costituiscono le fondamenta.

⁷⁵ In termini analoghi si esprime anche J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, in *Derecho y Salud*, 2008, 16, p. 29.

⁷⁶ Per quanto attiene alla tradizione giuridica precedente alla Costituzione del 1978, si possono riscontrare alcuni richiami al bene salute e alla sua protezione anche nei testi di rango costituzionale

eguaglianza, dapprima connotato solamente in termini di principio di non discriminazione, si è arricchito anche di tutti quei fattori che hanno contribuito a dipingere il complesso quadro dell'eguaglianza sostanziale. I diritti attinenti alla sfera economica e sociale della persona umana, dunque, si pongono nel discorso costituzionale come enunciati necessari a realizzare il pieno sviluppo dell'individuo, singolarmente inteso e posto in relazione con i consociati, motore della realizzazione in concreto di un'eguaglianza nella quale le diversità siano tessere che donano al mosaico una molteplicità di sfumature di colore e tonalità.

Prima della Costituzione del 1978, il riconoscimento di un certo livello di protezione della salute per i cittadini spagnoli passava attraverso i principi legati alla tutela del lavoratore; per questa ragione, le obbligazioni statali che sorgevano da tali disposizioni costituivano la positivizzazione delle istanze affermate con la cosiddetta “questione sociale”. L'impegno statale nella garanzia della salute è ancora – in questa fase – allo stadio embrionale. Si potrà parlare di una compiuta transizione verso lo Stato sociale propriamente inteso soltanto dopo il passaggio da una politica sociale «settoriale», limitata al rapporto di lavoro e alla tutela di determinate categorie di individui, ad una politica sociale generalizzata, in cui la salute diviene il bene oggetto della tutela offerta dallo Stato, a prescindere dalle condizioni individuali dei destinatari delle azioni statali. In quest'ottica, il fulcro dell'intervento statale è la salute in sé e per sé considerata, indipendentemente dalle singole posizioni giuridiche dei beneficiari e si caratterizza per l'universalità della protezione offerta, pur nel mantenimento di alcune politiche specifiche o indirizzate a particolari categorie di soggetti, al fine di rimuovere gli ostacoli che impediscono il godimento di una piena

precedenti. Il primo riferimento si trova nel comma secondo dell'articolo 28 dell'*Anteproyecto de Constitución de la Monarquía* del 1929, relativo al contratto di lavoro. In esso si legge che tutti, spagnoli o stranieri, hanno diritto a contrattare liberamente le proprie condizioni di lavoro; pertanto, non verrà ritenuto valido un contratto nel quale vengono previste condizioni di lavoro nocive per la salute. Il comma quinto dello stesso articolo, inoltre, pone un'obbligazione in capo allo stato finalizzata alla conservazione della salute e della capacità lavorativa degli individui. Nella Costituzione del 1931 (art. 43, co. 6) si rinviene nuovamente un'obbligazione statale volta alla garanzia di assistenza ad anziani e malati e alla protezione dell'infanzia e della maternità.

uguaglianza fra le persone⁷⁷. Tale passaggio fu sancito esplicitamente con l'adozione della Costituzione spagnola nel 1978.

Non vi è dubbio che il costituente iberico, al momento della redazione dell'art. 43, si sia ispirato al dettato dell'articolo 32 della nostra Costituzione e che avesse in animo anche l'incorporazione dei principi sanciti dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, soprattutto in riferimento alla definizione di salute. Uno degli elementi di comunanza tra le omologhe previsioni costituzionali dei due ordinamenti attiene, ad esempio, alla rispettiva collocazione all'interno della fonte suprema: ambedue le disposizioni sono infatti contenute nel titolo relativo ai diritti economico-sociali, con una differenza, apparentemente solo superficiale, che ha tuttavia alimentato la fiamma del dibattito dottrinale spagnolo circa la reale natura del diritto. L'art. 32 della Costituzione italiana, nonostante la posizione e nonostante, comunque, la necessità di superare alcune interpretazioni dottrinali che tendevano a limitarne il significato⁷⁸, riesce a recuperare una dimensione ulteriore della salute, qualificandola come «diritto fondamentale». La medesima argomentazione non può però essere estesa al contesto iberico in quanto il dato testuale non è presente nell'art. 43 CE, il quale per tal ragione risulta essere un diritto sociale puro e semplice.

Tale scelta del Costituente è stata però criticata sin dall'origine, anche da autorevole dottrina: «Non è, invece, per nulla razionale che qui [nel terzo capitolo della Costituzione] sia collocato il diritto alla salute, perché nulla impedisce nell'assetto economico la garanzia in proposito di un vero e proprio diritto da parte di un apposito servizio sanitario pubblico, così come è garantito il diritto all'istruzione. Noterei anzi, a quest'ultimo proposito, che l'istruzione è esigenza importante per la persona, ma la salute lo è di più: è la base di tutto, esigenza primaria se mai ce ne è una. Sarebbe stato quindi razionale collocare il diritto alla salute accanto al diritto alla istruzione nello stesso secondo capitolo e nella stessa prima sezione»⁷⁹. L'autore

⁷⁷ Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bologna, 1989, p. 61; M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, III ed., Madrid, 1982, pp. 18-19.

⁷⁸ Cfr. *supra*, par. 1.

⁷⁹ Così S. BASILE, *Valori superiori*, cit., p. 268.

giunge a giustificare la scelta in virtù della non esistenza, durante il periodo costituente, di un servizio sanitario pubblico; un servizio scolastico, diversamente, esisteva ed era già operativo.

2.1 Il diritto alla salute come fattispecie complessa, a cavallo tra diritto di libertà e diritto sociale

La dottrina spagnola, soprattutto di vocazione amministrativistica⁸⁰, tende a inserire il diritto costituzionale alla salute nella categoria dei diritti di prestazione, facendo leva sul secondo comma della disposizione⁸¹. Aderendo a siffatta impostazione, tuttavia, pare arduo poterne recuperare la dimensione di diritto soggettivo, dal momento che al singolo non potrebbe essere riconosciuta alcuna pretesa, se non quella che i poteri statali adottino gli strumenti necessari all'attuazione della Costituzione.

Viene dunque da chiedersi se, nel contesto spagnolo, il diritto alla salute possa essere configurabile solamente come diritto sociale, e se da tale assunto derivi la necessaria subordinazione del godimento effettivo del diritto per i cittadini all'attuazione che ad esso viene data dai poteri dello Stato. A chi scrive, tale impostazione pare superabile, alla luce anche della lettura sistematica del testo costituzionale e grazie alla comparazione, strumento che permette al giurista di misurare quanto il diritto sia in concreto reso effettivo, a prescindere dai limiti che derivano dall'imposizione di etichette da parte della sistematica costituzionale.

A ciò è da aggiungere anche il fatto che è stata la stessa dottrina spagnola, di poco successiva all'entrata in vigore della Costituzione, a proporre il superamento della

⁸⁰ Si tiene a far notare che nel panorama dottrinale spagnolo, l'articolo 43 della Costituzione e quanto concerne il diritto alla salute è stato solamente in modo limitato oggetto di approfondimento da parte dei costituzionalisti. I contributi maggiormente significativi provengono dalle famiglie di diritto amministrativo. L'Autore che sicuramente ha contribuito in modo più proficuo allo studio e allo sviluppo del tema, pubblicando con continuità nell'arco di più di un ventennio è Juan Maria Pemán Gavin, attualmente professore di diritto amministrativo all'Università di Lleida.

⁸¹ In termini meramente ricognitivi, cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, Pamplona, 2005, p. 24.

questione relativa alla programmaticità o prescrittività della norma, che invece aveva caratterizzato l'iniziale dibattito costituzionale italiano. Facendo leva sulla teoria del valore normativo della Costituzione, infatti, si è affermato – ed ha trovato subito seguito ed approvazione – l'argomento della vincolatività dell'intero testo costituzionale per tutti i soggetti nell'ordinamento. Attraverso tale strada, dunque, è stato possibile scalzare, almeno in parte, l'interpretazione dell'art. 43 Cost. che ne fa dipendere la concreta portata all'attuazione ad esso data dal legislatore. Pertanto, il diritto alla protezione della salute spetta a tutti a prescindere dall'intervento legislativo; inoltre, tutti i pubblici poteri hanno il dovere di rispettarlo e di garantirlo⁸².

In definitiva, dunque, il diritto costituzionale alla salute non va inteso come limitato alla lettera dell'articolo 43. Va operata una lettura sistematica dell'intero testo

⁸² Vale la pena di riportare quasi per intero il passaggio di uno dei maggiori costituzionalisti spagnoli: «Il primo punto da stabilire con assoluta certezza è che tutta la Costituzione ha valore normativo immediato e diretto [...]. Questa soggezione, o vincolo, è una conseguenza del suo carattere normativo da un lato; dall'altro la costituzione, precisa quel testo, è parte dell'ordinamento giuridico e propriamente – dobbiamo aggiungere – la sua parte originaria e fondamentale, quella che esprime i valori superiori dell'ordinamento giuridico enunciati nell'art. 1 della stessa costituzione e sviluppati nei suoi articoli. Infine, il vincolo normativo della costituzione tocca tutti i cittadini e tutti i poteri pubblici, senza eccezione alcuna (e non solo il potere legislativo con mandato e direttive che solo ad esso spetta svolgere – tesi tradizionale del carattere programmatico della costituzione –), e , fra i pubblici poteri, tutti i giudici e i tribunali, non solo il tribunale costituzionale». Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, *La costituzione come norma giuridica*, in E. GARCIA DE ENTERRIA, A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, pp. 93 ss. Per onestà intellettuale, va indicato anche un riferimento dottrinale (altrettanto autorevole) che viene generalmente contrapposto a quello appena indicato. Si tratta di A. NIETO, *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, in *Revista de administración pública*, 1983, 100-102, p. 371. L'Autore espone la propria teoria sulle norme costituzionali come *norme incomplete*, così volute dal costituente, con un atto *deliberato*, che rinvia a successiva attuazione, per poter adeguare il testo alla variabilità e contingenza del contesto in cui tali norme trovano concreta attuazione. A parere di chi scrive, però, questo orientamento non indebolisce la tesi che si sta dimostrando, dal momento che, come indicato anche a pag. 393 dell'articolo, tale condizione delle norme costituzionali non vale a escluderne la natura di norme giuridiche (seppur in attesa di essere “completate”).

costituzionale, che permetta di collegare tale disposizione anche a quanto previsto dall'articolo 1, in riferimento allo Stato sociale di diritto, e alle ulteriori norme costituzionali che prevedono la protezione di beni giuridici intrinsecamente vincolati al bene salute. Ci si trova così dinanzi a una molteplicità di possibili combinazioni, attraverso le quali si giunge a dipingere il complesso quadro di garanzie del diritto alla salute.

In tal senso è utile la giurisprudenza del Tribunale costituzionale: se si considera il solo articolo 43 della Costituzione⁸³, non si incontrano pronunce particolarmente significative, poiché frequentemente il Giudice delle leggi spagnolo ha fatto ricorso ad altri parametri di costituzionalità, pur nel garantire tutela al diritto alla salute o ad alcuni particolari aspetti contenutistici dello stesso⁸⁴. Le disposizioni a tal fine richiamate sono state più frequentemente quelle degli articoli 10 e 15, relative rispettivamente alla tutela della dignità umana e al diritto alla vita e integrità fisica. Tale profilo interpretativo contribuisce a rafforzare la tesi che ci si propone qui di dimostrare in chiave comparata: la necessità di superare la distinzione tra diritti fondamentali e diritti sociali, almeno per quanto attiene alla tutela della sfera della salute dell'individuo. A parere di chi scrive il fattore fondamentale per giustificare l'apparente carenza di giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute, se si considera semplicemente l'art. 43, sta nel fatto che quest'ultimo è escluso dal *recurso*

⁸³ Di questo avviso anche G. ESCOBAR ROCA, *Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales*, versione provvisoria della relazione presentata al IX Congresso dell'Associazione dei Costituzionalisti spagnoli, "Derechos sociales y principios rectores", Santa Cruz de Tenerife, 27-28 gennaio 2011, originariamente disponibile all'indirizzo internet www.acoes.es. Sul *recurso de amparo* nella Costituzione spagnola, in termini generali, si veda J.L. CASCAJO CASTRO, V. GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Madrid, 1985.

⁸⁴ A mero titolo esemplificativo si possono ricordare le pronunce sul rifiuto di ricevere trasfusioni di sangue per motivi religiosi (Trib. cost., sent. n. 166/1996 e Trib. cost., sent. n. 154/2002), sulla parziale depenalizzazione dell'aborto (Trib. cost., sent. n. 53/1985), sull'alimentazione forzata di detenuti in sciopero della fame (Trib. cost., sent. n. 120/1990), ecc. Si veda J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, in *Derecho y Salud*, 2008, 16, pp. 50 ss.; R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, in *Derecho y salud*, 2010, 19, p. 11, *passim*.

de amparo. Per tale ragione, è più frequente incontrare sentenze che abbiano pur sempre ad oggetto la tutela del bene salute, ma nelle quali i parametri siano altri articoli della Costituzione, generalmente le previsioni sulla tutela dell'integrità fisica e del diritto alla vita.

Con finalità puramente esemplificative, vale la pena di richiamare una recente pronuncia del Tribunale costituzionale, la numero 62 del 2007, concernente il *recurso del amparo* di una donna, veterinario presso il servizio sanitario pubblico, per violazione degli articoli 15 e 24 della Costituzione spagnola⁸⁵. Nel risolvere la questione, con riferimento al profilo relativo alla tutela della salute della ricorrente, il Tribunale costituzionale, riprendendo la propria giurisprudenza, ricorda come sia stata riconosciuta anche la dimensione «positiva» del diritto all'integrità fisica, collegata al principio del libero sviluppo della persona umana. Ne consegue che la tutela offerta dall'ordinamento non copre solamente le indebite interferenze nel diritto, ma garantisce anche una protezione rispetto a tutti quei rischi che emergono in relazione al diritto all'interno di una società tecnologicamente avanzata⁸⁶. A questo

⁸⁵ Tribunal constitucional, sent. 27 marzo 2007, n. 62. La fattispecie, in breve, era la seguente: alla donna, già veterinario nel servizio sanitario andaluso, venivano assegnate nuove funzioni presso un macello nella stessa area. Per tale ragione, presentò ricorso avverso l'assegnazione, sostenendo che l'amministrazione aveva ommesso di prendere in considerazione i rischi connessi all'attività lavorativa (considerata pericolosa) avendo riguardo al suo avanzato stato di gravidanza. In seguito alla sentenza con cui si rigettava il suo ricorso, la donna propone un *amparo* al Tribunal constitucional, sulla base del fatto che l'omissione da parte dell'amministrazione costituiva una lesione *inter alia* del diritto alla vita e all'integrità fisica proprio e del nascituro, come previsto dall'art. 15 della Costituzione. La sentenza è commentata in G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, 82, p. 53.

⁸⁶ Per la precisione, in questo passo, il Tribunale richiama la sentenza 24 maggio 2001, n. 119, quinto fondamento giuridico, nella quale si legge: «Partiendo de la doctrina aquí expuesta en apretada síntesis, debemos señalar que *estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad*, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (Trib. cost., sent. n. 12/1994, de 17 de enero, FJ

principio se ne aggiunge un altro, ancora più significativo per il tema che si sta ora sviluppando, in base al quale il diritto a che il bene giuridico salute non subisca danni o pregiudizi rientra nell'alveo dell'art. 15 della Costituzione, entro la tutela dell'integrità fisica. In altre parole, la protezione della salute (in questo contesto intesa nel senso di tutela preventiva della salute di una gestante) nel discorso costituzionale spagnolo passa attraverso la tutela dell'integrità fisica, che pare fungere da canale atto a condurre al riconoscimento e alla protezione di un bene giuridico fondamentale per l'ordinamento, che non sarebbe possibile nel caso in cui il parametro fosse solamente costituito dall'art. 43 Cost.: la mancata valutazione della situazione soggettiva della ricorrente e la conseguente esposizione a un rischio per la salute sia della donna sia del nascituro costituiscono una violazione diretta dell'articolo 15⁸⁷.

Il fatto che il Tribunale costituzionale abbia collegato al diritto all'integrità fisica, al diritto alla vita, o alla tutela della dignità umana problemi giuridici connessi con il diritto alla salute, vale a suffragare l'argomento della impossibilità di distinguere in modo netto la dimensione sociale e quella fondamentale della salute, intesa come bene giuridico complesso strettamente attinente alla persona. Essa è un elemento che forgia l'identità, prima ancora che l'autodeterminazione dell'individuo: ne deriva l'impossibilità di una compressione della sua tutela⁸⁸.

6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, *sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada*». Corsivo aggiunto.

⁸⁷ Tribunal constitucional, sent. 27 marzo 2007, n. 62. Si vedano in particolar modo i fondamenti giuridici quinto e sesto.

⁸⁸ In questa prospettiva, valgono a rafforzare l'argomentazione le pronunce del Tribunale costituzionale sopra menzionate. In esse (soprattutto quando si tratta di un ricorso d'*amparo*) è evidente già a prima vista come sia semplice istituire un legame tra l'articolo 15 della Costituzione spagnola e il diritto alla salute. In particolare, sono rilevanti: Trib. cost., sent. n. 120/1990, del 27 giugno, FJ 8; Trib. cost., sent. n. 35/1996, dell'11 marzo, FJ 3; Trib. cost., sent. n. 119/2001, del 24 maggio, FJ 5 e FJ6; Trib. cost., sent. n. 5/2002, del 14 gennaio, FJ 4. Cfr. R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, cit., *passim*.

Oltre al collegamento con le previsioni relative ai diritti fondamentali, nell'ambito del Capitolo II della Costituzione, compaiono altre disposizioni, soprattutto nella sezione dedicata ai diritti sociali, che valgono a rafforzare e tutelare ulteriormente il bene giuridico salute, andando a configurare obbligazioni statali finalizzate alla sua garanzia. Indicative sono, ad esempio le previsioni dell'art. 40, co. 2, sull'obbligazione delle pubbliche autorità di vigilare per la sicurezza e l'igiene sul lavoro, dell'art. 49, sulla politica per le disabilità, e l'art. 50, sulla promozione di un sistema di servizi sociali per la terza età⁸⁹.

Giungendo, poi, a focalizzare l'attenzione sul particolare aspetto del diritto alla salute concernente la richiesta e l'ottenimento di prestazioni sanitarie, la difficoltà di incasellare il diritto entro le tradizionali categorie dei diritti fondamentali o sociali pare emergere più distintamente, stante l'impossibilità della compilazione di un catalogo di prestazioni *fondamentali* in termini univoci e certi⁹⁰.

La questione attiene alla determinazione in concreto del diritto alla salute: il *quantum* prestazionale offerto dall'ordinamento contribuisce a integrare non soltanto le disposizioni costituzionali, ma anche quelle legislative. I trattamenti sanitari garantiti a livello nazionale nel contesto spagnolo sono indicati in via legislativa dalla legge n. 16/2003⁹¹ e dal Regio Decreto n. 1030/2006⁹² con il quale è stata stabilita la carta dei servizi comuni per il Sistema Nacional de Salud.

In sintesi, il sistema è così concepito: la legge prevede che l'accesso alle prestazioni sanitarie avvenga in condizione di *effettiva eguaglianza* tra i destinatari⁹³ e che sia previsto un catalogo di prestazioni per garantire le condizioni fondamentali di

⁸⁹ Oltre ad essi, significativi possono essere anche i richiami rispettivamente all'art. 51 sulla tutela del consumatore e all'art. 45, dedicato alla protezione dell'ambiente.

⁹⁰ L'utilizzo dell'aggettivo *fondamentali* non è casuale: volutamente non si è utilizzato il termine *essenziali* perché, come si avrà modo di illustrare successivamente, nel Capitolo secondo della trattazione, tale aggettivo, soprattutto in riferimento al contesto italiano, presenta delle peculiarità per le quali si ritiene opportuno utilizzare il termine solo nell'ambito in cui è espressamente previsto.

⁹¹ L. n. 16/2003, *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*.

⁹² Real Decreto n. 1030/2006, *por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*.

protezione della salute⁹⁴. Viene pertanto prevista, all'art. 20 della legge, la carta dei servizi come l'insieme delle tecniche, tecnologie o procedimenti attraverso i quali si rendono effettive le prestazioni sanitarie⁹⁵. La carta dei servizi, di conseguenza, è istituita dal Regio Decreto e suoi allegati, attraverso la previsione di un modello adattabile in funzione dell'evoluzione della scienza medica e sanitaria. Le due principali finalità della fonte secondaria sono garantire eguaglianza e accessibilità all'interno del Sistema nazionale di salute (SNS) e fissare il procedimento per l'attualizzazione della carta stessa⁹⁶: quest'ultimo aspetto, in particolare, è regolato dall'articolo 7 del decreto stesso, in modo da assicurare sia l'adattabilità rispetto al contesto temporale e scientifico, sia che l'aggiornamento sia frutto di una procedura di condivisione⁹⁷.

⁹³ L. n. 16/2003, art. 3.2: «Las Administraciones Públicas orientarán sus acciones en materia de salud incorporando medidas activas *que impidan la discriminación* de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o de discapacidad, tenga especial dificultad para el *acceso efectivo a las prestaciones sanitarias* del Sistema Nacional de Salud». Corsivo aggiunto. I destinatari (su cui si tornerà più compiutamente *infra*) sono indicati invece al comma 1 dello stesso articolo.

⁹⁴ Art. 7, l. n. 16/2003.

⁹⁵ Art. 20, l. n. 16/2003: «La cartera de servicios es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias». Sulla procedura di determinazione della carta dei servizi e sulla particolare importanza attribuita al coordinamento fra il livello statale e le Comunità Autonome e al *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, si tornerà *infra* nel Capitolo secondo, nella sezione dedicata alla Spagna, anche nell'ottica della comparazione con il ruolo della Conferenza Stato-Regioni in materia sanitaria.

⁹⁶ R.D. n. 1030/2006, articolo 1: «Los objetivos de este real decreto, con el fin de garantizar la equidad y la accesibilidad a una adecuada atención sanitaria en el Sistema Nacional de Salud, son: 1. Establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. 2. Fijar las bases del procedimiento para la actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud».

Ciò che in questa sede è più rilevante sottolineare concerne la possibilità di modificare il catalogo, aggiungendo o sottraendo prestazioni dal medesimo. Si tratta, in altre parole, di comprendere il peso di due fattori con i quali è irrinunciabile misurarsi nel corso dell'analisi del diritto alla salute: il primo è costituito dall'incremento della possibilità di offrire prestazioni grazie ai progressi della scienza e della tecnologia medica, mentre il secondo concerne il problema della scarsità di risorse economiche, che condiziona fortemente le scelte allocative nel settore sanitario, soprattutto in periodi di crisi economica e di difficoltà nella gestione dei bilanci pubblici.

Rispetto alla determinazione delle prestazioni da fornire agli utenti del servizio sanitario, dunque, il primo fattore avrà tendenzialmente un impatto di tipo additivo sul catalogo: aumentano i possibili trattamenti che possono essere offerti agli iscritti al SNS. Il secondo fattore, d'altro canto, recherà tendenzialmente con sé dei condizionamenti o delle limitazioni rispetto alla disponibilità di prestazioni⁹⁸.

Ci si chiede, dunque, che cosa possa accadere dal punto di vista costituzionale nel momento in cui alcune prestazioni sanitarie vengono – per così dire – ritratte, ovvero espunte dal catalogo di prestazioni garantite e quale impatto ciò possa avere, nel contesto spagnolo, sul diritto alla protezione della salute e, infine, se vi sia uno spazio di giustiziabilità delle pretese degli utenti del Servizio sanitario rispetto alle decisioni pubbliche⁹⁹.

⁹⁷ Come già indicato, si avrà modo di approfondire questi aspetti nel prosieguo del lavoro. Ciò che in questa sede rileva, invece, è la possibilità di modificare il catalogo delle prestazioni, poiché si tratta di un profilo di rilevante impatto sulla determinazione del contenuto del diritto alla salute.

⁹⁸ Si è detto *tendenzialmente* poiché le conseguenze dell'uno e dell'altro fattore sopra illustrate non devono comunque essere colte in termini assoluti, dal momento che è pur sempre possibile che, da un lato, le nuove tecnologie consentano di prevedere prestazioni più semplici ed efficaci ad un costo inferiore e, dall'altro lato, può accadere che la necessità di allocare con maggiore accortezza le risorse economiche conduca (sebbene si tratti di un'ipotesi non facilmente realizzabile) a scelte più efficienti.

⁹⁹ S'intende, per il momento, limitarsi a tale ipotesi, senza distinguere tra competenze statali e delle CCAA nella garanzia delle prestazioni, su cui si tornerà *infra*.

Il problema, a livello costituzionale, sta proprio nella chiara identificazione della tipologia di diritto di cui si tratta: nel momento in cui si ritenga che il diritto alla salute si limiti a quanto previsto dall'art. 43 della Costituzione spagnola, esso sarà necessariamente considerato un diritto sociale in senso tradizionale, configurato dalla fonte suprema come diritto di prestazioni¹⁰⁰. Di conseguenza, l'intervento del pubblico potere, se ragionevole e non discriminatorio, sarà ritenuto compatibile con la Costituzione stessa.

Diverso sarà invece l'approccio se si considera il diritto alla salute nella sua intrinseca complessità. A parere di chi scrive, infatti, per la definizione del diritto, sia dal punto di vista oggettivo (ossia dei contenuti), sia dal punto di vista soggettivo (vale a dire dei destinatari), non basta rifarsi semplicemente all'art. 43, ma si rende necessaria una lettura sistematica del testo costituzionale: il bene giuridico salute, protetto dall'ordinamento, anche e *in primis* nella legge fondamentale, viene tutelato in diversi luoghi della Costituzione. Qualificarlo come diritto sociale o diritto di prestazioni non soddisfa il giurista, poiché molte aree rimarrebbero “scoperte”. Scegliendo di adottare siffatta prospettiva, si giunge ad osservare una modulazione del livello e della tipologia di tutela del bene salute da parte dell'ordinamento, che trova applicazione (e che può essere in concreto ben compresa) in relazione al particolare aspetto del diritto alla salute riguardante le prestazioni sanitarie.

La mutevolezza del contenuto del diritto alla salute è tanto più accentuata quanto più rapidi sono i progressi della scienza medica: vi è chi¹⁰¹, proprio in riferimento alla domanda di prestazioni sanitarie, indispensabili a definire la sostanza del diritto, ha utilizzato il termine «insaziabilità». Lo sviluppo scientifico conduce, inevitabilmente, a considerare ricomprese entro il catalogo di prestazioni fondamentali sempre più trattamenti e tecniche, che solamente pochi anni prima erano impensabili.

¹⁰⁰ Sul fatto che l'art. 43 Cost. rientri nella categoria dei diritti di prestazione pare esserci una quasi totale unanimità di vedute da parte della dottrina iberica. La lettera della disposizione, d'altro canto, non dà adito (almeno in apparenza) a lettura più aperte.

¹⁰¹ Cfr. G. ESCOBAR ROCA, *Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales*, cit., p. 9 della relazione.

Naturalmente, non tutti questi interventi entreranno da subito a integrare il nucleo duro del diritto alla salute, ma contribuiranno comunque a mutarne il significato e la portata, anche perché recano come risultato una sostanziale modifica delle obbligazioni dei poteri pubblici nella garanzia del diritto.

Quanto ora affermato può essere chiarito attraverso l'applicazione della cosiddetta teoria dell'irreversibilità del contenuto normativo riconosciuto ai diritti sociali in un dato momento storico¹⁰² alla garanzia di prestazioni sanitarie¹⁰³. Nel campo della tutela della salute, il fatto che la Costituzione dichiari che ai cittadini debbono essere garantite tutte le prestazioni necessarie a tale tutela va a creare una norma sostanzialmente aperta. Né la Costituzione né i pubblici poteri, infatti, possono determinare a priori che cosa sia necessario¹⁰⁴ alla tutela della salute degli individui, senza che sia tenuto in considerazione il contesto in cui si opera.

Da un lato vi è la domanda sempre crescente di prestazioni sanitarie, che deriva da una concezione di salute via via più articolata e complessa; dall'altro lato, vi sono tutti i progressi medico-scientifici che possono rispondere a tali pretese, ma che al contempo costituiscono la fonte di nuove richieste. All'interno di questo quadro, la concezione di quanto sia rientrante all'interno del nucleo irriducibile del diritto alla salute muta: il confine, già di per sé difficilmente tracciabile, tra una (ipotetica) dimensione fondamentale e una (altrettanto ipotetica) dimensione "sociale" del diritto si sposta, rendendo impossibile la distinzione. Al contempo, lo Stato non può negare quanto già riconosciuto e garantito, a meno che al venir meno di prestazioni in precedenza assicurate non segua la sostituzione con altre più efficaci. I poteri pubblici devono però fare i conti con la limitatezza delle risorse finanziarie, aspetto

¹⁰² Sulla dottrina dell'irreversibilità del contenuto dei diritti sociali, fondamentale per la garanzia e il mantenimento della forma di stato sociale (che nel contesto spagnolo è garantita proprio dal primo articolo della Carta costituzionale), si veda, in termini generali A. NAVARRO MUNUERA, *Bioética y ley general de sanidad*, in M. CASADO, *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcellona, 1996, pp. 99 ss.

¹⁰³ Sia consentita una precisazione: il fatto che la teoria qui enunciata sia stata elaborata con espresso riferimento ai diritti sociali, non vale a nullificare lo sforzo interpretativo sin qui perpetrato. Anzi, giova a rafforzare le argomentazioni, nel senso che si avrà ora modo di illustrare.

¹⁰⁴ Come si evince dall'art. 43, comma 2, CE.

che impedisce di rispondere a tutte le possibili istanze e che conduce a scelte allocative spesso di ardua natura.

Queste ultime, comunque, non possono in alcun modo intaccare ciò che, in un dato momento storico, è ritenuto irrinunciabile, pena la violazione dei diritti inviolabili riconosciuti dalla Costituzione. In questa prospettiva, risulta possibile recuperare anche la particolare dimensione di tutela fornita dall'ordinamento spagnolo dall'*amparo constitucional*: se il diritto ad ottenere trattamenti sanitari (qualificato come una delle tante facce del diritto alla salute) viene inteso nella sua complessità, alla luce anche di quanto desumibile dalla lettura dei testi legislativi su cui si fonda il sistema sanitario nazionale, esso si configura come un diritto (anche) fondamentale, di cui risultano titolari in modo eguale tutti gli individui, ma che si modula differentemente a seconda di alcune variabili¹⁰⁵. Questa riflessione permette di aprire due canali di riflessione: da un lato, quello concernente la superabilità della distinzione tra diritti sociali e diritti fondamentali, almeno con riguardo al diritto alla salute; dall'altro, quello relativo alla titolarità del diritto stesso.

Quanto al primo aspetto, si tratta di rafforzare ulteriormente gli elementi a sostegno della tesi che si sta qui dimostrando: la necessità di una lettura sistematica del testo costituzionale spagnolo, al fine di recuperare a pieno il significato di salute quale bene giuridico protetto dall'ordinamento, conduce a recuperare la possibilità di ottenere una piena e concreta tutela costituzionale, per tale bene, attraverso il combinato disposto con le altre disposizioni di cui si è trattato. L'unico *caveat* da tenere in considerazione riguarda – ed è bene sottolinearlo – il fatto che non si parla di un'assolutezza totale della tutela: il diritto alla salute è una fattispecie complessa e di conseguenza la sua tutela si modula in relazione alla prossimità rispetto a quel «nucleo duro» del diritto, che non tollera alcun tipo di violazione.

Per quanto invece concerne la dimensione soggettiva del diritto, è inevitabile riflettere su quali siano i titolari della tutela offerta dalla Costituzione: non v'è dubbio che i cittadini ricadano sotto “l'ombrello”, ma vi sono situazioni soggettive, non

¹⁰⁵ Su questo si veda anche J.M. ANTEQUERA VINAGRE, *El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla*, in *Ciudadanía sanitaria*, 2007, 15, p. 79.

necessariamente connesse allo *status civitatis*, che dimostrano quanto e come si concretizzi la modulazione entro la tutela del diritto. I riferimenti possono essere molteplici, a seconda delle differenti categorie soggettive prese in considerazione. Vi sono da un lato i cittadini dell'Unione Europea; per tale categoria, almeno per l'interesse che sorge in questa sezione della trattazione, la tutela offerta dall'ordinamento può essere ritenuta sovrapponibile a quella dei cittadini iberici¹⁰⁶. In riferimento invece agli stranieri extracomunitari, l'ordinamento spagnolo ha previsto un sistema di tutela del diritto alla salute che garantisca quanta maggiore eguaglianza tra i soggetti presenti sul territorio nazionale, a prescindere dalla regolarità della permanenza, peraltro sulla base dell'iscrizione all'anagrafe del Comune di domiciliazione¹⁰⁷.

Alla luce delle osservazioni qui svolte, pare potersi affermare che il diritto alla salute, proclamato esplicitamente all'articolo 43 della Costituzione spagnola, incontra una garanzia articolata e complessa, che si modula a seconda delle differenti situazioni meritevoli di tutela e che permette una lettura sistematica del testo costituzionale, valevole a rendere quest'ultimo sempre attuale in relazione al mutevole contesto storico, sociale ed economico in cui si opera. Quanto sinora approfondito, però, vale a chiarire la portata – per così dire – oggettiva del diritto: ci troviamo di fronte ad un bene giuridico complesso, che va inteso in senso ampio e che coinvolge tutte le possibili dimensioni della persona.

Attraverso lo studio della sua dimensione soggettiva, se ne può rafforzare ulteriormente la portata: la salute, considerata come la situazione di benessere generale dell'individuo, costituisce un bisogno dell'essere umano, una necessità fondamentale e irrinunciabile, poiché dalla sua presenza o carenza dipende la possibilità o meno per il soggetto di poter estrinsecare liberamente la propria

¹⁰⁶ Ciò si evince dall'art. 3, comma 1, lettera b, della *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*: «Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes: [...] Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación».

¹⁰⁷ Tale aspetto sarà approfondito nei paragrafi seguenti.

personalità. In questa prospettiva, dunque, lo stato di salute è uno degli elementi che integrano la dignità umana, il cui contenuto può naturalmente variare a seconda del titolare, senza però poter prescindere dalla necessità di una sua tutela da parte dell'ordinamento.

La concezione del principio di dignità umana all'interno della Carta costituzionale spagnola merita un chiarimento.

Esso è proclamato all'articolo 10, primo comma, della Costituzione¹⁰⁸, all'interno del primo capitolo del Titolo I, in cui si riconoscono i diritti fondamentali. A ben vedere, il principio è staccato dai diritti intesi in senso stretto, dal momento che il vero e proprio catalogo è contenuto nel Capitolo II del Titolo I. Tale elemento, a parere di autorevole dottrina¹⁰⁹, è di per sé sufficiente a considerare la dignità come principio o valore gerarchicamente superiore, anche se è la lettera della disposizione costituzionale a suffragare ulteriormente questo orientamento: essa è qualificata come fondamento dell'ordine politico e della pace sociale, insieme al principio di libero sviluppo della personalità (che a parere di chi scrive altro non è che una locuzione sinonimica) e insieme ai diritti inviolabili, inerenti alla dignità stessa. In particolar modo, quest'ultimo inciso vale a indicare la dignità come fondamento *anche* dei diritti inviolabili, che su di essa sono basati¹¹⁰. In tal guisa, la configurazione del principio da parte della Costituzione spagnola è molto più vicina a quella della tradizione costituzionale italiana, piuttosto che non all'individuazione di un diritto fondamentale autonomo, come invece accade nel contesto tedesco, in virtù della formulazione dell'art. 1 del Grundgesetz¹¹¹. La giurisprudenza del Tribunal constitucional è consolidata circa la necessità di ricollegare la dignità della persona ai

¹⁰⁸ Art. 10, comma 1, Cost. spagnola: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

¹⁰⁹ Si vedano A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto constitucional del dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, 91, p. 169; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Los fundamentos constitucionales del Estado*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1998, 52, pp. 20 ss.

¹¹⁰ Così anche E. GARCIA DE ENTERRIA, *Los fundamentos constitucionales del Estado*, cit. p. 30.

diritti fondamentali e di evitare l'impiego indipendente del concetto¹¹². In modo particolare, qualora il principio sia posto in relazione all'eguaglianza, ne deriva il divieto (rafforzato) di trattare in modo diverso gli individui, a parità di condizioni di partenza.

È evidente a questo punto il parallelismo con la lettura che si è data del quadro costituzionale italiano, sia con riferimento all'indispensabilità della tutela della salute per tutti gli individui, a prescindere dalle condizioni contingenti e soggettive e indipendentemente dallo *status civitatis*, sia per quanto attiene al concetto di dignità umana.

3. Il diritto alla salute dei non cittadini: eguaglianza v. differenziazione

Uno dei terreni di verifica dell'effettività del diritto alla salute è quello della sua garanzia rispetto ai destinatari: dimostrare che sia necessario ricondurre ad unità il diritto alla salute, superando le dicotomie su cui il dibattito dottrinale e le argomentazioni giurisprudenziali rischiano di fossilizzarsi senza risultati interpretativi effettivamente utili, è reso infatti più immediato dallo studio di come si

¹¹¹ Per una comparazione tra la concezione ispanica e quella tedesca di dignità umana nel testo costituzionale, si veda (a titolo meramente esemplificativo) A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto constitucional del dignidad de la persona*, cit., *passim*. Per un autorevole commento all'art. 1 della Legge fondamentale tedesca, cfr. G. DÜRIG, *Art. 1* (1958), in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, Vol. I, Monaco di Baviera, 2003 e G. DÜRIG, *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, p. 81. Giova comunque ricordare che la concezione di dignità umana nel testo costituzionale tedesco è tanto ampia da essere onnicomprensiva: anche in Germania, infatti, è possibile considerare la dignità umana come elemento fondativo dell'ordine giuridico. Sulle molteplici applicabilità del principio si veda D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, pp. 113 ss., *passim*.

¹¹² I riferimenti giurisprudenziali relativi a ciascuno dei diritti fondamentali della Costituzione spagnola sono rinvenibili in A. OEHLING DE LOS REYES, *El concepto constitucional del dignidad de la persona*, cit., pp. 170-171.

moduli gradualmente la garanzia del diritto nei confronti dei destinatari, in relazione al loro *status*.

In questo contesto, le distinzioni tra norma programmatica e precettiva, tra natura sociale e fondamentale del diritto possono essere considerati come meri esercizi logici e argomentativi, poiché, nel momento in cui ai principi espressi viene data concreta applicazione e soprattutto quando si va a verificare l'effettività della sua garanzia rispetto ai diversi soggetti destinatari, l'intero discorso torna ad essere ricondotto ad un'unità collegata all'impianto solidaristico e votato al rispetto dell'uguaglianza dell'ordinamento italiano.

Le distinzioni basate sulla diversità dei destinatari del diritto riposano sullo *status* del soggetto che richiede l'accesso alle prestazioni sanitarie. La tutela del diritto alla salute non può ritenersi limitata alla fruizione solamente da parte dei cittadini: sia il legislatore, sia – e con maggiore veemenza – la giurisprudenza hanno riconosciuto tale diritto anche ai non cittadini, presenti a diverso titolo sul territorio dello Stato, collegando le previsioni di cui all'articolo 32 della Costituzione con i principi degli artt. 2 e 3 e dando vita ad un sistema “graduale” di garanzia del diritto. Di conseguenza, anche allo straniero viene riconosciuto e garantito il diritto alla tutela della propria salute, sia in virtù dell'inviolabilità dei diritti dell'uomo, sancita nella Carta costituzionale, sia perché inserito in una collettività che gode della copertura offerta dai pubblici poteri.

In effetti, sul fatto che il dato testuale dell'articolo 32 Cost. non condizioni il godimento del diritto a criteri di *status* e cittadinanza, vi è una diffusa condivisione, nonostante siano diversi i corollari che se ne possono trarre: «La norma è una di quelle che la Costituzione riferisce non ai soli cittadini, ma agli individui. Questa estensione è di grande importanza, perché, trattandosi di un impegno di base, esso, nella sua vasta portata, diventa assai più oneroso, in quanto la tutela viene estesa a tutti coloro che sono comunque nel territorio dello Stato»¹¹³.

Le impostazioni dottrinali prevalenti nella prima fase di interpretazione dell'articolo 32 possono essere ricondotte alla tendenza che voleva legare questo particolare

¹¹³ A. GIANNINI, *La tutela della salute come principio costituzionale*, cit., p. 815.

aspetto del diritto alla salute alla sua natura di interesse collettivo: il ragionamento riposa sul fatto che, qualora il diritto alla salute e l'accesso alle cure sia negato a qualcuno che si trova sul territorio statale, pur non essendo un cittadino, il suo stato di salute potrebbe mettere a repentaglio quello dell'intera collettività. Per tale ragione è necessario l'intervento statale anche nei confronti dei non cittadini. Il collegamento tra salute e interesse della collettività, con riguardo alla tutela di cittadini e di stranieri, tuttavia, anche nei primi anni di vita della Costituzione non viene mai scisso dal carattere *umanitario* della norma stessa e, soprattutto, dalla missione, assunta dalla Repubblica, di riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, come enunciato all'articolo 2.

Il *leading case* nella giurisprudenza della Corte costituzionale è rappresentato dalla sentenza n. 252/2001¹¹⁴, nella quale si è presentata l'occasione di chiarire quale sia la parte del diritto alla salute che non può comunque essere negata, a prescindere dalle condizioni di regolarità sul territorio statale.

La Consulta, dopo aver ripreso la propria ormai consolidata giurisprudenza, secondo cui il diritto ai trattamenti sanitari è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, «salvo il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto come ambito inviolabile della dignità umana», evidenzia come esso debba essere riconosciuto anche agli stranieri, indipendentemente dal possesso di un valido permesso di soggiorno.

¹¹⁴ Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 19 del d.lgs. n. 286/1998 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), risolto con una sentenza interpretativa di rigetto. La fattispecie origine del giudizio concerneva il ricorso avverso l'espulsione di un cittadino senegalese, entrato clandestinamente in Italia, al mero fine di sottoporsi all'applicazione di una protesi al piede amputato (intervento che non sarebbe stato possibile nel suo paese di origine). Il giudice *a quo* si interrogava sulla legittimità costituzionale della norma che non prevedesse tale ipotesi tra le cause di esclusione dell'espulsione. Per un commento alla sentenza, si veda M. SALVAGNI, *La tutela del diritto alla salute del cittadino straniero entrato irregolarmente nel territorio nazionale* (Corte Costituzionale, 17 luglio 2001, n. 252), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, 2, p. 371

Si tratta di un'occasione importante per la Corte per definire in modo concreto il contenuto del «nucleo irriducibile» del diritto, che costituisce il livello irrinunciabile di tutela: esso viene identificato con la tutela di un diritto fondamentale della persona, che in virtù dell'art. 2 deve essere riconosciuto a tutti gli esseri umani e dunque anche ai non cittadini. Il riferimento normativo diretto è costituito dalla disposizione del Testo Unico sull'Immigrazione che indica i trattamenti sanitari che sono assicurati anche a coloro che non sono iscritti al Sistema Sanitario Nazionale¹¹⁵; si tratta di cure non solo urgenti, ma anche e soprattutto essenziali (ancorché continuative), oltre a un elenco non esaustivo di prestazioni¹¹⁶ che andrebbero riconsiderate come essenziali, pur non essendo urgenti, che vanno garantite a tutti gli stranieri, a prescindere dalla loro iscrizione o meno al SSN o dalla non regolarità della loro presenza sul territorio nazionale¹¹⁷. Pertanto, a sentire della Corte, tali prestazioni rientrano in quel «nucleo irriducibile» del diritto alla salute, la cui tutela

¹¹⁵ D. lgs. n. 268/1998, art. 35 (Assistenza sanitaria per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale): «Ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere *urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative*, per malattia ed infortunio e sono estesi i *programmi di medicina preventiva* a salvaguardia della salute individuale e collettiva»; la disposizione prosegue con l'indicazione di alcune prestazioni che devono essere *in particolare* garantite (e.g. tutela della gravidanza e della maternità, vaccinazioni e profilassi contro le malattie infettive) che, a giudizio della Corte non costituiscono un elenco esaustivo, ma semplicemente indicativo. Corsivo aggiunto.

¹¹⁶ Esse sono: «a) la tutela sociale della gravidanza e della maternità, a parità di trattamento con le cittadine italiane, ai sensi della L. 29 luglio 1975, n. 405, e della L. 22 maggio 1978, n. 194, e del decreto 6 marzo 1995 del Ministro della sanità, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13 aprile 1995, a parità di trattamento con i cittadini italiani; b) la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176; c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai», come previsto dall'art. 35 del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. n. 286/1998).

¹¹⁷ Cfr. C. Cost., sent. n. 252/2001, punto 3 del considerato in diritto.

va assicurata anche allo straniero che sia entrato illegalmente nello Stato, in quanto tale garanzia fa parte di un sistema di diritti inviolabili dell'uomo, che risultano sempre preponderanti nel bilanciamento con altri interessi costituzionali (ivi compreso l'equilibrio finanziario).

Viene quindi in qualche maniera riempita di contenuto la tanto vaga espressione di «nucleo irriducibile»: vanno considerate rientranti nella parte irrinunciabile e incomprimibile del diritto alla salute non soltanto le cure da prestarsi in caso di urgenza, ma anche tutte le prestazioni essenziali per la salute di carattere continuativo, anche se non urgenti.

È una scelta interessante, da più punti di vista: innanzi tutto, giova ricordare che non tutti gli ordinamenti hanno scelto di destinare una tutela tanto ampia del diritto alla salute a chi non sia regolarmente presente sul territorio dello Stato¹¹⁸ o a chi non si sia iscritto al sistema sanitario di riferimento¹¹⁹. In secondo luogo, comunque e tuttora, non è possibile identificare in modo certo e assoluto il reale contenuto del *nucleo irriducibile*, dal momento che – salvo per le cure urgenti su cui potrebbe esserci poco di cui dibattere – si possono aprire lunghe questioni, anche etiche, sulla configurabilità di una prestazione sanitaria come *essenziale* per un individuo.

La Corte, nel prosieguo della pronuncia, non indica i criteri che permettano di verificare se una prestazione sia essenziale, ma ne lascia l'apprezzamento al medico: «La valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico»¹²⁰.

¹¹⁸ Ad esempio, nel Regno Unito, vige il criterio della residenzialità: chi ha una residenza può iscriversi al NHS, ottenere l'assegnazione di un medico di base e, conseguentemente, avere accesso alle prestazioni sanitari alla stessa stregua dei cittadini britannici. Per chi fuoriesce da questi criteri sono garantite solamente le cure urgenti.

¹¹⁹ In Spagna il criterio, invece, è quello dell'iscrizione al SNS, che avviene attraverso il cd. *empadronamiento*, ovvero l'iscrizione all'anagrafe del Comune di riferimento, possibile anche per gli immigrati irregolari. Su questo snodo cfr. più diffusamente *infra*.

¹²⁰ C. cost., sent. n. 252/2001, punto 5 del considerato in diritto.

Per comprendere a fondo il significato della pronuncia, è d'uopo riprendere il dato fattuale del caso in concreto sottoposto al vaglio della Corte, ovvero il problema dell'espulsione di uno straniero privo di permesso di soggiorno, entrato nel territorio statale al solo scopo di ricevere trattamenti sanitari. La fattispecie va posta in rapporto con l'articolo 35 del Testo Unico sull'Immigrazione che disciplina le condizioni per erogare assistenza sanitaria agli stranieri non iscritti al SSN e che prevede che, a chi si trovi in situazione di irregolarità, sono comunque assicurate le cure urgenti ed essenziali. Della costituzionalità di questa previsione non si dubita. Ciò che invece costituisce l'oggetto della decisione riguarda l'esecuzione dell'espulsione, nel caso in cui essa rechi come conseguenza un irreparabile pregiudizio per lo stato di salute dell'individuo. Di conseguenza, nel momento in cui un giudice ordinario si trovi a dover decidere sull'espulsione di uno straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale, qualora vengano in risalto questioni attinenti alla salvaguardia del suo stato di salute, la decisione circa l'esecuzione del provvedimento dovrà essere subordinata all'accertamento della tutela del nucleo forte del diritto, svolta attraverso i mezzi istruttori previsti per legge e, quindi, acquisendo anche certificati medici.

La deferenza al libero apprezzamento del medico non è assoluta, ma risulta orientata dal tessuto legislativo menzionato dalla Corte, alla quale è comunque preclusa l'indicazione analitica delle prestazioni da ritenersi incluse fra quelle essenziali, ancorché continuative¹²¹.

¹²¹ In termini critici riguardo al fatto che tali prestazioni debbano essere individuate caso per caso si veda G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria: spunti in tema di diritto alla salute e immigrazione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, p. 93, secondo il quale la difficoltà di tale valutazione, rimessa a scelte di un singolo, può generare «forti situazioni di disuguaglianza». A chi scrive pare che, per quanto certamente il fatto di lasciare la determinazione dell'essenzialità ad un decisione che va presa caso per caso possa recare con sé profili di aleatorietà, che potrebbero portare ad un'applicazione non sempre omogenea, comunque il tracciato che il medico deve seguire nella sua valutazione sia stato ben indicato sia dalla Corte sia dal legislatore. Non si dimentichi che l'articolo 35 del TU Immigrazione riporta un elenco – puramente indicativo – di prestazioni da considerarsi essenziali e che il fatto di lasciare un'apertura

Per comprendere con maggior precisione quali esse siano, la Consulta indica che bisogna far riferimento alla circolare n. 5 del 2000 del Ministro della Salute, nella quale viene precisata la portata contenutistica dell'art. 35 del Testo Unico, attraverso l'indicazione per cui le cure essenziali comprendono «prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche, relative a patologie non pericolose nell'immediato e nel breve termine, ma che nel tempo potrebbero determinare maggiore danno alla salute o rischi per la vita (complicanze, cronicizzazioni o aggravamenti)»¹²².

L'apertura che deriva dalla sentenza della Corte è di non poco momento, in quanto da un lato distingue l'Italia rispetto agli altri ordinamenti presi in esame (nei termini in cui ora si vedrà) per il *favor* nei confronti dello straniero e per la tutela dei suoi diritti fondamentali, in secondo luogo poiché contiene anche un dato di realismo e praticità di cui è bene far menzione: intendendo la salute anche come interesse della collettività, infatti, si rende imprescindibile garantire a chi sia non regolarmente presente sul territorio dello Stato un insieme di prestazioni che, per quanto non urgenti, siano ritenute essenziali per la salute. Tale garanzia permette di evitare e prevenire l'aggravarsi di determinate situazioni o il cronicizzarsi di alcune patologie che, altrimenti, potrebbero pesare in modo molto più significativo sul sistema sanitario nazionale e potrebbero (nel caso di patologie infettive) porre a repentaglio lo stato di salute di altri soggetti dell'ordinamento¹²³.

significa permettere di tutelare casi e ipotesi che fuoriescono dal catalogo indicato dal legislatore, a maggiore garanzia dello straniero.

¹²² Per maggiore chiarezza, si evidenzia che la Circolare menzionata elenca tutte le possibili situazioni in cui si può trovare uno straniero rispetto al Sistema sanitario nazionale, che dipendono dalla regolarità del soggiorno sul territorio nazionale e dall'iscrizione al SSN (subordinata alla regolarità). Quando, inoltre, alle cure non urgenti ma comunque essenziali per la salute, oltre alla definizione qui riportata, vengono anche ripetute (come previsto dall'art. 35 del Testo Unico) quali siano le prestazioni sempre assicurate, oltre l'urgenza: tutela della gravidanza e della maternità, tutela della salute del minore, vaccinazioni e profilassi internazionale, anche per le malattie infettive, oltre ai servizi per le tossicodipendenze.

¹²³ Su questa prospettiva cfr. G. COCCO, *In direzione ostinata e contraria*, cit., p. 98; A. PITINO, *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in *Quaderni Regionali*, 2009, 2, p. 522; E. GROSSO, *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in BALDUZZI R. (a

Come risultato della sentenza, il diritto alla salute risulta essere modulato in diverse gradazioni, a seconda della posizione di regolarità rispetto alle norme sul soggiorno nel territorio dello Stato¹²⁴: il nucleo irriducibile è quella parte del diritto che non può mai essere negata a nessuno, in qualunque stato o condizione.

Vi sono poi tutele diversificate che dipendono dall'iscrizione o meno al Sistema sanitario nazionale, requisito attraverso il quale uno straniero regolare e iscritto ha diritto alle prestazioni sanitarie fornite dal SSN in regime di totale equiparazione con il cittadino italiano. All'interno di tale categorie, è inoltre ravvisabile l'ulteriore distinzione fra coloro che versano in condizioni d'indigenza e coloro ai quali invece si applicano le tariffe di compartecipazione previste.

Quanto al contenuto del nucleo irriducibile, si può concludere per una sorta di *elasticità* della nozione, che da un lato va intesa in termini positivi in quanto permette di riconoscere un garanzia del diritto anche a situazioni non previste originariamente dal legislatore e comunque meritevoli di tutela. Importante è a questo proposito il fatto che la giurisprudenza della Corte riconosca il fondamentale ruolo del medico come “strumento” di attuazione della norma. D'altro canto, tuttavia, non può non rilevarsi come l'apertura della clausola lasci sempre degli interrogativi cui non è facile trovare una risposta soddisfacente. Vi è ad esempio una “zona grigia” di prestazioni che, a parità di condizioni cliniche del soggetto, potrebbero essere diversamente considerate dai medici, operanti in contesti spaziale o temporali differenti.

3.1. Soluzioni (dis)simili per problemi analoghi? Il cd. empadronamiento nel contesto spagnolo come compromesso non sempre sostenibile

La comprensione di come in concreto venga garantito il diritto alla protezione della salute all'interno dell'ordinamento spagnolo in relazione al principio d'eguaglianza e

cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, pp. 157 ss.

¹²⁴ A queste conclusioni giunge anche A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 5, p. 908.

al principio autonomistico, cifra dello Stato costituzionale di diritto, si presta ad essere ben intesa attraverso lo studio del riconoscimento del diritto ai non cittadini. Il tema che merita di essere qui sviluppato concerne la garanzia offerta ai cittadini di Stati terzi, che siano regolarmente o irregolarmente soggiornanti nella penisola iberica¹²⁵.

Una prima indicazione normativa circa la configurazione dello *status* giuridico dello straniero in Spagna è fornita dall'articolo 13 della Costituzione¹²⁶. Attraverso tale previsione, agli stranieri sono garantiti tutti i diritti riconosciuti ai cittadini dal Titolo I della Cost., mentre viene esplicitamente escluso il diritto di voto, di cui all'art. 23. Viene in tal modo creato, anche per coloro che non godono della cittadinanza, un sistema di garanzia dei diritti fondamentali che è diffusamente considerato ampio e generoso e che ha trovato conferma nell'interpretazione del Tribunale costituzionale. Nelle motivazioni di una sentenza pronunciata sul ricorso d'*amparo* di un cittadino uruguayano relativo a una causa di lavoro, il Giudice costituzionale ha colto l'occasione per delineare l'articolarsi delle posizioni giuridiche di chi non goda dello *status civitatis*, come stabilito a livello costituzionale, nel Regno di Spagna. Nella lettera dell'articolo 13 è stata letta una tripartizione dei diritti spettanti agli stranieri, all'interno della quale vi è un nucleo più duro di diritti il cui esercizio e la cui tutela spetta a tutti in modo eguale sull'intero territorio nazionale, a prescindere dalla

¹²⁵ Si avrà modo, nel prosieguo del presente lavoro, di approfondire il tema della circolazione dei cittadini europei all'interno dell'Unione. Per tal ragione, per il momento basti assumere che la protezione della salute è garantita a qualsiasi cittadino dell'Unione alla stessa stregua che agli spagnoli stessi.

¹²⁶ Costituzione spagnola, articolo 13: «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. 3. La extradición solo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España».

cittadinanza; vi sono poi dei diritti che spettano solamente agli spagnoli, costituendo la cittadinanza una condizione necessaria per l'esercizio dei medesimi, come nel caso del diritto di voto; vi è infine una terza categoria di diritti, nel cui godimento e garanzia è ammesso un certo livello di differenziazione sulla base del criterio della cittadinanza.

Al legislatore è demandato il compito di definire le condizioni di accesso a tali ultimi diritti e gli eventuali spazi di differenziazione, pur permanendo all'interno della cornice tracciata dai principi costituzionali e, comunque, operando scelte conformi al criterio di ragionevolezza¹²⁷. All'interno di tale spazio, pertanto, il controllo del giudice costituzionale non può spingersi a sindacare il complesso della discrezionalità legislativa. Il suo intervento sarà semplicemente limitato alla verifica del rispetto dei canoni di eguaglianza e non discriminazione.

Si apre, però, una serie di problemi: comprendere in base a quali criteri un diritto sia ascrivibile alla prima, alla seconda o alla terza delle categorie individuate¹²⁸ e, in

¹²⁷ Tribunal constitucional, sent. n. 107/1984, quarto fondamento giuridico: «El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio». Sulla sentenza, e più in generale, sui diritti degli stranieri nel contesto costituzionale spagnolo, si veda F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España: reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2001, 7, pp. 65 ss.; I. MARTÍN DELGADO, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Derecho y Salud*, 2002, 2, pp. 197 ss.; C.A. ALONSO ESPINOSA, *Extranjeros y derecho a la salud. ¿derecho o tolerancia?*, in *Autonomías*, 2004, 30, pp. 65 ss.; G. MAESTRO BUELGA, *Los derechos sociales de los emigrantes*, in *Revista catalana de dret públic*, 2010, 40, pp. 53 ss.

¹²⁸ Quanto all'individuazione dei criteri generali in base ai quali far rientrare un diritto entro una delle categorie indicate, si rimanda a F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España: reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, cit., pp. 70 ss., secondo il quale (come è anche intuitivo) il

particolar modo, come si configuri il diritto alla salute, così come previsto dall'art. 13 della Costituzione spagnola rispetto allo schema prospettato dalla giurisprudenza. Se, come criterio identificatore della pertinenza di un diritto all'una o all'altra categoria, si utilizza il fatto che tale diritto sia necessario per realizzare e garantire la dignità umana, principio che, come previsto all'articolo 10, comma 1, della Costituzione spagnola¹²⁹, costituisce il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale, pare possibile indicare che – quantomeno in riferimento ad alcuni profili contenutistici – il diritto alla salute possa essere ritenuto come facente parte di quello “zoccolo duro” di diritti per i quali non sono ammesse differenziazioni sulla base della cittadinanza¹³⁰.

Per comprendere, dunque, come declinare il diritto alla salute in riferimento alle categorie individuate dalla giurisprudenza costituzionale, è necessario approfondire l'interpretazione fornita al principio d'eguaglianza tra cittadini e stranieri. L'inquadramento prospettato nella sentenza del 1984 è stato, più recentemente, riconfermato e specificato ulteriormente in una pronuncia del 2000¹³¹, in cui si legge mero dato letterale della Costituzione, che individua nei destinatari di un determinato diritto i cittadini, oppure tutte le persone, non appare sufficiente. Per quanto attiene alla seconda categoria, il criterio viene individuato nella lettera dell'articolo 13, che contiene un rimando alla disposizione riguardante i diritti politici e di voto (art. 23 CE). Quanto alla distinzione, invece, tra i diritti afferenti alla prima e alla terza categoria, il criterio vincente e risolutore pare essere quello della ascrivibilità di un diritto al «nucleo duro» qualora esso sia da considerarsi imprescindibile per la garanzia della dignità umana (art. 10.1 CE). Si vedrà qui quali siano i risultati dell'applicazione di tale criterio al diritto alla salute.

¹²⁹ Articolo 10 Costituzione spagnola: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹³⁰ Sul fatto che un diritto debba essere garantito a cittadini e stranieri in modo eguale nel caso in cui sia riconducibile alla tutela della dignità umana, secondo quanto indicato dallo stesso Tribunale costituzionale nella sentenza n. 107/1984 e confermato poi nella sentenza n. 91/2000 (FJ7), si veda *inter multis* G. MAESTRO BUELGA, *Los derechos sociales de los emigrantes*, cit., p. 59.

¹³¹ Tribunal constitucional, sent. n. 95/2000. Essa riguardava un ricorso d'*amparo* presentato avverso una sentenza della Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, che negava il diritto

che le «libertà pubbliche» di cui all'art. 13 Cost. non vanno lette e interpretate in senso restrittivo, quanto piuttosto estensivo, dal momento che si tratta dei diritti e delle libertà contenute nel Titolo I della Costituzione spagnola, in cui rientrano anche le previsioni sui diritti sociali. Non vi è quindi dubbio che almeno alcune delle possibili dimensioni del diritto alla salute rientrino nella sfera di applicazione del primo comma dell'articolo 13 della Costituzione, anche se la concretizzazione della tutela e della copertura spettanti allo straniero avvengono attraverso l'opera del legislatore. Tutto ciò, secondo il Tribunale, non vale a *decostituzionalizzare* la titolarità di diritti in capo agli stranieri, poiché comunque l'intervento legislativo è vincolato dai limiti posti a livello costituzionale¹³². Attraverso la lettura di questa pronuncia, pertanto, si deduce che il diritto alla protezione della salute ricadrebbe nella terza categoria individuata dalla giurisprudenza, poiché si tratta di un diritto per il quale la definizione del concreto ed effettivo esercizio è rimandata all'intervento del legislatore¹³³, al quale è consentito operare differenziazioni sulla base della cittadinanza.

di beneficiare delle prestazioni di assistenza sanitaria a una donna, cittadina rumena, che non risiedeva legalmente in Spagna, convivente di fatto con un soggetto iscritto alla previdenza sociale. Il diniego si basava sul presupposto della mancanza di un permesso di soggiorno nel Paese.

¹³² Tribunal constitucional, sent. n. 95/2000, terzo fondamento giuridico: «Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración lega. [...] Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes».

¹³³ Ad ogni modo, giova ripeterlo, l'intervento legislativo deve attenersi ai vincoli costituzionali, come indicato anche nella sentenza n. 115/1987.

Tale prospettiva conferma la riconduzione del diritto di cui all'art. 43 Cost. all'alveo dei diritti sociali. Non si tratta, tuttavia, di un'analisi completa: vi è infatti un aspetto contenutistico che può essere riferito alla prima categoria, dal momento che vi è un livello minimo di tutela che costituisce parte integrante della garanzia della dignità umana. Si tratta, però, di tracciare confini più definiti.

Il profilo del diritto alla salute che, con un certo livello di certezza, può essere ricondotto alla tutela della dignità umana si può desumere anche attraverso l'articolo 15 della Costituzione spagnola¹³⁴, che prevede la tutela dell'integrità fisica e del diritto alla vita. Ne segue da un lato il dovere d'astensione statale rispetto alla lesione di tali beni e, dall'altro, però, l'obbligazione positiva ad adottare le misure necessarie al fine di evitare tali lesioni¹³⁵.

Il combinato disposto tra gli articoli 15, 10.1 e 13 della Costituzione è indicato dallo stesso Tribunale costituzionale nella sentenza n. 236/2007, nelle cui motivazioni si legge appunto che i diritti da considerarsi imprescindibili per la tutela della dignità umana sono, fra gli altri, l'integrità fisica, il diritto alla vita, oltre alla riservatezza e al principio di non discriminazione, che vanno garantiti al soggetto indipendentemente dalla sua situazione. A questo si aggiunge, tuttavia, una indubbia difficoltà di individuazione di un test che sia univoco al fine di comprendere e verificare se un diritto fondamentale goda di tale intrinseco legame con la dignità umana.

Uno strumento utile per verificare la pertinenza viene individuato nelle convenzioni internazionali per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ratificate dalla Spagna. Perciò, il legislatore, nel momento in cui interviene per regolare aspetti concernenti il riconoscimento di diritti agli stranieri, deve innanzi tutto collocare il diritto o i diritti coinvolti nella prima o nella terza categoria. Per fare ciò, dovrà valutare il grado di connessione con il principio di dignità umana, che dipende dalla garanzia di quanto è intrinseco e fondamentale per il libero espletamento della personalità umana; si dovrà

¹³⁴ Art. 15 Cost. spagnola: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. [...]».

¹³⁵ Su questo, più diffusamente, cfr. I. MARTÍN DELGADO, *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, cit., p. 201.

valutare anche il contenuto precettivo del diritto, ovvero se esso sia garantito a tutte le persone direttamente dalla Costituzione e, infine, andranno tenute in debito conto anche le convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti umani di cui la Spagna è parte¹³⁶.

A questo punto, è opportuno porre i criteri individuati in termini generali in relazione al diritto alla protezione della salute. Lo strumento indispensabile per la verifica è costituito dal dato normativo di cui all'art. 12 della Legge Organica n. 4/2000¹³⁷, relativa ai diritti e libertà degli stranieri e alla loro integrazione sociale.

¹³⁶ Tribunal constitucional, sent. n. 236/2007, cuarto fundamento jurídico: «Así pues, en relación con el primer argumento general del presente recurso debemos afirmar que el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida». Per un commento alla sentenza si veda F. BALAGUER CALLEJÓN, *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, 10, pp. 481 ss.

¹³⁷ Ley Orgánica n. 4/2000, *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, artículo 12, *Derecho a la asistencia sanitaria*: «1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

Il primo comma dell'articolo riconosce il diritto all'assistenza sanitaria, a condizioni di parità con gli spagnoli, a tutti gli stranieri presenti in Spagna che si siano iscritti all'anagrafe del Comune nel quale hanno il proprio domicilio abituale. L'aspetto su cui è necessario soffermarsi è dato dal fatto che l'*empadronamiento* è possibile per tutti i soggetti che vivono effettivamente nel territorio comunale; la situazione di regolarità rispetto al permesso di soggiorno non rileva. A chi non è iscritto, invece, si applicano le disposizioni dei commi seguenti, che constano di una garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie d'urgenza, per infermità grave o incidente; a ciò si aggiunge la tutela della salute dei minori, per i quali, indipendentemente dalla situazione di regolarità, è prevista l'assistenza sanitaria alle stesse condizioni dei cittadini e la tutela della maternità, in base alla quale alle donne straniere è garantita l'assistenza durante la gravidanza, il parto e il postparto.

Da quanto espresso, si può osservare che l'assistenza sanitaria urgente viene considerata come rientrante nella cd. prima categoria dei diritti, quelli per i quali non è ammessa alcuna differenziazione sulla base della cittadinanza, in quanto parte della garanzia della dignità umana. Ciò ha trovato conferma anche nelle parole del Tribunale costituzionale¹³⁸, secondo il quale al minore devono essere riconosciuti e garantiti i diritti fondamentali proclamati a livello internazionale e sottoscritti dalla Spagna. Fra essi trova senz'altro spazio il diritto a ricevere assistenza sanitaria, anche perché, alla luce del particolare livello di protezione accordato ai minori nel contesto nazionale e internazionale, non c'è ragione di operare distinzioni, per questa categoria, sulla base del requisito della regolarità della permanenza sul territorio

¹³⁸ Tribunal constitucional, sent. n. 141/2000. In particolare, il principio è espresso al quinto fondamento giuridico: «[N]o deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 30172/92, de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 C.E., y muy en particular, en su apartado 4».

nazionale o dell'iscrizione all'anagrafe del Comune di residenza. La Costituzione spagnola riconosce i diritti fondamentali a tutti i minori, senza alcuna distinzione di cittadinanza, all'articolo 39. Pertanto, in virtù del combinato disposto degli articoli 13 e 39 Cost., il diritto a ricevere trattamenti sanitari, per i minori, rientra nella prima categoria individuata dal Tribunale costituzionale, non essendo ammesse distinzioni¹³⁹.

Una linea argomentativa analoga può essere applicata anche alla previsione di cui al comma 4 dell'art. 12 L.O. n. 4/2000, relativo all'assistenza alla gravidanza. Le ragioni del riconoscimento di tal diritto affondano le proprie radici oltre che nelle disposizioni costituzionali (art. 39, co. 2), anche nella Dichiarazione universale sui diritti del fanciullo, il cui articolo 24 fa espresso riferimento alla tutela della gravidanza e della maternità.

Quanto, invece, al primo comma dell'articolo 12 della legge, si rende necessario svolgere alcune riflessioni in merito alla scelta del legislatore. Per quanto riguarda "l'incasellamento" della disciplina nelle categorie individuate dalla giurisprudenza, ci si trova all'interno di quello spazio nel quale il legislatore può operare delle distinzioni nel godimento di un diritto sulla base della nazionalità, purché esse rispettino i limiti della Costituzione e siano ragionevoli. La discrezionalità legislativa, in questo caso, ha condotto ad un risultato estensivo e generoso, dal momento che si è scelto di lasciare in secondo piano il requisito della regolarità della permanenza sul territorio dello Stato (accolto per esempio dal nostro legislatore), per dare prevalenza al requisito dell'iscrizione all'anagrafe del Comune ove l'immigrato ha la sua residenza abituale.

Si badi che per tale iscrizione non è necessario che il soggetto sia in possesso di un valido permesso di soggiorno, essendo semplicemente sufficiente l'elezione di una residenza abituale, che può essere anche fittizia: con l'istituto dell'*empadronamiento* il legislatore si pone il fine di censire la popolazione effettivamente residente in un

¹³⁹ In questi termini anche D.M. KAHALE CARRILLO, *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, in *Derecho y Salud*, 2007, 1, p. 108.

determinato territorio, anche al fine di prevedere *pro futuro* le azioni e gli interventi a livello di politiche sociali che meglio possano rispondere alle esigenze locali.

La regolarità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale, come detto, non è rilevante ai fini dell'iscrizione al *padron municipal*; quest'ultimo è un dovere che spetta ad ogni persona presente sul territorio spagnolo, senza alcuna differenziazione basata sulla nazionalità¹⁴⁰. Non sono rilevanti nemmeno le condizioni di vita del soggetto richiedente l'iscrizione, dal momento che non sono previsti requisiti minimi igienico-sanitari o altre condizioni del domicilio dichiarato; viene altresì ammessa l'indicazione di un indirizzo fittizio al fine di permettere l'iscrizione anche dei senza fissa dimora, i quali potranno, per esempio, indicare come recapito dormitori pubblici, o addirittura il luogo fisico presso il quale sono soliti pernottare¹⁴¹.

Una volta effettuata l'iscrizione all'anagrafe comunale, quindi, all'immigrato (regolare o irregolare che sia) spettano le prestazioni sanitarie garantite attraverso il Sistema Nacional de Salud alle medesime condizioni che agli spagnoli. Si attua in tal modo, per via legislativa, una totale equiparazione nella garanzia delle prestazioni fra stranieri (che abbiano soddisfatto il requisito amministrativo) e spagnoli: la scelta del legislatore, come detto, è estensiva, poiché pur collocandosi entro quell'ambito nel quale alcune differenziazioni sono concesse, si è scelto di equiparare le condizioni, considerando inoltre irrilevante la regolarità del soggiorno. Formalmente, non vi è ragione per la quale uno straniero non dovrebbe iscriversi, anche se – dal punto di vista pratico ed effettivo – sono state osservate alcune difficoltà, relative a limiti linguistici e carenza di informazioni o soprattutto a causa del timore di essere consegnati alle autorità e ricevere un decreto d'espulsione¹⁴².

¹⁴⁰ Dovere che si evince dall'articolo 15 della l. n. 7/1985, *Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*.

¹⁴¹ Più diffusamente sul cd. *empadronamiento* per gli immigrati in condizioni irregolari, si veda J. PEMÁN GAVIN, A. EZQUERRA HERVA, *El Empadronamiento de extranjeros en situación irregular*, in *El Cronista*, 2010, 11, pp. 72 ss.

¹⁴² Osservazioni relative a tali difficoltà e alle conseguenze che ciò comporta sul piano dell'effettiva attuazione della legge, oltre che sul piano della garanzia in concreto dei diritti, si veda M. ARBELÁEZ RUDAS, *Los Derechos sanitarios de los inmigrantes*, in E. AJA, J.A. MONTILLA, E. ROIG (a cura di), *Las*

3.2 *Il nucleo irriducibile del diritto alla salute: una definizione sfuggente?*

Dal punto di vista della garanzia del diritto costituzionale alla salute, in un'ottica comparatistica, possono essere avanzate alcune osservazioni in merito alle possibili declinazioni del diritto in relazione ai suoi destinatari.

Il quadro costituzionale italiano e spagnolo risulta essere sostanzialmente analogo, sotto il profilo della irrinunciabilità della garanzia dei diritti fondamentali a prescindere dalla cittadinanza. Tale principio ha subito un'interpretazione estensiva in entrambi i contesti presi in considerazione, grazie soprattutto all'intervento della giurisprudenza costituzionale, cui è seguito l'adeguamento del legislatore.

La garanzia del diritto alla salute rispetto ai suoi diversi destinatari può essere rappresentata in modo graduale, per cerchi concentrici. Il nucleo centrale, i cui titolari sono tutti gli individui, senza alcun tipo di distinzione, è rappresentato dalla tutela necessaria e indefettibile di quel nucleo essenziale del diritto alla salute su cui ha insistito molto la Corte costituzionale italiana. Entro questi limiti, il diritto alla salute presenta un contenuto che merita una garanzia particolarmente forte da parte dell'ordinamento, poiché la sua negazione provoca la violazione della dignità umana. L'aspetto problematico (per il momento) concerne l'impossibilità di individuare una definizione univoca del *nucleo irriducibile* del diritto alla salute, poiché vi sono variabili non prevedibili che possono comportare l'inclusione o l'esclusione di alcuni profili. Esse dipendono, in massima parte, dal fatto che sia la salute sia la dignità umana sono concetti relazionali, il cui reale contenuto non è a priori definibile con assoluta certezza, poiché da un lato dipende dalla concezione che ogni individuo ha di sé e della propria personalità e, dall'altro lato, poiché sono entrambi concetti che si

Comunidades Autónomas y la inmigración, Valencia, 2006, pp. 478-479. Osservazioni critiche, circa la non completa sostenibilità di tale scelta legislativa in termini di coerenza interna del sistema e circa il fatto che, comunque, da tale previsione non discende automaticamente l'universalità della copertura sanitaria di tutti gli individui presenti sul territorio spagnolo, si rinvia a E.M. ÁLVAREZ GONZALEZ, *El derecho a la asistencia socio-sanitaria de los ciudadanos europeos mayores de edad en Andalucía*, in *Revista Andaluza de Administración pública*, 2008, 70, pp. 311 ss.

prestano ad un'evoluzione rispetto al contesto spaziale, temporale e culturale in cui operano.

La prova dell'effettività di questo assunto è data proprio dalla comparazione tra Italia e Spagna: nel primo caso, è stata proprio la giurisprudenza costituzionale a escludere esplicitamente che il nucleo irriducibile andasse limitato alle ipotesi di urgenza, dovendosi considerare ricomprese all'interno del nucleo del diritto pure le prestazioni sanitarie essenziali per l'individuo, anche se continuative. Nella penisola iberica, sia attraverso l'intervento del giudice delle leggi sia grazie all'attuazione svolta in sede legislativa, si è ritenuto imprescindibile ascrivere alla parte irrinunciabile del diritto, oltre alle cure da prestare in caso di urgenza, anche la tutela sanitaria dei minori e della gravidanza e maternità (comunque oggetto di espressa menzione fra le prestazioni innegabili anche in Italia). A prima vista, probabilmente, si può osservare come la soluzione italiana sia più ampia e maggiormente garantista.

Al di fuori dei confini – seppur incerti – del nucleo irriducibile del diritto alla salute, è riscontrabile un ulteriore livello di destinatari: la categoria degli stranieri¹⁴³. Ci si trova in un terreno sul quale il contenuto del diritto riceve sostanza attraverso l'intervento del legislatore, naturalmente nel rispetto dei principi costituzionali. Come evidenziato dal Tribunal constitucional, sono possibili delle differenziazioni nel godimento di alcuni diritti, sulla base del criterio della cittadinanza; queste dipendono dalla discrezionalità legislativa, orientata in base alle finalità politiche dello Stato. A questo proposito si può osservare come in Italia sia stata accordata prevalenza al criterio di regolarità della permanenza sul suolo nazionale, mentre sia un altro il presupposto richiesto dal legislatore iberico. Giova però ricordare che i punti di partenza sono lievemente differenti, poiché nel nostro contesto la tutela riconosciuta allo straniero non regolarmente presente può sembrare più ampia rispetto a quella prevista in Spagna. Al contrario, però, la legge spagnola,

¹⁴³ Come già accennato *supra*, in questa categoria non si considerano solamente i cittadini dell'Unione Europea, poiché per le finalità di questa parte della trattazione essi saranno considerati alla stessa stregua dei cittadini e le possibili differenziazioni che derivano dall'ordinamento europeo sulla garanzia interna del diritto alla salute verranno approfondite nel Capitolo terzo.

sopraspedendo a tale requisito e richiedendo la semplice iscrizione all'anagrafe, ha infine raggiunto un risultato più garantista rispetto a quello italiano: un clandestino, se iscritto al *padron*, è in tutto e per tutto equiparato ad uno spagnolo nell'accesso alle prestazioni sanitarie.

Sono scelte, queste, che oltre ad essere valutabili in termini di ragionevolezza e legittimità costituzionale, potrebbero anche essere valutate dal punto di vista della sostenibilità finanziaria per il sistema¹⁴⁴. Ci si chiede, infatti, quali potrebbero essere le conseguenze dal punto di vista costituzionale, nel caso in cui il legislatore decidesse di ritrattare le proprie scelte, a seguito di un ri-bilanciamento con l'equilibrio della finanza pubblica.

Nel contesto italiano, pare difficile immaginare un *revirement* della Corte sul contenuto del nucleo irriducibile. Ormai esso è ascritto ad una giurisprudenza più che consolidata, tanto che pare arduo immaginare l'esclusione dell'aspetto della continuità ed essenzialità delle cure. Viceversa, in Spagna il non considerare rilevante la regolarità della condizione di immigrato è frutto di una scelta (valutabile in termini sicuramente positivi) operata dal legislatore. Se – riprendendo la metafora di Roberto Bin¹⁴⁵, secondo cui in tempo di crisi il vento soffia più forte e si bagna anche chi sta al centro dell'ombrello – il legislatore decidesse di limitare l'equiparazione tra spagnoli e stranieri a coloro che siano in possesso di un valido permesso di soggiorno, quali sarebbero le conseguenze dal punto di vista del diritto costituzionale? Probabilmente, attraverso l'intervento del giudice delle leggi, si giungerebbe comunque a una ri-estensione del nucleo duro del diritto, interpretando in modo estensivo l'*urgenza* di cui al comma 2 dell'art. 12 della L.O. n. 4/2000, in

¹⁴⁴ Non si tratta però di considerazioni che spettano al giuspubblicista, se non in modo limitato alle considerazioni che verranno qui svolte.

¹⁴⁵ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 345: «Il fatto è che la definizione del “diritto” non è come una pentola, rispetto alla quale un determinato fenomeno sta dentro o fuori, *tertium non datur*. Si comporta piuttosto come un ombrello durante un forte acquazzone: vi è un punto in cui la protezione è massima, e poi, via via che ci si allontana da esso, la tenuta diviene sempre meno efficiente; è persino difficile dire in che punto si è totalmente fuori dall'ombrello, anche perché in buona parte dipende dal vento».

modo tale da assicurare una tutela anche a situazioni soggettive che altrimenti rimarrebbero scoperte.

Se questo fosse vero, varrebbe a dimostrare, ancora una volta, che la “durezza” del nucleo irriducibile di un diritto non va intesa completamente in termini di *rigidità*, poiché i suoi confini non sono tracciati in modo netto e univoco, ma si prestano ad essere modellati a seconda di diversi fattori, quali per esempio la generosità con la quale il legislatore esercita la propria discrezionalità e il contesto nel quale tali diritti trovano applicazione. In questa prospettiva, una modifica del grado di tutela offerto a livello legislativo, oppure l'evoluzione delle possibilità di cure legate al progresso di scienza e medicina, possono determinare all'interno dell'ordinamento un mutamento nella percezione e nella conseguente estensione del nucleo irriducibile.

4. Cenni sulla concezione di diritto alla salute (rectius ai trattamenti sanitari) nel contesto britannico e sul sistema sanitario

La concezione dell'ordinamento britannico in tema di salute presenta alcune determinanti differenze rispetto al quadro costituzionale italiano (e in qualche misura anche quello a spagnolo).

Un diritto alla salute, inteso in termini generici e astratti, infatti, non è concepibile da parte di un giurista di *common law*: si parla piuttosto di *right to health care*, invece che di *right to health*¹⁴⁶. La differenza sta nello spettro contenutistico del diritto stesso: per un giurista britannico non sarà del tutto accettabile trattare di *right to health*, poiché il significato che la locuzione reca con sé implica una garanzia positiva fornita dallo Stato riguardante la salute intesa in senso globale. Dal momento che, infatti, non è possibile garantire l'assenza totale di malattie o comunque l'assenza di stati o situazioni che pregiudichino in qualche modo la salute, nel contesto giuridico britannico risulta preferibile trattare *right to health care*, inteso come diritto

¹⁴⁶ Sul problema definitorio e sulla differenza tra le due accezioni, si veda, per esempio, B. TOEBES, *Towards an improved understanding of the international Human Rights to Health*, in *Human Rights Quarterly*, 1999, 21, p. 662.

di accesso alle prestazioni sanitarie. All'interno del dibattito giuridico nel mondo anglosassone, è cosa rara imbattersi in una nozione di *right to health* che sia condivisa. L'espressione è sovente oggetto di critiche da parte della dottrina, poiché pare impossibile configurare un diritto alla salute che possa essere realmente e concretamente tutelato a livello statale: accogliendo la definizione di salute fornita dall'OMS, infatti, è impossibile poter garantire ai soggetti dell'ordinamento un bene giuridico la cui determinazione è tanto soggettiva da risultare dipendente da un numero di variabili non controllabili. Se si intende la salute negli ampi termini con cui essa è definita a livello internazionale, si richiede non solo ai poteri pubblici, ma anche ai medici stessi, un intervento che va ben oltre le umane possibilità¹⁴⁷; moltissimi dei fattori che interagiscono nella determinazione dell'effettivo livello di salute degli individui, inoltre, sono correlati a situazioni e condizioni fortemente legate al singolo, non soltanto al contesto geografico, economico e sociale nel quale egli vive.

Per queste ragioni, si usa spesso scindere la dimensione sociale e politica della salute degli individui (cui ci si riferisce in termini di *right to health*, facendo perdere al termine *right* la sua connotazione di diritto concretamente azionabile da parte del singolo e tutelabile da parte dei pubblici poteri), da quella invece più strettamente giuridica, in base alla quale individuare competenze, doveri e responsabilità nella garanzia di un accesso effettivo ai trattamenti sanitari. Questa dimensione suole essere indicata con la locuzione *right to health care*¹⁴⁸.

4.1 Il diritto (fondamentale) all'accesso alle prestazioni sanitarie come elaborato nel contesto britannico: la prospettiva dei diritti umani

Una volta delimitato, almeno in termini lessicali, lo spazio d'indagine, occorre ragionare sulla configurazione del diritto nello spazio – per così dire – costituzionale dell'ordinamento britannico. Ci si chiede, in altre parole, di che tipo di diritto si tratta

¹⁴⁷ Su questa critica cfr. C. NEWDICK, *Who should we treat?*, II ed., Oxford, 2005, p. 10.

¹⁴⁸ Cfr. C. NEWDICK, *Who should we treat?*, cit., p. 11.

e se valgono le osservazioni svolte in merito agli altri contesti costituzionali presi a riferimento. Una delle distinzioni considerate rilevanti in merito all'accesso alle prestazioni sanitarie concerne l'assolutezza, in contrapposizione alla relatività del diritto: con il primo termine si allude a diritti la cui effettività non dipende dall'esistenza o meno di diritti altrui, mentre con la seconda s'intende la necessità di operare un bilanciamento tra il diritto soggettivo ai trattamenti sanitari ed altri diritti o beni giuridicamente rilevanti, facenti capo ad altri soggetti nell'ordinamento¹⁴⁹.

A parere di chi scrive e alla luce delle pronunce giurisprudenziali con le quali il diritto è stato progressivamente specificato, non è possibile escludere l'una o l'altra dimensione; la natura del diritto e il suo spessore dipenderanno, di volta in volta, dalla circostanza concreta e dalla maggiore o minore prossimità del bene giuridico da tutelare rispetto al nucleo irriducibile del diritto.

Al fine di chiarire quanto si intende esprimere, è possibile proporre una prima schematizzazione: si prende in considerazione, da un lato, la dimensione *assoluta* del *right to health care* e, dall'altro lato, quella *relativa*, suscettibile di bilanciamento e talora cedevole in presenza di interessi e valori prevalenti.

Il profilo, per così dire, fondamentale del diritto alla salute porta a considerare, ai fini della valutazione, le ampie definizioni di salute condivise dalla comunità internazionale: la salute è, infatti, universalmente riconosciuta nella sua importanza; ad essa è stata data una definizione tanto ampia da ricomprendere tutte le possibili fattispecie ad essa connesse, a partire dalla prevenzione, fino ai trattamenti di sostegno vitale. In tale prospettiva, il bene giuridico oggetto di una tutela su cui apparentemente vi è un diffuso accordo, si ricollega alla dignità umana¹⁵⁰, all'autodeterminazione, al diritto all'integrità fisica e al diritto alla vita, tutti oggetto

¹⁴⁹ La distinzione è operata in C. NEWDICK, *Who should we treat?*, cit., p.12. Un esempio efficace, sebbene ormai risalente, di come tale bilanciamento può essere espletato da parte dei giudici e dei problemi che esso comporta è costituito dal cd. caso *Child B*, su cui *infra*, i cui riferimenti sono, per il giudizio di primo grado, *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B*. [1995] 25 BMLR 5 e, per il giudizio di secondo grado, *R v Cambridge Health Authority, ex p B* [1995] 2 All ER 129.

¹⁵⁰ Il concetto di dignità umana, come si è visto *supra*, in riferimento alla complessa definizione di nucleo irriducibile, è tanto ampio da essere forse troppo vago per essere garantito con uniformità.

di un alto livello di protezione sia da parte della comunità internazionale¹⁵¹, sia da parte dei singoli ordinamenti¹⁵².

Nel contesto britannico, un ruolo preponderante ai fini della determinazione della dimensione cd. fondamentale del diritto alla salute è giocato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e, in misura per nulla trascurabile, dall'interpretazione ad essa data dalla Corte di Strasburgo. Come noto, i diritti della CEDU sono stati incorporati nel sistema delle fonti dell'ordinamento attraverso lo *Human Rights Act* del 1998 (HRA)¹⁵³, in virtù del quale gli individui possono adire le Corti interne per la violazione dei diritti della Convenzione. Le *public authorities* (ivi comprese tutte le amministrazioni sanitarie del *National Health Service*¹⁵⁴) sono pertanto obbligate a conformare i propri provvedimenti e le proprie azioni al sistema di diritti della CEDU¹⁵⁵.

¹⁵¹ “Tracce” di diritto alla salute sono rinvenibili, oltre che nello statuto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, anche nell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, nel patto Internazionale dei diritti economici, sociali e culturali (art. 12) e in altri strumenti internazionali, quali la Dichiarazione di Alma-Ata del 1978, ecc.

¹⁵² C'è già stato modo di approfondire la configurazione costituzionale rispettivamente dell'art. 32 della Costituzione italiana e dell'art. 43 della Costituzione spagnola. Per quanto riguarda, invece, il Regno Unito, un diritto equivalente alle previsioni costituzionali degli altri due ordinamenti oggetto d'analisi sarà proposta al termine di questa sezione del lavoro.

¹⁵³ È opinione ormai diffusa che il catalogo dei diritti in esso contenuto vada a costituire quell'insieme pluri-documentale di testi legislativi che insieme formano il tessuto costituzionale della Gran Bretagna, attribuendo pertanto una forza particolare all'atto stesso. Va inoltre aggiunto che, anche prima dell'incorporazione della CEDU nel diritto interno, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, unitamente ai diritti proclamati nella Convenzione e nei suoi allegati costituivano un ausilio interpretativo di grande valore per le Corti interne, chiamate a tutelare in via giurisdizionale i diritti individuali. Su quest'ultimo aspetto, cfr. E. WICKS, *Human rights and healthcare*, Oxford, 2007, p. 6, che si richiama a M.J. BELOFF, H. MOUNTFIELD, *Unconventional Behaviour: Judicial Uses of the European Convention in England and Wales*, in *European Rights Law Review*, 1996, p. 467.

¹⁵⁴ Cfr. art. 6, NHS Act 1998.

¹⁵⁵ Cosa che invece non vale esattamente allo stesso modo per gli *Acts* del Parlamento. In virtù del principio della *sovereignty of Parliament*, infatti, ai giudici britannici è precluso uno scrutinio “sostanziale” sulla compatibilità della leggi di Westminster alla CEDU, che – se crede – può legiferare

Nonostante nella Convenzione non vi siano disposizioni che riguardano direttamente il diritto alla salute o il diritto a ricevere prestazioni sanitarie, sono più d'uno gli articoli che trovano applicazione nel settore oggetto d'indagine, a causa dello stretto legame tra il bene salute ed altri beni giuridicamente rilevanti e considerati di fondamentale importanza per l'essere umano: a partire dal diritto alla vita, vengono in gioco anche il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, il diritto alla vita privata e familiare, ecc.

Dal punto di vista teorico, sono state sollevate svariate argomentazioni volte a confutare la tesi per cui anche il diritto alla salute avrebbe una dimensione assoluta, quanto meno entro certi limiti¹⁵⁶.

Un primo elemento riguarda il fatto che la salute, considerata come bene giuridico meritevole di tutela, deve sempre e comunque trovare un bilanciamento con altri interessi tutelati dall'ordinamento. Tale tesi si fonda sul presupposto per cui sono necessarie delle risorse da destinare alla tutela della salute, che sono per loro stessa natura limitate e che devono essere utilizzate per la garanzia di altri diritti e *bisogni* sociali. Pertanto, le possibili risposte da dare (a livello ordinamentale) alle domande di salute che provengono dai consociati andranno necessariamente bilanciate con gli altri interessi rilevanti¹⁵⁷.

In secondo luogo, il diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie si configura come necessariamente limitato: esso viene garantito dallo Stato non soltanto con riguardo alle risorse di cui si dispone, ma anche secondo un principio di adeguatezza e di ragionevolezza nelle scelte operate, dal momento che i continui progressi della scienza e della tecnologia medica comportano un crescita incrementale delle possibilità di cura e di terapia, tanto da non porre limite alcuno alle domande che in contrasto con tali principi.

¹⁵⁶ I motivi che si presentano in questa sede sono stati – in parte – efficacemente riassunti e rielaborati, sulla scorta delle riflessioni (soprattutto filosofiche di fine Novecento) in Y. DENIER, *Efficiency, Justice and Care. Philosophical Reflections on Scarcity in Health Care*, Dordrecht, 2007, pp. 80 ss.

¹⁵⁷ In questa prospettiva ci si pone su un binario parallelo rispetto alla cd. teoria del diritto finanziariamente condizionato elaborate in via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale (su cui *supra*) e avallate dalla dottrina costituzionalistica.

possono sorgere. Questo ragionamento è sicuramente fondato, oltre che largamente condiviso ed empiricamente verificabile, ma è connesso all'idea di salute e di trattamenti sanitari intesa in senso ampio¹⁵⁸.

Il terzo argomento si ricollega al precedente e concerne il ruolo del “decisore” cui spettano le scelte circa le prestazioni da garantire. Vi è sicuramente un ampio spazio di discrezionalità (tendenzialmente tecnica) in capo al soggetto che, a seconda dell'ordinamento di riferimento, è responsabile delle determinazioni sulla garanzia di prestazioni sanitarie; esso, tuttavia, non è così ampio come a prima vista potrebbe apparire, poiché vi è sicuramente uno “zoccolo duro” di trattamenti la cui accessibilità non può essere impedita. La possibilità di deliberazione su che cosa in concreto garantire o su quali possano essere le condizioni d'accesso a una data prestazione sanitaria riguarda ciò che è ulteriore rispetto al contenuto necessario e irriducibile della salute¹⁵⁹.

Un esempio efficace per valutare il grado di influenza del recepimento della CEDU nel diritto interno è costituito dall'impiego dell'art. 2 in relazione al diniego di *life-saving treatments*. La tematica va però affrontata con cautela dal momento che, nel contesto dei diritti della Convenzione, il primo livello di tutela concerne la garanzia di non interferenza nel diritto; il livello ulteriore è costituito, invece, dal riconoscimento di obbligazioni positive in capo allo Stato volte alla protezione dello stesso. L'individuazione di quest'ultima categoria da parte della Corte di Strasburgo, tuttavia, si è dimostrata negli anni talora ondivaga e, generalmente, piuttosto accorta: cercando di astrarre, a partire dai casi concreti, la teoria elaborata dalla Corte, si potrebbe affermare che, pur nella esplicita volontà di non interferire in modo diretto

¹⁵⁸ In questa sezione dell'indagine ci si vuole limitare ad elaborare una definizione del livello minimo e irriducibile di tutela del diritto alla salute, la cui violazione va a comprimere la dignità della persona umana. A parere di chi scrive, alla luce anche dell'analisi del contesto britannico, sarà possibile giungere ad una determinazione in termini astratti di ciò che costituisce tale diritto.

¹⁵⁹ Si badi che, all'interno dell'insieme delle prestazioni ulteriori rispetto al cd. nucleo irriducibile, sono ricomprese anche le prestazioni essenziali, su cui più diffusamente *infra*, nel Capitolo secondo della trattazione. Ciò che interessa in questa sede rilevare riguarda appunto il contenuto del minimo di tutela irrinunciabile.

nelle decisioni statali, l'obbligazione positiva statale in relazione ad uno dei diritti della Convenzione sorge sulla base dell'impegno stesso preso dallo Stato. In altre parole, nel momento in cui a livello statale vi è la decisione di adottare una certa disciplina, che si connetta in modo più o meno esplicito ai diritti della CEDU, le azioni, i comportamenti e le garanzie statali devono essere configurate in modo coerente e sistematicamente orientato a riempire di contenuto concreto la determinazione assunta¹⁶⁰.

La dottrina delle obbligazioni positive, di conseguenza, impone un adeguamento dell'ordinamento interno non solo alla giurisprudenza della Corte, ma anche ad alcuni principi di coerenza interna. Va però sottolineato che i giudici di Strasburgo si sono dimostrati assai attenti nel non imporre agli Stati degli oneri eccessivi, soprattutto cercando di non interferire nelle decisioni relative all'allocazione delle risorse nel settore sanitario. Siffatto principio, curiosamente, emerge proprio quando il ricorso è avverso la violazione del diritto alla vita¹⁶¹: a parere di chi scrive, ciò è dovuto al

¹⁶⁰ In questa prospettiva sono assai indicative alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo in tema di aborto. In *A, B e C v. Irlanda* (ric. n. 25579/05) del 16 dicembre 2010, con riferimento al ricorso di C, la Corte ha valutato la dimensione di obbligazioni positive che sorgono dall'art. 8 CEDU, in relazione alla mancata attuazione, da parte dell'Irlanda, di quanto previsto dall'art. 40.3.3° della Costituzione. La disposizione prevede, infatti, anche l'obbligo di un intervento dello Stato, volto a dare effettività ai diritti coinvolti e che, nel caso di specie, doveva essere mirato a istituire con legge una procedura non giurisdizionale per permettere alla ricorrente di verificare la sua titolarità ad ottenere un aborto in Irlanda. Pochi mesi dopo, nella sentenza *R.R. v. Polonia* (ric. n. 27617/04 del 26 maggio 2011) la Corte, riprendendo i principi stabiliti nella sentenza *A, B e C v. Irlanda* (par. 245), ha ribadito che dall'art. 8 CEDU discendono delle obbligazioni positive che comprendono l'adozione delle misure volte ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare, che possono consistere anche nella previsione di un quadro regolamentare e procedurale, oltre che giurisdizionale o quasi giurisdizionale, al fine di garantire l'attuazione dei diritti individuali della Convenzione (par. 185).

¹⁶¹ In *Osman v. Regno Unito* (ric. n. 23452/94 del 28 ottobre 1998), la Corte ha stabilito che il diritto alla vita va interpretato in modo da non imporre alcun onere sproporzionato o impossibile da soddisfare in capo agli Stati, tenendo conto delle difficoltà delle società moderne, dell'imprevedibilità della condotta umana e delle scelte operative che devono essere effettuate in termini di priorità e di risorse (parr. 115-116). Nonostante la sentenza riguardasse un caso di omicidio e i diritti nel campo della salute non fossero direttamente coinvolti, tuttavia, la massima contenuta nella sentenza ha da

fatto che la Corte, chiamata a fornire un'interpretazione dell'art. 2 CEDU, si trova costretta a definire in modo estremamente accurato le obbligazioni nascenti in capo allo Stato, poiché altrimenti rischierebbe di invadere in modo probabilmente non sostenibile il margine d'apprezzamento degli Stati stessi. Sicuramente il diritto alla vita prevale in caso di bilanciamento con considerazioni legate alla disponibilità finanziaria; cionondimeno, tuttavia, si può anche essere portati a pensare che, nel momento in cui sia limitato l'accesso a terapie o trattamenti anche di sostegno vitale, ciò possa essere giustificato sulla base della necessità di creare una gerarchia di priorità, purché il primo elemento di valutazione rimanga sempre la tutela del *best interest* del paziente.

Nella dicotomia tra diritti di libertà e diritti sociali, il dibattito sulle cosiddette *hard choices* che caratterizzano necessariamente il sistema sanitario¹⁶² risulta condizionato dalla tipologia di diritto ritenuto prevalente: esso si sostanzia nella protezione diretta riconosciuta all'individuo, nel caso dei cd. *negative rights*, rispetto, invece, ad una ricerca di eguaglianza tra i soggetti, volta a promuovere il bene della collettività in termini generali, nel caso dei *positive rights*¹⁶³. In tale prospettiva, il discorso sui diritti e la tutela della salute si configura in termini differenti rispetto alle tradizioni giuridiche italiana e spagnola.

Non sono moltissimi i casi riguardanti il diritto alla salute o a ricevere determinati trattamenti sanitari, decisi da Corti britanniche, che abbiano visto, fra le questioni sollevate, la prospettiva dei diritti umani e, in particolare, l'applicazione delle previsioni dello *Human Rights Act 1998*. Dal punto di vista della garanzia, all'interno dell'ordinamento, dell'accesso a prestazioni sanitarie per gli utenti del NHS e, in via

subito destato l'interesse della dottrina britannica che si è interrogata sulle implicazioni dello *Human Rights Act* nel settore sanitario. Per tutti cfr. A. GARWOOD-GOWERS, J. TINGLE, T. LEWIS, *Healthcare: the impact of the Human Rights Act 1998*, London, 2001, p. 63.

¹⁶² Lo stabilire la priorità tra casi clinici e terapie; il decidere se finanziarie un determinato trattamento sanitario piuttosto che un altro, sottoporre un paziente a un *life-saving treatment*, dovendo così rinunciare a curare molte altre persone, ecc.

¹⁶³ Cfr. C. NEWDICK, *The positive side of healthcare rights*, in S.A.M McLEAN (a cura di), *First do not harm*, Aldershot, 2006, p. 578.

preliminare, della creazione di un sistema coerente di priorità tra bisogni e necessità, il sistema dei diritti fondamentali entrato a far parte come diritto positivo dell'ordinamento giuridico britannico, ha dato vita a nuovi quesiti relativi alla compatibilità tra la garanzia dei diritti fondamentali enunciati nella Convenzione, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e i diritti riconosciuti a livello interno ai pazienti del sistema sanitario. Fra essi, la dottrina britannica si è chiesta se dovesse mutare il tipo di bilanciamento sino a quel momento adottato con le esigenze di razionamento delle risorse economiche. In altre parole, ci si è chiesti se, alla luce del sistema di diritti fondamentali che deriva dalla Convenzione, gli obiettivi del NHS debbano essere rivisti¹⁶⁴.

Al fine di completare l'analisi comparata del diritto alla salute inteso nella sua complessità, può essere d'ausilio riprendere le medesime categorie classificatorie riscontrate negli altri contesti costituzionali presi ad esame e valutarne l'utilità dell'applicazione in riferimento all'ordinamento giuridico britannico. In questa prospettiva, possono essere osservate – ancora una volta – due dimensioni del diritto alla salute: da un lato, il diritto fondamentale e, dall'altro lato, la sua natura di diritto sociale, di prestazione, o (come catalogato dalla dottrina britannica) di *positive right*¹⁶⁵. Nuovamente, però, non è possibile tracciare con nitidezza i confini tra le “facce” del diritto, risultando probabilmente preferibile l'abbandono della dicotomia. Un caso molto importante, nel quale è stato richiamato l'articolo 2 della Convenzione europea, è il cosiddetto caso *Child B*¹⁶⁶, che ha visto la battaglia legale del padre di una bambina allo stadio terminale della leucemia, volta a chiedere il finanziamento di

¹⁶⁴ Efficace nel riassumere il dibattito è C. NEWDICK, *The positive side of healthcare rights*, cit., p. 575: «How does rights theory permit public authorities to balance competing claims to finite resources and promote *community* interests? Within a regime of scarce resources this prompts questions such as: what are the fundamental objectives of the NHS? Should they be *utilitarian* and designated to maximise health gain for the greatest number, or *egalitarian* – to reduce health inequality in the community?».

¹⁶⁵ C. NEWDICK, *The positive side of healthcare rights*, cit., p. 582. L'autore sostiene che la legislazione sui diritti umani ha un impatto rilevante sulla definizione del diritto alla salute, poiché conduce al riconoscimento della dimensione *sostanziale* del diritto.

un ulteriore trapianto di midollo osseo per la piccola, nonostante le prospettive di sopravvivenza fossero assai deboli. La vicenda aveva suscitato un ampio dibattito pubblico e ha segnato un punto di svolta nell'approccio giurisprudenziale delle Corti britanniche nei casi relativi all'accesso alle prestazioni sanitarie, cui si darà conto nel prosieguo della trattazione. Ciò che interessa in questa sede rilevare concerne il rischio di violazione del diritto alla vita della ricorrente, nel caso di diniego ingiustificato delle terapie richieste.

La vicenda si era conclusa con l'avallo giurisprudenziale del diniego dell'amministrazione sanitaria di un ulteriore ciclo di chemioterapie per la piccola paziente. I giudici avevano fondato la loro decisione su una valutazione di impatto economico delle terapie sul sistema sanitario, poiché le risorse eventualmente impiegate per la cura di un singolo individuo avrebbero escluso molti altri pazienti dall'accesso a prestazioni egualmente vitali. Il caso era antecedente all'adozione dello *Human Rights Act*; il dato cronologico, tuttavia, non deve indurre a ritenere che, se la decisione fosse stata successiva al 1998, il risultato sarebbe stato necessariamente diverso. Molto probabilmente, però, sarebbero state diverse le motivazioni della sentenza, poiché in essa si sarebbe dato maggiormente conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e poiché, per raggiungere il medesimo risultato, forse, il giudice d'appello sarebbe dovuto ricorrere ad uno scrutinio più intenso del procedimento decisorio dell'amministrazione sanitaria¹⁶⁷.

Un'altra ipotesi degna di considerazione è quella del rischio di non ricevere prestazioni sanitarie adeguate, nel caso in cui la privazione sia considerata di una

¹⁶⁶ La decisione del giudice di primo grado è *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B (a minor)* [1995] 25 BMLR 5; la decisione della *Court of Appeal* è invece *R v Cambridge Health Authority, ex p B* [1995] 2 All ER 129. Il caso sarà approfondito *infra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata al Regno Unito.

¹⁶⁷ Nonostante un'apparente apertura del giudice di primo grado, che fu accolta con ampio favore dalla dottrina all'epoca della decisione, il giudice d'appello risolse il caso deferendo il merito della decisione alla discrezionalità medica e sostenendo che ad un giudice non è demandato il compito di effettuare le complesse valutazioni etiche e soprattutto cliniche che sono invece proprie della professione clinica. Il caso sarà più diffusamente analizzato *infra*.

gravità tale da costituire un trattamento inumano e degradante: si fa riferimento al caso *D. v. United Kingdom*¹⁶⁸, nel quale la Corte di Strasburgo ha rilevato la violazione dell'articolo 3 CEDU da parte del Regno Unito, per l'estradizione di un detenuto, in stadio avanzato di AIDS, nell'isola di Saint Kitts, dove sarebbero mancate le opportune terapie. Nel decidere se estradare un detenuto, infatti, gli Stati devono prestare particolare attenzione a che al soggetto siano comunque garantiti tutti i trattamenti medici di cui abbisogna, poiché altrimenti vi sarebbe una violazione degli obblighi positivi dello Stato che derivano dall'articolo 3 della Convenzione. La Corte, tuttavia, ha tenuto a precisare che l'articolo in questione non include un diritto a ricevere – nemmeno – un livello minimo di trattamenti sanitari, dal momento che l'intera sentenza ruota intorno all'eccezionalità della situazione e delle circostanze del caso concreto¹⁶⁹; proprio in virtù della straordinarietà della condizione del detenuto, la Corte ha stabilito che un'eventuale estradizione di D. avrebbe comportato la violazione dell'art. 3 CEDU e per questa ragione gli fu concesso di rimanere nel Regno Unito, per concludere la terapia iniziata¹⁷⁰.

Tale aspetto, a parere di chi scrive, dimostra la particolare attenzione con la quale la Corte di Strasburgo si approccia a questioni giuridiche che determinino di riflesso un impegno statale in termini di garanzia di prestazioni sanitarie.

¹⁶⁸ *D. v Regno Unito* (ric. n. 30240/96, del 2 maggio 1997) è stato riconosciuto il diritto di un detenuto malato di AIDS in fase terminale a rimanere nel territorio del Regno Unito e a non essere estradato a S.Kitts, ove non avrebbe potuto godere delle prestazioni sanitarie che riceveva invece nelle carceri britanniche.

¹⁶⁹ *D. v Regno Unito* (ric. n. 30240/96, del 2 maggio 1997), par. 54; cfr. anche R. REED, J. MURDOCH, *A Guide to Human Rights in Scotland*, Edinburgh, 2008, p. 313; E. JACKSON, *Medical law. Text cases and materials*, II ed., Oxford, 2010, pp. 91 ss.

¹⁷⁰ Che si trattasse di motivi eccezionali, è stato dimostrato nella decisione *N v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 31, in cui una detenuta malata di AIDS fu estradata nel suo paese d'origine, l'Uganda, nonostante avesse iniziato la terapia nel Regno Unito, sulla base di un *distinguishing* rispetto al precedente, poiché la donna non si trovava nello stadio terminale. Il caso è citato in C. NEWDICK, *The positive side of healthcare rights*, cit., p. 583.

Il caso, tuttavia, è ormai risalente e si è portati a credere, anche sulla scorta della più recente giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo, che siano ipotizzabili alcune modifiche nell'orientamento dei giudici europei.

Ne è prova la recente pronuncia nel caso *R.R. v. Poland*¹⁷¹, nella quale la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 della CEDU ad opera della Polonia, nei confronti di una donna cui erano stati negati esami diagnostici durante la gravidanza¹⁷², proprio in base al principio secondo cui nel momento in cui lo Stato, applicando il proprio margine d'apprezzamento, decide di prevedere l'accesso a determinate prestazioni sanitarie, è necessario che siano predisposte tutte le misure necessarie al fine di rendere effettive le aspettative individuali che sorgono dalla disciplina.

Peraltro, il fatto che nella vicenda di *D. v. Regno Unito* fossero in gioco circostanze *eccezionali* non è scevro di implicazioni: ciò costituisce una sorta di “via di fuga” sia per le amministrazioni sanitarie sia per i giudici di merito chiamati a decidere sull'accesso individuale alle prestazioni sanitarie.

¹⁷¹ *R.R. v. Polonia* (ric. n. 27617/04 del 26 maggio 2011), cfr. *supra*. La giurisprudenza più recente della Corte dimostra che – al di là del margine d'apprezzamento riconosciuto a ciascuno Stato quanto alla scelta di che cosa in concreto garantire laddove vengano in gioco elementi di bilanciamento fra diritti costituzionali – la dottrina delle obbligazioni positive nascenti in capo ad uno Stato come conseguenze di un impegno precedentemente assunto si è fatta più definita rispetto al caso di *D. v. Regno Unito*.

¹⁷² Il caso riguardava una donna polacca alla quale erano stati preclusi tutti gli esami e gli accertamenti medici durante la gravidanza per verificare lo stato di salute del nascituro. La donna aveva manifestato la volontà di abortire, qualora il risultato degli esami genetici sul feto avesse rivelato una patologia congenita. Nonostante ella si fosse rivolta per tempo alle strutture sanitarie di riferimento, non le fu tuttavia possibile in alcun modo ottenere i test genetici richiesti; fu pertanto costretta a portare a termine la gravidanza e mise al mondo un bimbo affetto dalla sindrome di Turner. La Corte di Strasburgo ha rilevato la violazione da parte della Polonia delle obbligazioni positive che sorgono dall'art. 3 CEDU, a causa dell'omissione della garanzia di accesso a tutte le prestazioni sanitarie (in questo contesto si trattava di esami diagnostici e genetici) finalizzati a conoscere lo stato di salute del feto.

Come visto con riferimento al contesto italiano, la previsione di una valutazione da operarsi caso per caso è un elemento di elasticità del sistema che può permettere – qualora utilizzato in modo virtuoso – di garantire l'eguaglianza sostanziale tra i soggetti dell'ordinamento. Una clausola di elasticità concepita in questi termini, però, è portata a funzionare correttamente laddove sia applicata ad un principio generale in virtù del quale sia previsto l'accesso a prestazioni sanitarie in determinate circostanze, per determinate categorie di individui o in presenza di particolari patologie.

Nel contesto britannico, invece, la regola operativa che deve trovare applicazione è concepita in termini troppo rigidi per poter permettere la previsione di una valutazione caso per caso, sulla scorta della scienza medica: nel Regno Unito, infatti, non è previsto alcun tipo di correttivo che permetta un'iscrizione o un accesso (seppur limitato) alle prestazioni fornite all'interno del NHS¹⁷³ a coloro che non sono residenti¹⁷⁴.

Sull'applicazione da parte dei giudici di merito del principio individuato dalla Corte di Strasburgo nel caso *D.*, è paradigmatica una sentenza della House of Lords del

¹⁷³ Nei paragrafi precedenti si è infatti visto come in Spagna l'iscrizione al SNS sia consentita a tutti coloro che effettuano il cd. *empadronamiento* (vale a dire l'iscrizione all'anagrafe del Comune ove sono domiciliati), mentre in Italia sia stato creato in via legislativa prima e con le correzioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale un articolato sistema di accesso alle prestazioni sanitarie del SSN.

¹⁷⁴ La disposizione di riferimento è l'art. 175 del *National Health Service Act 2006*: «(1)Regulations may provide for the making and recovery, in such manner as may be prescribed, of such charges as the Secretary of State may determine in respect of the services mentioned in subsection 2. (2)The services are such services as may be prescribed which are: (a)provided under this Act, and (b)provided in respect of such persons not ordinarily resident in Great Britain as may be prescribed. (3)Regulations under this section may provide that the charges may be made only in such cases as may be determined in accordance with the regulations. (4)The Secretary of State may calculate charges under this section on any basis that he considers to be the appropriate commercial basis». Si veda anche *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations*, la cui ultima versione è dell'agosto 2011.

2005¹⁷⁵. Il modo in cui la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata recepita nel diritto interno induce a riflettere proprio in termini di elasticità o rigidità delle scelte operazionali, ove viene in gioco la dimensione cd. fondamentale del diritto alle prestazioni sanitarie. Da un lato, infatti, i giudici sottolineano il fatto che l'eccezionalità delle circostanze, così come concepita nel caso del detenuto di St. Kitts perde il proprio valore qualora venga considerata unitariamente la categoria dei pazienti affetti da AIDS: se la violazione dell'art. 3 CEDU viene rilevata in mancanza di assistenza e cure mediche appropriate allo stato di salute e in mancanza di supporto da parte dei familiari, come è possibile operare delle distinzioni tra malati, visto che tutti inevitabilmente arriveranno allo stadio terminale? È questo il punto sul quale si gioca il *distinguishing* secondo i Lords britannici: il test delle circostanze eccezionali, elaborato dalla Corte di Strasburgo in *D. v. Regno Unito*, trova un'interpretazione restrittiva nel caso di specie e viene considerato soddisfatto solo ove si ripetano sostanzialmente i medesimi elementi di fatto del caso precedente, ossia lo stadio terminale di malattia e l'impossibilità comprovata di ottenere le prestazioni sanitarie necessarie nel Paese d'origine¹⁷⁶. Paradossalmente, il test delle

¹⁷⁵ Si tratta di *N v. Secretary of State for Home Department* [2005] UKHL 31, del 5 maggio 2005. Il caso riguardava una donna trentenne di origine ugandese, malata di AIDS, in stadio avanzato, ma non terminale, alla quale era stato rigettata la richiesta d'asilo. Opponendosi al provvedimento di espulsione, N chiedeva che venisse applicato il principio stabilito in *D. v Regno Unito* da parte della Corte di Strasburgo, ovvero che le fosse concesso di rimanere in Gran Bretagna poiché non avrebbe avuto accesso alle cure idonee al suo stato di salute in Uganda. L'appello fu rigettato, sulla base di un *distinguishing* rispetto al caso D che verrà ora messo in luce. Per altri casi in cui i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo hanno trovato applicazione nella giurisprudenza britannica, si veda, *inter multis*, R. REED, J. MURDOCH, *A Guide to Human Rights in Scotland*, cit., *passim*.

¹⁷⁶ Cfr. par. 13 della sentenza. È il paragrafo 48 che costituisce il vero e proprio cuore del *reasoning* dei Lords: «For an exception to be made where expulsion is resisted on medical grounds the circumstances must be exceptional». È l'essenza tautologica dell'affermazione a dimostrare l'interpretazione restrittiva del test, tanto che, infatti, poche righe dopo si aggiunge che da parte della Corte di Strasburgo questo stesso test è stato considerato soddisfatto solamente in un'altra occasione, oltre al caso D. Il riferimento è a *B.B. v Francia* (ric. n. 30930/96 del 7 settembre 1998), sostanzialmente analogo al precedente: in entrambi i casi, infatti, la malattia era già allo stadio

exceptional circumstances non risulta soddisfatto poiché i giudici ritengono che non rientri nelle loro competenze l'ampliamento dei criteri elaborati dalla Corte dei diritti dell'uomo, dato che si tratterebbe di un'estensione, operata da una corte interna, della portata applicativa della Convenzione¹⁷⁷.

4.2 Considerazioni di carattere comparatistico a partire dal contesto britannico

Alla luce delle considerazioni sino a questo momento svolte e dei dati sui quali l'indagine si è concentrata, è possibile compiere alcune valutazioni circa il diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie, con particolare riguardo al profilo – per così dire – fondamentale dello stesso.

Una distinzione che pare emergere con una certa chiarezza dai contesti esaminati riguarda la differenza tra alcuni elementi tra loro contigui (e spesso tra loro confusi o sovrapposti) che caratterizzano i sistemi sanitari e la garanzia di prestazioni mediche fornita dall'ordinamento: si allude alla garanzia di accessibilità alle prestazioni, come distinta dalla disponibilità delle stesse e dalla sostenibilità finanziaria, all'interno di un contesto in cui tali fattori devono essere necessariamente considerati in termini relativi. Non è infatti possibile considerare tali parametri in termini assolutistici o quantitativi, poiché è proprio su di essi che influiscono le variabili intrinseche al settore della salute, ovvero lo sviluppo incontrollabile e imprevedibile della scienza e

terminale e nei Paesi d'origine dei ricorrenti non vi era modo di ricevere trattamenti medici sufficienti.

¹⁷⁷ Cfr. par. 52 della sentenza: «The corollary of what I have just said is that a decision that her appeal should nevertheless be allowed would amount to an extension of the exceptional category of case which is represented by *D. v United Kingdom*. As I said at the start of this opinion, it is not open to the national court to extend the scope of the Convention in this way. If an extension is needed to keep pace with medical developments, this must be left to the Strasbourg court». L'avverbio *paradossalmente* è utilizzato a bella posta, dal momento che la Corte europea dei diritti dell'uomo era stata accorta nel sottolineare l'eccezionalità delle circostanze poiché non voleva imporre un onore eccessivo agli Stati, condizionando in modo potenzialmente estensivo il loro diritto interno. Nel momento in cui la decisione deve essere presa da una Corte interna, però, si sceglie di non ampliare il precedente di Strasburgo per non estendere la portata interpretativa della Convenzione.

tecnica medica e i costi correlati. Per tale ragione, i criteri da elaborare dovranno necessariamente essere elastici e concepiti in termini qualitativi e garantistici, piuttosto che non meramente quantitativi e rigidi.

Riprendendo le riflessioni svolte in merito alle differenze definitorie riguardanti il concetto di “diritto alla salute” in ciascuno degli ordinamenti presi in considerazione, risulta di irrinunciabile fissare alcuni punti fermi. In primo luogo, in nessuno dei contesti oggetto d'indagine, è configurabile un diritto ad essere sani, quanto piuttosto un diritto ad accedere ai mezzi, agli strumenti e alle prestazioni che integrano lo stesso; si tratta, in questi termini di un diritto che include la possibilità di fruire di opportunità e risorse che vengono messe a disposizione dall'ordinamento oppure che vengono richieste individualmente, al fine di rispondere ad una domanda (più o meno soggettiva) di salute¹⁷⁸.

Una delle verifiche che è necessario svolgere per poter proseguire efficacemente la trattazione riguarda il grado di accessibilità del modello universalista britannico: come visto, agli utenti del NHS è garantita la fruizione delle prestazioni disponibili, in condizioni d'eguaglianza dal punto di vista soggettivo, fatto salvo il soddisfacimento dei requisiti d'accesso alle stesse, che trova giustificazione nella necessità di creare un sistema di priorità nel servizio sanitario. Qualora, invece, un soggetto non sia iscritto al servizio sanitario, in quanto non residente, le regole sono più restrittive: il sistema sanitario garantisce le prestazioni mediche immediatamente necessarie in caso di urgenza, l'assistenza ai minori e il trattamento di specifiche patologie infettive, fra cui le malattie sessualmente trasmissibili¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Cfr. J. GIBSON, *Intellectual property, Medicine and Health*, Farnham, 2009, in particolare *sub* capitolo 3, *The human right to health*, p. 47.

¹⁷⁹ A questo si aggiunge il trattamento sanitario obbligatorio per salute mentale. Esse devono essere fornite a tutti i soggetti indipendentemente dalla loro iscrizione al NHS. Per i richiedenti asilo tali prestazioni devono essere concesse gratuitamente. Originariamente le prestazioni esenti dal pagamento per i non residenti erano indicate dall'art. 3 de *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 1989*; esso oggi è stato sostituito (e parzialmente aggiornato) da *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2011*, nel quale la lista di prestazioni è rinvenibile all'art. 6. Il grado di protezione offerto dall'ordinamento britannico,

Il quadro normativo relativo al diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie all'interno del NHS per coloro che non vi sono iscritti (in quanto non residenti sul territorio nazionale del Regno Unito) non è di semplice ricostruzione. Come visto, sono previsti alcuni interventi che devono sempre e comunque essere garantiti; a tutto ciò va però aggiunta una gradazione nella tutela che concerne l'esenzione o meno dal pagamento del costo della prestazione. È necessario sottolineare, in via preventiva, che la richiesta di pagamento degli interventi cui un soggetto non residente viene eventualmente sottoposto durante la propria permanenza (legale o non) in Gran Bretagna non incide sulla disponibilità del trattamento stesso, ma aiuta a comprendere quale valore sia attribuito alle differenti tipologie di assistenza medica o terapeutica da parte dell'ordinamento.

Il tema è stato recentemente oggetto di *judicial review*, in una sentenza della High Court of Justice, chiamata a valutare a quali categorie di immigrati si estendesse il principio di gratuità delle prestazioni¹⁸⁰. La Corte, interpretando anche la giurisprudenza CEDU in materia di accesso alle prestazioni mediche¹⁸¹, ritiene che le linee guida che indicano le condizioni per il pagamento o per l'esenzione dallo stesso per i non residenti nel Regno Unito sia illegittima nella parte in cui esclude dalla gratuità delle cure i richiedenti asilo che, come nel caso di specie, pur avendo ricevuto un diniego, si trovino ancora sul territorio nazionale, non essendo stata disposta l'espulsione. Il provvedimento impugnato, inoltre, distingue diversi gradi di prestazioni sanitarie, la cui garanzia è modulata con rispetto alla loro gratuità a seconda che si tratti di cure immediatamente necessarie, urgenti oppure ordinarie. I giudici, in questo caso, ritengono che la differenziazione sia legittima, in quanto lo Stato rispetta le obbligazioni positive che sorgono dalla Convenzione europea

nonostante le differenze strutturali poste in luce pare essere simile a quello italiano e spagnolo.

¹⁸⁰ Si tratta di *A, R (on the application of) v West Middlesex University Hospital NHS Trust [2008] EWHC 855 (Admin)*, dell'11 aprile 2008. Il caso riguardava un richiedente asilo, la cui domanda era stata rigettata ma che non aveva ancora ricevuto il provvedimento d'espulsione.

¹⁸¹ Il riferimento è soprattutto la sentenza *Tysiak v. Polonia* (ric. n. 5410/03), del 20 marzo 2007.

garantendo l'accesso alle prestazioni mediche e terapeutiche; il contributo alle medesime è ben distinto dalla loro disponibilità¹⁸².

La prospettiva britannica aiuta, nell'analisi comparata, a dimostrare che il principio di universalità, inteso in termini di parità di offerta di prestazioni sanitarie per gli utenti del NHS e uguali condizioni per tutti nell'accesso, a partire dalla richiesta avanzata dall'individuo, è cosa ben distinta dal profilo della gratuità delle cure. Esso è subordinato a valutazioni anche discrezionali e comunque soggette al mutamento del contesto storico ed economico in cui esse stesse operano e comunque non va direttamente a integrare la dimensione fondamentale del diritto alla salute, in quanto concerne, piuttosto, la tutela offerta dall'ordinamento alle condizioni d'indigenza. Tale elemento è reso evidente, per esempio, dal testo costituzionale italiano, mentre traspare forse con qualche maggiore difficoltà da quadro britannico. Detta in termini più efficaci «the right to health care comprises a right to primary health care, a right not to pay for health care treatment if paying for it would bring us below the poverty threshold, and a set of procedural rights in health care»¹⁸³.

5. La dimensione “unitaria” del diritto alla salute

¹⁸² Cfr. *A, R (on the application of) v West Middlesex University Hospital NHS Trust [2008] EWHC 855 (Admin)*, dell'11 aprile 2008, par. 30-31: «In the briefest of summaries, the guidance in effect requires clinicians to treat those whose life would be in danger if it were withheld or who would suffer serious injury. It requires them to defer for a short time the provision of urgent treatment pending a determination on whether or not they could receive such treatment in their home territory, and it requires them not to initiate treatment which is not urgent where the patient is chargeable, until a deposit is paid. That advice is clearly rigorous, but it is not, in my view, unlawful by reason only of its terms. Article 8 of the Convention does not impose on a Convention state the obligation to provide medical treatment at any specific level to persons within its territory (see *Tysiac v Poland* 5410/03, 20th March 2007, paragraph 107). [...] By providing treatment to deal with life-threatening emergencies and situations in which serious injury may result if the patient is untreated, the state is fulfilling its minimum obligation under Article 8 and, if it still exists, under the law of common humanity».

¹⁸³ C. FABRE, *Social Rights under the Constitution*, Oxford, 2000, p. 39.

Senza voler anticipare le conclusioni, ma provando a tracciare alcune linee di demarcazione, è possibile individuare alcune convergenze nella configurazione del diritto alla salute in prospettiva comparata.

In virtù dei principi di autonomia e autodeterminazione del singolo che possono essere, senza particolari dubbi, considerati come una cifra comune degli ordinamenti costituzionali presi a riferimento, oltre che paradigmi che trovano applicazione anche nel contesto internazional-europeo in cui opera la CEDU e – come si avrà modo di vedere *infra* nel quadro sovranazionale – gli Stati devono garantire agli individui il rispetto di tali principi come condizioni minime e necessarie alla realizzazione della propria personalità e alla conduzione della propria esistenza. Si tratta di ciò che, nelle parole della Corte costituzionale, è stato ascritto a quel nucleo irriducibile protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana¹⁸⁴, che in concreto si realizza attraverso il rispetto e la promozione dei principi di autodeterminazione e benessere che vengono garantiti attraverso un intervento positivo statale.

Il dovere statale, si badi, riguarda la garanzia di esistenza e disponibilità di tutte le prestazioni sanitarie che integrino il – e presentino le caratteristiche per essere considerate facenti parte del – cd. nucleo irriducibile; l'accesso ad esse deve essere garantito a tutti, a prescindere dall'iscrizione o meno al sistema sanitario di riferimento e indipendentemente dalla condizione di presenza regolare sul territorio dello Stato. In altri termini, non dovrebbe rientrare nell'ambito della discrezionalità legislativa la preclusione dell'accesso nei confronti di taluni individui a prestazioni sanitarie ascrivibili al nucleo irriducibile del diritto. La gratuità delle stesse, invece, appartiene ad un piano diverso, trattandosi di un elemento che – entro certi limiti – concorre a determinare l'equilibrio dell'assetto statale e a creare, probabilmente, una legittima differenziazione tra situazioni giuridiche “acquisite” e “pacifiche” (quella di iscrizione al servizio sanitario) e situazione che, invece, per loro stessa natura così non sono, a causa di numerose variabili¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Si veda, per esempio C. cost., sent. n. 509/2000, sent. n. 252/2001.

¹⁸⁵ Per esempio, l'occasionalità o la transitorietà della permanenza sul territorio statale, oppure il fatto di non aver un diretto legame con l'ordinamento, possono entro certi termini giustificare la non

La soglia al di sotto della quale non si può scendere è quella dell'indigenza: non è infatti configurabile la restrizione all'accesso a trattamenti sanitari per coloro che non possano farvi economicamente fronte. In questa prospettiva, l'ordinamento italiano ha dimostrato di adottare una prospettiva tendenzialmente aperta, attribuendo al dato letterale dell'art. 32 Cost., nella parte in cui garantisce cure gratuite agli indigenti, un'interpretazione flessibile e modellabile a seconda del contesto specifico in cui la condizione economica soggettiva deve essere valutata¹⁸⁶.

Flessibile, seppur in termini differenti – come si è avuto modo di approfondire *supra* – è anche l'ordinamento spagnolo, che apre la tutela attraverso un meccanismo di iscrizione per il quale è sufficiente la presenza *de facto* sul territorio statale.

Si dimostra, invece, più rigido, da questo punto di vista, l'ordinamento britannico, nel quale il requisito della residenza è ritenuto imprescindibile ai fini dell'ottenimento di prestazioni sanitarie. Indicazioni verso possibili correttivi a tale rigidità possono giungere dal formante giurisprudenziale, il quale tuttavia ha preferito – almeno sino ad ora – rimanere aderente ai precedenti propri e a quelli della Corte europea dei diritti dell'uomo, cercando di non estendere, se non in casi *eccezionali*, la portata interpretativa delle restrizioni poste a livello normativo. A ciò vale la pena di aggiungere, anticipando lievemente le considerazioni che seguiranno¹⁸⁷, che le Corti di merito britanniche hanno insistito molto sul fattore del rispetto e dell'adeguamento a principi di carattere procedurale, in un'ottica forse più collettivistica del sistema sanitario¹⁸⁸.

Possono essere, infatti, individuati alcuni principi generali, che derivano dalla legislazione britannica che ha incorporato nel diritto interno la Convenzione Europea gratuità dell'accesso alle prestazioni.

¹⁸⁶ Il riferimento è alla cd. sentenza Di Bella, C. cost., sent. n. 185/1998, e alla sent. n. 309/1999, in tema di assistenza sanitaria ai cittadini all'estero, su cui *supra*.

¹⁸⁷ E che saranno oggetto di approfondimento nel Capitolo seguente.

¹⁸⁸ Con tale espressione s'intende dar conto del fatto che le Corti britanniche sono attente a non aprire in modo diretto alla possibilità di accedere a prestazioni sanitarie per i soggetti che lo richiedono, facendo attenzione a valutare in termini sistematici il possibile impatto che ciascuna decisione potrebbe avere.

dei Diritti dell'Uomo, che devono essere applicati al procedimento decisorio riguardante l'allocazione delle risorse e la disponibilità di determinati trattamenti sanitari. Essi sono stati stabiliti dalle Corti di merito, chiamate a scrutinare le decisioni di autorità sanitarie locali sulla finanziabilità di alcune terapie. In particolare, le pubbliche amministrazioni, nel decidere, dovranno rispettare i principi del giusto processo (inteso come procedimento di adozione dell'atto) e il principio di non discriminazione, oltre che attenersi al soddisfacimento delle obbligazioni positive nascenti in capo a ciascuno degli Stati in virtù della Convenzione stessa. Per esempio, le Corti considerano illegittimi provvedimenti, che neghino un dato trattamento a un soggetto o a una categoria di individui basati su un *blanket refusal*. In altri termini, è legittimo – secondo i giudici britannici – rifiutare di fornire un trattamento o una terapia, ma i motivi del diniego devono essere trasparenti, razionali e conoscibili ai soggetti interessati. Tale principio, come si avrà modo di vedere nel prosieguo della trattazione, si applica in modo eguale a tutti i tipi di prestazioni sanitarie per le quali è richiesto un accesso da parte di un soggetto interessato, non dimostrandosi in tal senso rilevante che essi siano ascrivibili al cd. nucleo irriducibile del diritto.

Quest'ultimo elemento permette di anticipare una delle linee argomentative che saranno difese in sede di conclusioni, ovvero il fatto che il diritto alla salute vada ridotto ad una dimensione unitaria, e non sia utile, ai fini dell'indagine del costituzionalista, la scissione dello stesso in più dimensioni, poiché – come è stato sin qui dimostrato – non è possibile individuare con certezza la linea di demarcazione tra l'una e l'altra “faccia” del diritto.

CAPITOLO SECONDO

UNITÀ E DECENTRALIZZAZIONE NEL DIRITTO ALLA SALUTE

SEZIONE PRIMA

IL QUADRO ITALIANO

1. Premessa

La riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, nel mutare l'assetto del riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, ha avuto dei riflessi anche sul diritto alla salute: lo Stato ha competenza esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.) mentre alle Regioni resta, nell'ambito della competenza concorrente, la tutela della salute. Dall'entrata in vigore della novella costituzionale, si sono susseguite numerose pronunce della Corte costituzionale: nell'arco di un decennio, si è dapprima tentato di definire i limiti e la sostanza del concetto di livelli essenziali e, soprattutto negli ultimi anni, sono stati tracciati in modo sempre più determinato gli ambiti d'intervento rispettivamente statale e regionale.

Comprendere a pieno il significato e la portata della clausola costituzionale che riserva al legislatore statale uno spettro d'azione tanto ampio è fondamentale per poter ragionare circa la tutela di condizioni eguali per i cittadini nell'accesso al diritto alla salute. In particolar modo, il fulcro dell'indagine è costituito dalla disamina del significato dell'aggettivo «essenziale» e della possibile (o impossibile) configurabilità di una relazione tra il livello essenziale del diritto alla salute che – nelle parole della Consulta – deve essere garantito a tutti in modo eguale sull'intero

territorio nazionale¹, e le molteplici dimensioni del diritto stesso, come enunciato dall'art. 32 Cost. e come risultante dall'interpretazione giurisprudenziale. Al contempo, inoltre, è opportuno prestare attenzione al ruolo del legislatore regionale, il cui ambito d'intervento pare essere ridotto e limitato alla previsione di prestazioni ulteriori, in aggiunta (e mai comunque in ribasso) rispetto ai livelli essenziali individuati dallo Stato.

Si può talora assistere al crearsi di una “tensione” tra le competenze dei due legislatori, che si acuisce maggiormente in un contesto storico, economico e sociale come quello attuale, in cui la scarsità di risorse finanziarie condiziona fortemente le scelte politiche e discrezionali del legislatore.

2. Sui livelli essenziali (e non minimi) delle prestazioni: possibili (non) definizioni

Quanto al dato testuale della novella costituzionale del 2001, è d'uopo evidenziare anzitutto che la scelta del legislatore non è casuale: essa è voluta e consapevole. L'aggettivo «essenziale» ha, infatti, in sé un *quid pluris* rispetto al significato che avrebbe recato un'eventuale (e comunque paventata) preferenza per il termine «minimi». La necessità di individuare prestazioni da garantire a tutti i cittadini, sull'intero territorio nazionale, emerge già dall'art. 3 della l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, laddove richiedeva che fosse una legge statale a fissare i livelli delle prestazioni che devono essere garantire *comunque* a tutti i cittadini². L'esigenza dell'individuazione di un “minimo comune denominatore” delle prestazioni da assicurare a tutti, al di là delle possibili differenziazioni territoriali, è stato in seguito riconfermato dall'art. 1 della l. n. 421/1992, recante la «delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità,

¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2002, su cui più diffusamente *infra*.

² Art. 3, l. n. 833/1978: «La legge dello Stato, in sede di approvazione del piano sanitario nazionale di cui all'articolo 53, fissa i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini».

di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale»³, e dal relativo decreto legislativo n. 502/1992. L'aggettivo «essenziali», riferito ai livelli da assicurare sul territorio nazionale, viene adottato per la prima volta in via legislativa dalla legge delega n. 419/1998, cui è seguito il d. lgs. n. 229/1999, di razionalizzazione del servizio sanitario nazionale, che ne ha affidato la definizione al Piano sanitario nazionale⁴. L'espressione è poi stata recepita nella riforma del Titolo V della Costituzione, che ne ha esteso la portata all'intero campo dei diritti civili e sociali⁵.

Preme però evidenziare il fatto che la nozione di «livelli essenziali» presenta delle sensibili differenze rispetto a quella di «livelli minimi» poiché, a parere di chi scrive, i primi includono la garanzia di qualcosa di ulteriore rispetto ai secondi, non necessariamente dal punto di vista quantitativo, ma sicuramente sotto quello (maggiormente rilevante quando si tratta di salute) qualitativo⁶. La garanzia dei

³ Art. 1, l. n. 421/1992, che prevede fra i principi e criteri direttivi cui il Governo si deve attenere, «[...] il riordinamento del Servizio sanitario nazionale, attribuendo alle regioni e alle province autonome la competenza in materia di programmazione e organizzazione dell'assistenza sanitaria e riservando allo Stato, in questa materia, la programmazione sanitaria nazionale, la determinazione di livelli uniformi di assistenza sanitaria [...]». La soglia minima da garantire a tutti i cittadini viene dunque individuata nella determinazione dei *livelli uniformi di assistenza sanitaria*.

⁴ Art. 1, d. lgs. n. 229/1999.

⁵ Sull'evoluzione normativa qui brevemente ripercorsa e il recepimento da parte del legislatore costituzionale, si veda V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, pp. 471 ss.; A. D'ALOIA *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 6, pp. 1078 ss.

⁶ In questi termini anche C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali" (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 3, p. 894. Viene qui ricostruito il dibattito avvenuto in commissione al momento della stesura della novella costituzionale: la dicitura originaria utilizza la locuzione «livelli minimi», che venne abbandonata prima della stesura definitiva, a causa delle numerose critiche raccolte, dal momento che si sarebbe trattato di un'espressione troppo ambigua e che non avrebbe contribuito a garantire parità di condizioni sull'intero territorio nazionale. «Le ricadute in un settore come quello sanitario [...] sono precise, perché prescrivere livelli essenziali comporta l'obbligo di assicurare tutte le prestazioni necessarie e appropriate [...]. Infine, il predicato dell'essenzialità postulerebbe un livello di prestazione considerato soddisfacente non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, ma ad obiettivi di benessere e di equità che vanno oltre il piano

livelli essenziali contiene al suo interno il rispetto dei principi fondamentali della disciplina, quali un certo livello di eguaglianza sostanziale tra i destinatari, il principio di proporzionalità e appropriatezza dell'intervento⁷, come si avrà modo di approfondire *infra*.

Qualora la garanzia costituzionale si fosse arrestata ai cd. livelli minimi delle prestazioni, si sarebbe potuto sostenere che essi coincidessero, o fossero quantomeno molto vicini, al contenuto del nucleo irriducibile del diritto alla salute: il livello minimo del diritto è quel *quid* che non può essere negato a nessuno, la cui fruizione deve essere assicurata a qualsiasi soggetto, pena la violazione di uno dei diritti fondamentali della persona. Non è esattamente lo stesso per i *livelli essenziali*: il concetto è assai più complesso, tanto da risultare addirittura sfuggente⁸, poiché è in sé implicito l'obiettivo che la garanzia degli stessi reca con sé, ossia la tutela dei principi su cui si fonda – *inter alia* – il servizio sanitario e la ragione dell'intervento statale nella disciplina, tanto da “travolgere” talora anche le competenze regionali⁹.

strettamente finanziario». *Ib.*, pp. 894-895. Sul punto anche E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 6, p. 1110.

⁷ Quest'ultimo, in particolare, è uno dei concetti chiave in tema di «livelli essenziali delle prestazioni» nel settore sanitario, su cui si basa anche la definizione degli stessi: «[l'appropriatezza] esprime la necessità che le probabilità di beneficiare di un intervento sanitario superino i potenziali rischi ad esso connessi, manifestando un atteggiamento di prudenza da parte del legislatore nei confronti di cure la cui capacità terapeutica non sia certa o, comunque, sia ancora da appurare». V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., p. 474. Sul concetto di appropriatezza in sanità si veda R. BALDUZZI, *L'appropriatezza in sanità. Il quadro di riferimento legislativo*, in N. FALCITELLI, M. TRABUCCHI, F. VANARA (a cura di), *Fondazione Smith Kline, Rapporto Sanità 2004*, Bologna, 2004, pp. 73 ss.

⁸ Sull'ambiguità del significato della locuzione costituzionale, cfr. A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1152.

⁹ Molto efficace in questi termini C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino, 2009, p. 79: «La distinzione, da un punto di vista sostanziale, pone i livelli essenziali, rispetto a quelli minimi, su un punto più avanzato di tutela e protezione, dal momento che assicurano [...] in un'ottica qualitativa più che quantitativa, la piena fruizione di diritti costituzionalmente garantiti. Il concetto di

È necessario, prima di proseguire nella disamina del tema, svolgere alcune specificazioni circa la differenza tra il contenuto minimo essenziale del diritto e il concetto di livelli essenziali delle prestazioni. Nonostante le due locuzioni possano, a prima vista, apparire simili¹⁰, è bene ricordare che esse indicano due concetti e aspetti del diritto (non solo, ma anche) alla salute ben distinti, a parere di chi scrive¹¹.

La giurisprudenza costituzionale, trattando di *contenuto minimo essenziale* del diritto, si riferisce al cd. nucleo irriducibile di un diritto, vale a dire a quello spettro contenutistico che non può subire limitazioni o degradazioni sotto alcun profilo, pena

“minimo”, direttamente ancorato alla dimensione finanziaria e ad una dotazione vincolata di risorse, pare prescindere dai principi ispiratori dello stesso sistema di erogazione e soprattutto dalla situazione di bisogno del fruitore del servizio. [...] I livelli delle prestazioni sembrano dover raggiungere un grado che si considera soddisfacente non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, *bensì a obiettivi di benessere e di equità* che, seppur non prescindono, in qualche modo precedono le valutazioni legate a quelli che si ritiene essere il “livello economicamente sostenibile”. Corsivo aggiunto. Cfr. anche C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, p. 52: «il cd. nucleo essenziale costituisce una soglia obbligatoria o *indisponibile* (da parte del legislatore) dei livelli essenziali, che possono però rivestire anche un contenuto più esteso».

¹⁰ Tanto che, infatti, all'indomani della riforma del Titolo V la scelta della locuzione «livelli essenziali» è stata giudicata positivamente e con preferenza rispetto a quella inizialmente paventata di «livelli minimi», in quanto permetteva di avvicinare l'obbligo del legislatore statale alla determinazione di ciò che concerne il contenuto essenziale dei diritti. Per tutti cfr. C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali” (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, cit., p. 895.

¹¹ Apparentemente *contra*, R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5399: «sembra invece improponibile, in campo sanitario, la distinzione tra determinazione del livello minimo delle prestazioni, che garantiscono il godimento del contenuto essenziale dei diritti costituzionali, che sarebbe imposta dalla Costituzione, mentre rimarrebbe nella discrezionalità del legislatore l'individuazione dei livelli “essenziali”». L'autore, nel passaggio qui citato, si riferisce in realtà alla necessità di un superamento della determinazione dei livelli minimi o essenziali delle prestazioni sanitarie sulla base della disponibilità delle risorse finanziarie, sostenendo invece la tesi per cui ciò che integra il contenuto del diritto alla salute e che deve essere garantito in modo uniforme sul territorio nazionale sia individuato alla luce dei *bisogni* dei cittadini, e non meramente in base alla “salute” del bilancio pubblico.

la violazione di un diritto fondamentale della persona, che incontra la protezione specifica non solo dell'art. 32 Cost., ma anche quella più ampia dell'art. 2 Cost.

Il nucleo irriducibile del diritto non può dunque subire alcun tipo di compressione e risulta sempre vincente nel bilanciamento con altri diritti e interessi costituzionali. Esso concerne lo zoccolo duro del contenuto del diritto alla salute; per l'interprete o per lo studioso l'unica difficoltà risiede – come si è visto – nell'individuazione dei corretti limiti e confini della nozione stessa, dal momento che essa è, almeno in parte, soggetta all'evoluzione della società e del contesto scientifico.

La perifrasi di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. invece ha un significato differente e più ampio rispetto al nucleo irriducibile: con certezza, si può sostenere che l'espressione includa *anche* il contenuto minimo essenziale del diritto, ma che possa andare oltre, includendo prestazioni e contenuti del diritto ulteriori rispetto ad esso¹². Come ha sostenuto autorevole dottrina, infatti, i livelli minimi «discendono direttamente dalla Costituzione» e la necessità di una loro garanzia da parte dell'ordinamento è già contenuta della parte I della Carta fondamentale, a prescindere da una ripartizione di competenze sulla materia¹³.

La confusione potrebbe sorgere anche in riferimento alla nota pronuncia della Consulta con la quale per la prima volta si è cercato di fare chiarezza sul significato della nuova competenza esclusiva statale: «[quanto] ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non si tratta di una "materia" in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad *investire tutte le materie*, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a *tutti*, sull'*intero territorio nazionale*, il godimento di prestazioni

¹² A dimostrazione di ciò, sia sufficiente indicare che, se così non fosse, risulterebbero costituzionalmente illegittime tutte le modifiche che, nel corso degli anni, si sono avute nel campo della tutela dei livelli essenziali, avvenute anche sulla scorta di un mutamento dei fattori economico-finanziari.

¹³ Sul punto, in modo molto efficace, E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1189.

garantite, come *contenuto essenziale di tali diritti*, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle»¹⁴.

Questo significa che il livello statale interviene per garantire e tutelare *anche* il contenuto essenziale dei diritti, che questo costituisce, evidentemente, uno dei punti di forza della trasversalità della competenza statale, ma che non significa solo tutela del nucleo irriducibile¹⁵.

Nella sentenza n. 282/2002¹⁶, per la prima volta i giudici della Consulta hanno avuto l'occasione di pronunciarsi sulla portata della clausola costituzionale, con una sentenza di accoglimento della questione di legittimità di una legge della Regione Marche sulla sospensione di terapie di psicoturgia ritenute dalla stessa pericolose e non efficaci. Va peraltro sottolineato che il passaggio fondamentale della sentenza, che costituisce ad oggi il primo punto di riferimento per la comprensione del significato della disposizione costituzionale, fu pronunciato in un *obiter dictum*¹⁷, poiché il vero cuore della decisione della Corte sta, piuttosto, nel contenuto e nella portata della nozione «tutela della salute» di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. La dichiarazione di incostituzionalità della legge marchigiana, infatti, è motivata dal fatto che l'intervento che limitava i trattamenti medici suddetti non si fondava su dati e acquisizioni scientifiche verificate, ma era – per così dire - «cautelativo»¹⁸. La

¹⁴ C. cost., sent. n. 282/2002; punto 3 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

¹⁵ In questi termini anche C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, cit., p. 81.

¹⁶ C. cost., sent. n. 282/2002. Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri, contro la legge della Regione Marche 13 novembre 2001 n. 26, in tema di «Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia». La sentenza si chiude con la dichiarazione di incostituzionalità dell'intera legge impugnata. Per un commento alla sentenza si veda E. CAVASINO, *I vincoli alla potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*(Corte Cost. 26 giugno 2002 n.282), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 5, pp. 3282 ss.

¹⁷ Cfr. anche A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., p. 1085.

¹⁸ Come si evince dalla sentenza, infatti, il divieto non era correlato ad un autonomo accertamento da parte del legislatore regionale. Esso è destinato ad operare solo fino al sopraggiungere di un intervento

legge prevedeva il divieto sostanziale (seppur temporaneo) delle pratiche terapeutiche indicate, in tutto il territorio regionale e non limitatamente alle strutture del servizio sanitario regionale.

La legge impugnata venne dichiarata incostituzionale dalla Corte per violazione dell'art. 117, comma 3; nel rigettare le eccezioni di incostituzionalità sollevate dall'Avvocatura dello Stato relativamente all'art. 117, comma 2, lett. m), la Consulta – come si è visto – coglie l'occasione per fornire una prima definizione della clausola costituzionale¹⁹.

Trattare della sentenza permette di chiudere il cerchio argomentativo intorno all'apparente vicinanza tra i «livelli essenziali» e il «contenuto essenziale» dei diritti. L'essenzialità dei livelli la cui garanzia spetta in via esclusiva allo Stato indica il contenuto delle prestazioni che il legislatore statale ritiene sia necessario assicurare sull'intero territorio nazionale, in condizioni d'eguaglianza tra tutti i soggetti dell'ordinamento, sottraendone in tal modo la disponibilità alle valutazioni discrezionali del legislatore regionale. La *ratio* sta nell'evitare che si realizzano situazioni di mancata copertura a livello territoriale di trattamenti considerati – alla luce di un bilanciamento con altri interessi costituzionali – di particolare importanza, anche in dipendenza del contesto storico, sociale e culturale in cui la decisione è assunta.

La norma costituzionale ha perciò un contenuto più ampio rispetto alla nozione di «nucleo essenziale del diritto», poiché quest'ultimo – semplicemente – si sottrae al bilanciamento, dovendosi garantire a prescindere da ogni sorta di valutazione discrezionale del legislatore, statale o regionale che sia²⁰. La nozione di «livelli

dell'organo statale competente, con l'indicazione delle situazioni in cui tali terapie siano considerabili efficaci e non dannose. Cfr. punto 2 del considerato in diritto.

¹⁹ I parametri costituzionali indicati dall'Avvocatura dello Stato erano gli artt. 2, 32, 33 comma 1, 117 comma 2, lett. l) e m) e 117 comma 3. Nella sentenza vennero accolte solo le censure relative all'art. 117 comma 3, a causa del contrasto della legge impugnata con i principi fondamentali della materia.

²⁰ In questi termini anche A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, cit., pp. 1162-1163; in prospettiva invece più restrittiva MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi*

minimi» costituisce un limite “infrangibile” verso il basso per il legislatore statale nella determinazione dei «livelli essenziali»; questi ultimi, a loro volta, configurano (come si vedrà nel prosieguo) a loro volta un limite verso il basso per il legislatore regionale, il quale potrà solo prevedere livelli ulteriori rispetto a quanto già previsto dal livello centrale²¹.

3. Una riflessione “preliminare” sul significato di prestazione

La ricerca di un'adeguata definizione del termine “prestazione” interessa il dibattito dottrinale ormai da molti decenni.

Già Santi Romano aveva dedicato alla «teoria delle prestazioni degli enti amministrativi» una parte del suo trattato *Principii di diritto amministrativo italiano*²², nel quale elabora una nozione di prestazione piuttosto ampia, che ben si adegua anche al discorso pubblicistico attuale: le prestazioni nell'ambito dei pubblici servizi si devono intendere come il «complesso degli scopi sociali che gli enti amministrativi debbono proporsi e comprende una quantità d'istituti e rapporti l'uno profondamente diverso dall'altro»²³. L'Autore collega quindi il concetto con il compito che gli enti pubblici (o i privati incaricati di pubblico servizio) devono

sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive, Torino, 2008, pp. 167-168.

²¹ Cfr. E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, cit., p. 1189; R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai «livelli essenziali delle prestazioni...»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, 3, p. 630: «Il livello essenziale costituisce il livello minimo, quando guardato dal punto di vista delle Regioni cui si impone, ma non coincide con il livello minimo, quando considerato dal punto di vista dello Stato che lo determina: non delimita quindi la competenza dello Stato, il quale è libero di innalzare quanto ritiene il livello delle prestazioni che devono essere garantite in modo uniforme ed evidentemente lo farà – come già lo fa – sulla base di considerazioni squisitamente politiche, che tali rimangono anche quando debbano fare i conti con le risorse finanziarie disponibili».

²² SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912, pp. 357 ss.

²³ SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., pp. 357-358. Il riferimento è citato in V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 6 ss.

svolgere: la prestazione è intesa come il veicolo del rapporto che si instaura tra i singoli e la pubblica amministrazione ed è ben distinta dalle obbligazioni nei rapporti interprivati.

All'interno della nozione stessa, inoltre, Santi Romano evidenzia l'importanza dell'individuazione dei destinatari: essi possono essere uno o più soggetti individualmente determinati, oppure l'intera collettività.

Fra le possibili categorizzazioni, è utile per l'argomento di cui si sta trattando, quella fra prestazioni di opere, di cose e prestazioni relative al godimento di un pubblico istituto. Nonostante il contesto storico, giuridico e sociale (per quanto attiene al sistema sanitario) fosse differente da quello attuale, si può comunque ritenere che la nozione di prestazione possa sostanzialmente rimanere la medesima, considerando le prestazioni sanitarie come rientranti nella terza categoria²⁴. A ciò, è da aggiungere un'ulteriore e fondamentale distinzione, da operarsi sulla base dell'obbligatorietà o meno della prestazione. Fra gli esempi portati dall'Autore, vi è proprio quello delle prestazioni di carattere sanitario, che *devono* essere rese dallo Stato: «[...] può esistere in primo luogo per l'ente amministrativo, cui una norma legislativa o regolamentare può imporre, in determinati casi e ove si verificano determinati presupposti, il rendimento della prestazione»²⁵. Nello spiegare la categoria, viene in luce – *inter alia* – anche il problema dell'imposizione di determinate prestazioni sanitarie, per ragioni di «incolumità o sanità pubblica», che conduce a collegare la riflessione con quanto previsto dall'art. 32, comma 2, della Costituzione²⁶.

Venendo ora all'evoluzione del concetto, anche in termini di evoluzione dello Stato sociale, è opportuno dar conto di altre definizioni, elaborate più recentemente e nel contesto delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario: «una qualsiasi tipologia di intervento operativo, integrato o meno da una parallela attività socio assistenziale, erogato nell'ambito di una previsione normativa da professionisti sanitari e/o da

²⁴ Su questo, SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 363.

²⁵ SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 363.

²⁶ Questo particolare elemento, per quanto interessante, non è rilevante ai fini della presente trattazione; sia perciò consentito di limitarsi al solo accenno sopra espresso.

strutture sanitarie pubbliche o private, diretti a perseguire la tutela sanitaria dei soggetti destinatari»²⁷. In questi termini, la prestazione sanitaria costituisce la risultante di un processo, *rectius* procedimento, decisorio ed organizzativo finalizzato alla tutela del bene salute, nel quale sono parti attive sia giuristi ed amministratori, sia professionisti sanitari. Viene così posta in luce la “complessità” della decisione sulle prestazioni da erogare e garantire, che è il frutto del “combinato disposto” fra più saperi differenti.

Un'ulteriore definizione di prestazioni sanitarie che può essere tenuta in considerazione ai fini dello sviluppo dell'indagine ha per oggetto l'individuazione di «utilità riconosciute al cittadino, cui corrispondono speculari obblighi di comportamento dei pubblici poteri»²⁸. Quest'impostazione permette di dimostrare – ancora una volta – quanto possa essere “ampio” il significato da attribuire al termine, con il rischio di condurre a maggiori confusioni e disaccordi sull'accezione della clausola costituzionale su cui si sta ragionando. La portata semantica del termine è certamente di ampio spettro, ma ha comunque dei limiti ben definiti: esso non può comprendere tutto il sistema delle disposizioni destinate alla tutela del diritto e non può giustificare l'invasione statale delle competenze regionali. A suffragare tale lettura è utile riprendere la nozione di *trasversalità* enucleata dalla Consulta nella sentenza n. 282/2002: nella determinazione dei livelli essenziali il legislatore statale può certamente incidere anche sulla competenza regionale, ma non può travalicarla e abbracciarla interamente, onde svuotarla di contenuto.

Si rende, a questo punto, opportuno e necessario aggiungere una seconda delimitazione in termini contenutistici (non solo semantici) resa dalla Corte

²⁷ S. MARZOT, *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in *Sanità pubblica e privata*, 2008, 4, p. 8, che a sua volta si riferisce a B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 1, p. 23 e B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984, 1, p. 31. Sul concetto di prestazioni nel settore della sanità, si veda anche R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 527 ss.

²⁸ C. BOTTARI, *Tutela della salute*, cit., p. 89.

costituzionale, nella sentenza n. 320 del 2004²⁹, in materia di finanziamenti regionali e asili nido nei luoghi di lavoro, nella quale è stata specificata l'esatta portata e la *ratio* della disposizione costituzionale sui livelli essenziali delle prestazioni: essa non conduce alla trasformazione del potere statale di *predeterminazione* normativa dei livelli essenziali in una *diretta realizzazione* da parte dello Stato di correzioni a eventuali o ipotetiche discipline sbilanciate delle Regioni. Se così fosse, infatti, la competenza regionale risulterebbe sostanzialmente svuotata. La Corte chiarisce che qualora le differenziazioni regionali nella garanzia di prestazioni conducano ad un utilizzo non corretto dei poteri regionali, gli strumenti a disposizione dello Stato sono da un lato – appunto – la *predeterminazione* dei livelli essenziali (per cui vengono stabilite a priori le prestazioni la cui garanzia non può essere limitata) e, dall'altro lato, il potere di intervento sostitutivo del Governo (volto a riequilibrare soluzioni eccessivamente diversificate)³⁰.

²⁹ C. Cost., sent. del 5 novembre 2004, n. 320. Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 30, commi 1, 2, 5 e 15, e dell'art. 91 della Legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato – legge finanziaria 2003), in via principale, su ricorso di Toscana, Regione Emilia-Romagna e Veneto, per violazione degli artt. 117 e 119 Cost. La questione si concluse con l'accoglimento delle censure relativamente all'art. 91 e con il rigetto, invece, dei dubbi di costituzionalità riguardanti l'art. 30, commi 1, 2 e 15. In relazione alla supposta incostituzionalità del comma 5 del medesimo articolo, venne dichiarata la cessazione della materia del contendere, essendo nel frattempo intervenuto il parere unanime favorevole della Conferenza Stato-Regioni.

³⁰ C. Cost., sent. n. 320/2004, punto 7 del considerato in diritto: «è del tutto estranea al secondo comma dell'art. 117 Cost. la trasformazione, ipotizzata dall'Avvocatura generale, del potere statale di predeterminazione normativa dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali in questa particolare materia in una loro diretta “realizzazione” da parte dello Stato, a correzione di ipotetiche “discipline sbilanciate” poste in essere dalle singole Regioni. Ai sensi del nuovo Titolo V della seconda parte della Costituzione, lo Stato dispone di altri strumenti per garantire un uso corretto dei poteri regionali: a tal fine rilevano, in particolare, proprio la eventuale predeterminazione normativa da parte dello Stato dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, nonché l'attribuzione al Governo, ai sensi del secondo comma dell'art. 120 Cost., del potere di intervenire in via sostitutiva pure a “tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”».

Questo punto aiuta a comprendere la difficoltà definitoria della nozione di prestazioni, all'interno del tessuto costituzionale risultante dalla novella nel 2001. Le prestazioni devono essere identificate in base al loro oggetto; «quanto più dettagliata sarà la descrizione della prestazione, tanto minore sarà lo spazio di adattamento esercitabile dai soggetti responsabili della loro erogazione o dalle amministrazioni a cui spetta l'individuazione degli eventuali livelli aggiuntivi»³¹. I livelli essenziali, perciò, possono certamente essere indicati in modo dettagliato, ma comunque tale aspetto non deve andare a minare il cd. “spazio di movimento” spettante alle Regioni nella fissazione di standard e prestazioni ulteriori oppure nell'adeguamento dei livelli essenziali alle esigenze e bisogni peculiari del territorio.

Inoltre, la riflessione sulla definizione di prestazioni può permettere di completare le argomentazioni che sono state illustrate nella prima sezione. Secondo chi scrive, infatti, il concetto in sé, qualora declinato opportunamente, contribuisce a far luce sulla nozione complessa di diritto alla salute su cui si è concentrata sino ad ora l'analisi e permette di comprendere le distinzioni e le gradazioni di tutela dell'effettività del diritto che si andranno ora ad enucleare.

Garantire il diritto all'accesso ai trattamenti sanitari e rendere, con ciò, effettivo uno dei molteplici profili del diritto costituzionale alla salute, implica necessariamente l'intervento statale volto – appunto – ad assicurare la disponibilità di determinate prestazioni che rispondano a standard qualitativi e quantitativi adeguati.

Il concetto esposto in questi termini, tuttavia, non è completo e nemmeno integralmente corretto.

Si è avuto modo di trattare del nucleo irriducibile del diritto alla salute e della teoria del cd. diritto finanziariamente condizionato dello stesso. Il fatto che tali dati emergano dalla giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta non è un fattore imprevedibile né di difficile inquadramento in quel contesto sociale, politico e costituzionale³²: nel momento in cui si è reso necessario porre degli argini alla

³¹ C. BOTTARI, *Tutela della salute*, cit., p. 91.

³² Si è fatto riferimento alle sentenze nn. 455/1990 e 309/1999 come “punti di riferimento” dell'evoluzione giurisprudenziale della Consulta. Va però sottolineato che le specificazioni della teoria

discrezionalità politica nel campo della tutela della salute, è stato senz'altro facile individuarli nella limitatezza delle risorse finanziarie, dato anche il fatto che lo sviluppo della scienza medica consentiva – proprio in quegli anni – aperture prima probabilmente inimmaginabili³³.

Il limite è ragionevole, ma non può essere l'unico (come è stato anche avallato dalla Corte stessa), poiché altrimenti i vincoli imposti dal rispetto dell'equilibrio finanziario rischierebbero di compromettere altri diritti e valori costituzionali e portare a violazioni dei diritti fondamentali³⁴.

Tale è la ragione per cui emerge, ed è preferibile per chi scrive, il concetto di diritto alla salute a fattispecie complessa, condizionato al rispetto di una molteplicità di interessi costituzionali, con i quali deve essere posto in bilanciamento³⁵. A quest'ultimo – vale la pena di sottolinearlo ancora una volta – si sottrae però quel nucleo irriducibile del diritto alla salute, che abbiamo visto essere oggetto di una protezione peculiare, non solo da parte del nostro ordinamento, ma con un buon

della Corte possono essere rinvenute anche nelle pronunce interposte alle due qui citate.

³³ A questo proposito cfr. *inter multis*, B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, pp. 211 ss.

³⁴ Si tratta del limite del cd. *contenuto essenziale del diritto*, su cui in particolare C. cost., sent. n. 309/1999 (su cui ci si è soffermati nel Capitolo primo della trattazione), elaborato dalla Consulta stessa, al fine di porre un contrappeso al limite individuato dalla teoria del *diritto finanziariamente condizionato*, che avrebbe potuto condurre ad eccessive relativizzazioni del diritto alla salute. Nella stessa prospettiva si pone anche V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit. p. 459.

³⁵ In questi termini anche E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, cit., p. 1110: «sono garantiti i livelli che il sistema pubblico valuta come adeguati, sulla base di un insieme di considerazioni – che possono essere tecniche, finanziarie ma anche culturali ovvero, *tout court*, ideologiche. [...] i livelli delle prestazioni sembrano dover raggiungere un grado che si considera soddisfacente non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, bensì in relazione a obiettivi di benessere e di equità che vanno oltre il piano strettamente finanziario».

grado di condivisione anche a livello internazionale, sovranazionale e negli altri contesti costituzionali presi a riferimento.

Pertanto, le prestazioni che concretizzano il diritto costituzionale alla salute possono essere considerate “*a più velocità*”: anche per garantire il nucleo irriducibile del diritto, infatti, è necessario prevedere prestazioni sanitarie e la modalità per la loro fruizione da parte dei singoli. Queste, però, sono differenti dalle prestazioni (pur sempre di contenuto “sanitario”) che integrano, invece, l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.: i livelli essenziali delle prestazioni annoverano certamente al loro interno anche tutto quell'insieme di interventi finalizzati a integrare lo zoccolo duro del diritto, ma la loro nozione è, invero, più ampia, comprendendo pure tutte quelle prestazioni la cui garanzia è frutto dell'attività discrezionale del legislatore statale, che attraverso l'esercizio del proprio indirizzo politico determina il contenuto concreto di ciascuna di esse. Tale contenuto, a sua volta, si può articolare in diversi “gradi”, a seconda delle scelte legislative, sulla base della tipologia di prestazione erogata, della misura quantitativa o qualitativa delle stesse, dei limiti soggetti posti per la loro fruizione e, infine, dell'eventuale costo che deve essere sostenuto dai beneficiari³⁶.

L'attività discrezionale del legislatore – è bene ribadirlo – non è certamente libera, ma è sottoposta ai limiti costituzionali, i quali a loro volta avranno una diversa gradazione a seconda della prossimità delle prestazioni determinate al nucleo irriducibile del diritto e dell'intensità degli interessi da bilanciare³⁷.

³⁶ «La definizione concreta di tali elementi importa scelte affidate alla discrezionalità legislativa, in quanto solo il legislatore – misurando le effettive disponibilità finanziarie e gli interessi con esse gradualmente soddisfatti – può razionalmente costruire le fattispecie giustiziabili che corrispondono al diritto di prestazione astrattamente determinato»; A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, cit., p. 1158. Corsivo aggiunto.

³⁷ Tali limiti saranno ora oggetto di approfondimento attraverso l'analisi dell'evoluzione interpretativa della novella costituzionale dal 2001 ad oggi.

4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale: verso una chiarificazione?

4.1. L'individuazione della via *cd. procedurale*

La possibilità di diversificazione territoriale del contenuto del diritto alla salute, basata sulle differenti possibilità di offerta di prestazioni che derivano dal mutato assetto competenziale seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, dunque, è in se stessa limitata dalla clausola “trasversale” di cui alla lettera m) del secondo comma dell'articolo 117 Cost.

La *ratio* della norma potrebbe essere ricostruita nella volontà di evitare che, semplicemente in ragione del territorio di residenza, la decentralizzazione territoriale possa compromettere un livello di eguaglianza nell'accesso alle prestazioni fornite dalle pubbliche istituzioni, considerato sostenibile, incidendo in tal modo su di un concetto di cittadinanza inteso in senso pieno.

Il termine «essenziale», in questo senso, ben si adatta a tal tipo di necessità, poiché – come si è visto – lascia al legislatore statale una discrezionalità tanto ampia da permettergli (almeno in potenza³⁸) di disciplinare in modo esaustivo il contenuto concreto del diritto alla salute³⁹. Per questa ragione, onde evitare di giungere ad uno svuotamento della riforma costituzionale in senso devolutivo, si è reso indispensabile il ruolo della Corte costituzionale, che ha progressivamente specificato la portata della novella di cui all'art. 117 Cost., delineando più compiutamente i ruoli di ciascun soggetto coinvolto nella determinazione delle prestazioni.

³⁸ E si vedrà poi se in concreto ciò si sia anche realizzato nella pratica ed eventualmente in che misura.

³⁹ Salvo lasciare alle Regioni la possibilità di determinare l'assetto organizzativo per dare attuazione alle disposizioni poste a livello statale. Queste osservazioni sono state avanzate (prevedendo ciò che in concreto poi è avvenuto) in A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, cit., p. 1161. L'autore ha desunto il significato ampio e tendenzialmente esaustivo dei livelli essenziali dalla lettura del d.P.C.M. 29 novembre 2001, sui livelli essenziali di assistenza (LEA), in cui lo Stato ha dettato una disciplina quasi completa del settore sanitario.

La Consulta si è occupata, soprattutto in una prima fase, di tracciare il percorso attraverso cui poter legittimamente procedere alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, al fine di mantener fermo il principio di ragionevolezza e la garanzia di effettività dei diritti e di eguaglianza nell'accesso agli stessi per tutti i cittadini. Così facendo, ha proceduto a tracciare il percorso aperto con la prima definizione di livelli essenziali che era stata individuata nella già citata sentenza n. 282/2002.

Il punto fermo, sul quale vi sono ormai certezza e condivisione generali e generalizzate, è il principio del coinvolgimento regionale.

Vale però la pena di soffermarsi sulla sua enucleazione, poiché al momento dell'approvazione della riforma del Titolo V e nel primo periodo della sua vigenza non era affatto scontato che questo dovesse essere il principio orientatore nella materia.

La prima occasione per fissare alcuni principi cardine alla questione si è presenta alla Corte costituzionale nella sentenza n. 88/2003, pronunciata in occasione di un conflitto di attribuzione sorto in merito agli artt. 1 e 2 del decreto del Ministro della salute del 14 giugno 2002 intitolato «Disposizioni di principio sull'organizzazione e sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende unità sanitarie locali – Sert.T, di cui al decreto ministeriale 30 novembre 1990, n. 444», sollevato dalla Regione Emilia-Romagna e dalla Provincia Autonoma di Trento, che lamentavano in particolare la violazione degli artt. 117, commi 3, 4 e 6, Cost. e dell'art. 17 della l. n. 400/1988⁴⁰. Le ricorrenti sostenevano che l'atto impugnato avesse natura di atto regolamentare, fosse perciò stato adottato in violazione dell'art. 117, comma 6, Cost. e fosse quindi lesivo delle loro competenze. L'Avvocatura dello Stato si difendeva sostenendo la tesi per cui il decreto ministeriale conteneva «disposizioni volte a garantire la tutela di diritti basilari che la Costituzione riconosce e protegge sia come diritti fondamentali della persona che come interessi dell'intera

⁴⁰ L. n. 400/1988, sulla «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri»; l'art. 17 è relativo ai Regolamenti. Oltre alle fonti citate, la doglianza riguardava altre fonti primarie e l'art. 10 della l. cost. n. 3/2001.

collettività»⁴¹; in tal modo la legittimità dell'atto veniva ricondotta all'alveo dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., relativamente al quale la competenza regolamentare resta in capo allo Stato.

La Consulta, nell'annullare il provvedimento per le ragioni che ora si vedranno, riconosce che la novella costituzionale del 2001 attribuisce al legislatore statale uno strumento fondamentale volto alla garanzia di un uniforme livello di trattamento tra tutti i soggetti nell'ordinamento, «pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto»⁴². Viene, per tal ragione, riconosciuta l'effettiva esistenza di un ampio spazio di “interferenza” della competenza esclusiva statale nelle materie regionali, per cui è necessario che le scelte in questo settore «almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori»⁴³.

Nel districare, infine, l'intricata matassa delle fonti del diritto sulla determinazione dei livelli essenziali in sanità, i giudici ricordano anche che con la l. n. 405/2001, di conversione del d.l. n. 347/2001, è stato proprio il legislatore statale a prevedere e disciplinare il procedimento di adozione dei livelli essenziali di assistenza, attraverso un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, con la previa intesa delle Regioni e delle Province Autonome, da conseguire in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano.

È proprio questo lo snodo fondamentale della pronuncia e dell'intera materia oggetto d'analisi: poiché nel d.P.C.M. del 29 novembre 2001 erano stati previsti, *inter alia*, anche i servizi di assistenza sanitaria per le persone dipendenti da sostanze stupefacenti, eventuali ulteriori modificazioni statali a tale atto possono giungere – nelle parole della Corte – solo alla luce di un nuovo accordo raggiunto in sede di

⁴¹ C. cost., sent. n. 88/2003, punto 9 del ritenuto in fatto.

⁴² C. cost., sent. n. 88/2003, punto 4 del considerato in diritto.

⁴³ C. cost., sent. n. 88/2003, punto 4 del considerato in diritto.

Conferenza Stato-Regioni. Risulta pertanto del tutto estraneo alla procedura così individuata il decreto ministeriale impugnato, che viene annullato.

La sentenza dimostra quanto sia complesso il ruolo statale, come configurato dal nuovo articolo 117 della Costituzione.

Al livello centrale è infatti demandato un compito pressoché impossibile da definire, se si parte dal presupposto di voler escludere un'invasione delle competenze regionali. La Corte ha perciò indicato la strada dell'utilizzo del principio di leale collaborazione, al fine di garantire il coinvolgimento e la partecipazione ai procedimenti di definizione dell'oggetto e della quantità di "salute" da garantire in concreto su tutto il territorio nazionale. Lo Stato, dunque, nell'esercizio della propria competenza esclusiva, non si *dovrà* muovere da solo (e invero non *potrà* nemmeno farlo), ma sarà necessaria una previa concertazione con le autonomie territoriali, entro i modi previsti dalla legge stessa⁴⁴.

L'elemento della cooperazione tra i diversi livelli di Governo si dimostra centrale e fondamentale per il corretto funzionamento dell'equilibrio costituzionale come modificato dalla riforma del Titolo V. Essa ha infatti innovato radicalmente l'assetto del decentramento del Paese, demandando alle Regioni maggiori compiti e maggiori responsabilità e investendo al contempo lo Stato del potere di controllo del mantenimento di un livello di eguaglianza inter-territoriale sostenibile.

In tal modo, è stato confermato il principio per cui la Costituzione garantisce posizioni giuridiche soggettive di vantaggio che devono essere tutelate da tutte le

⁴⁴ Su questo cfr. anche C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, cit., p. 63; A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., pp. 1171-1172 :«la Corte [...] sembra avere a cuore la dimensione collaborativa tra lo Stato e le Regioni nel settore sanitario, coerentemente con lo sviluppo normativo che lo stesso ha avuto dalla sua istituzione ad oggi e con la *ratio* sottesa al disegno costituzionale, che solo apparentemente traccia una netta linea di demarcazione tra i poteri statali e quelli regionali nell'ambito della tutela della salute». Sul collegamento tra livelli essenziali e principio di leale collaborazione si veda A. ANDRONIO, *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003, n. 88*, in *federalismi.it*, 2003, 8, p. 10; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, pp. 16 ss.

Istituzioni della Repubblica e che non ammettono differenziazioni ingiustificate; il contenuto esatto di tali diritti non può essere definito astrattamente a priori, poiché è corretto e costituzionalmente necessario che essi vengano modellati a seconda del contesto sociale, storico ed economico in cui si trovano ad operare⁴⁵.

La sentenza, poi, ha tracciato nettamente il percorso delle successive pronunce della Corte stessa, sia dal punto di vista – per così dire – “procedurale” (di cui ora si darà conto) sia sotto il profilo più strettamente oggettivo del vaglio di legittimità operato dalla Consulta⁴⁶.

Nella pronuncia n. 134/2006, nel giudizio di legittimità costituzionale vertente su di una disposizione della legge finanziaria 2005, la Consulta ha colto l'occasione per precisare ulteriormente la portata del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in ambito sanitario⁴⁷.

La disposizione impugnata «affida[va] ad un regolamento del Ministro della salute, da adottarsi di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, “sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome” e avvalendosi di una Commissione mista Stato-Regioni, la determinazione degli “standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi” relativi ai livelli essenziali di assistenza (cd. LEA), la disciplina resta determinata dall'art. 54 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, recante (Disposizioni per bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge

⁴⁵ Cfr. E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, cit., pp. 1188 ss.

⁴⁶ Come si vedrà nei paragrafi successivi, infatti, la Consulta, quando è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di leggi regionali in tema di assistenza sanitaria, ha mantenuto sempre il *parametro* individuato nel d.P.C.M. di determinazione dei LEA (e le sue successive modificazioni). In questi termini anche V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., p. 492.

⁴⁷ C. Cost., sent. n. 134/2006, nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 169, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Disposizioni per bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2005), promossi con ricorsi della Regione Friuli-Venezia Giulia e della Provincia autonoma di Trento, per violazione delle norme dei rispettivi Statuti speciali (laddove intersecava le competenze legislative delle ricorrenti in materia di igiene e sanità) e dell'art. 117 Cost.

finanziaria 2003), in relazione alle prestazioni individuate dal d.P.C.M. 29 novembre 2001 (Definizione dei livelli essenziali di assistenza)»⁴⁸.

La Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata nella parte in cui prevedeva che il regolamento per la determinazione degli standard dei LEA in sanità fosse adottato «sentita» la Conferenza Stato-Regioni, invece che per mezzo della «previa intesa» con il medesimo organismo: con una pronuncia sostitutiva si è quindi raggiunto l'effetto di rafforzare lo strumento della collaborazione.

Giova ricordare che, tra i motivi di doglianza delle ricorrenti, risultava anche la lesione del principio di legalità sostanziale, poiché la legge finanziaria affidava a un regolamento ministeriale la determinazione degli standard dei LEA, in assenza però di validi criteri normativi per delimitare l'esercizio del potere del Governo. Il punto venne risolto dalla Corte nel senso della non rilevanza dell'attribuzione del potere regolamentare ad un atto del Governo, in virtù di quanto disposto dall'art. 117, comma 6, della Costituzione⁴⁹. Nello sciogliere la matassa del riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni a Statuto speciale, la Corte sottolinea che la nuova materia “tutela della salute” prevista all'art. 117, comma 3, Cost. è sicuramente più ampia di quella precedente⁵⁰ ed è volta ad una più netta distinzione delle competenze legislative⁵¹.

⁴⁸ C. Cost., sent. n. 134/2006, punto 1 del ritenuto in fatto.

⁴⁹ Cfr. C. Cost., sent. n. 134/2006, punto 5 del considerato in diritto, ove di legge che «la fissazione dei livelli di assistenza e degli standard viene demandata ad un atto regolamentare, che sarebbe privo di idonea base legale: posto che tale determinazione “vincola l'autonomia legislativa ed amministrativa regionale in materia sanitaria”, essa dovrebbe viceversa basarsi “su una disciplina di rango legislativo”».

⁵⁰ C. Cost., sent. n. 134/2006, punto 8 del considerato in diritto.

⁵¹ Su questo particolare aspetto della sentenza, che funge alla Corte anche da pretesto per chiarire la differenza tra i livelli essenziali di assistenza e i principi fondamentali (la cui determinazione spetta allo Stato) nella materia concorrente “tutela della salute”, si veda L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 2, pp. 1266-1267.

In definitiva, viene riconosciuta la rilevanza della riduzione della modalità di coinvolgimento delle Regioni che, data la natura del provvedimento di cui si tratta e il fatto che esso determina comunque una compressione dell'autonomia legislativa regionale, è necessario che avvenga attraverso un'*intesa forte*⁵². In tal modo viene ulteriormente precisato il sentiero già intrapreso dalla Consulta, attraverso la richiesta di un procedimento che preveda non solo il coinvolgimento, ma anche la collaborazione e l'intervento degli attori regionali, in modo tale da garantire un equilibrio istituzionale, volto ad un funzionamento virtuoso della riforma⁵³.

La Corte esige che la determinazione dei LEA avvenga attraverso il massimo livello di coinvolgimento delle Regioni, ossia all'interno della Conferenza permanente tra Stato, Regioni e Province Autonome⁵⁴. Esso pare essere, in conclusione, l'unico strumento per garantire l'effettività delle prestazioni, attraverso l'assicurazione della condivisione che sta alla base dei procedimenti seguiti per la loro adozione.

Gli standard (che costituiscono il vero oggetto della sentenza) sono integrazioni e specificazioni dei livelli essenziali e servono a limitare e circoscrivere la discrezionalità amministrativa e organizzativa⁵⁵ in maniera tale da conformare il contenuto effettivo dei diritti dei cittadini.

⁵² Sulla sentenza si vedano i commenti E. BALBONI, P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2006, 5, p. 1014; L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 2, p. 1264; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, cit., pp. 26 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., pp. 95-98.

⁵³ Cfr. E. PESARESI, *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la materia Tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 2, p. 1764, che legge in termini di federalismo cooperativo, piuttosto che non decentramento competitivo, la soluzione proposta dalla Corte. Inoltre, sul fatto che la cd. *intesa forte* sia non tanto costituzionalmente necessaria, quanto piuttosto costituzionalmente opportuna, cfr. E. BALBONI, P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, cit., p. 1029.

⁵⁴ L'orientamento della Corte è ormai consolidato; esso è stato anche più recentemente confermato in C. Cost., sent. n. 162/2007.

Nel Regno Unito tal tipo di azione è svolta, a livello centrale, attraverso fonti di *soft law*; come si vedrà, si tratta, nella gran parte dei casi, di linee guida e direttive provenienti dal Ministero della salute o dall'autorità indipendente responsabile per la garanzia di eccellenza ed equità nel settore sanitario, indirizzate alle amministrazioni locali. Queste ultime si conformano a tali atti entro i limiti delle loro stesse risorse, umane, economiche e strumentali.

Anche nel contesto spagnolo l'equilibrio nel settore della sanità è stato raggiunto proprio attraverso meccanismi di coordinamento e condivisione delle politiche della salute, grazie alla previsione di accordi da ottenere intorno ad un tavolo tecnico che può essere considerato equivalente alla nostra conferenza Stato-Regioni, cui spetta definire il livello *base* di prestazioni da garantire, al quale seguiranno poi degli interventi aggiuntivi da parte delle Comunità Autonome⁵⁶.

Tornando alla sentenza n. 134/2006, per concludere sul punto, la materia – nelle parole della Corte – è altamente tecnica. Gli standard costituiscono parametri tecnici quantitativi e qualitativi in relazione ai quali determinare anche i LEP. Per tale ragione, in virtù del principio di leale collaborazione, è necessario il ricorso all'intesa⁵⁷.

⁵⁵ Anche organizzativa: «la definizione dettagliata delle modalità qualitative e soprattutto strutturali, relative ai livelli essenziali di assistenza sanitaria, incid[e] anche sull'organizzazione del servizio stesso», L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, cit., p. 1268. Sul fatto che la dimensione organizzativa costituisca parte integrante dei livelli essenziali, in quanto aspetto fondamentale alla realizzazione di una garanzia che deve essere uguale sull'intero territorio statale, si può trovare un certo grado di condivisione a livello dottrinale, anche se soprattutto in contributi usciti nei primissimi anni dalla riforma. Per tutti si veda M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, in *Sanità pubblica*, 2002, p. 1033. La teoria, però, non si è rispecchiata nella pratica, almeno in questa fase. Vi sarà occasione di ritornare sul punto brevemente *infra*.

⁵⁶ Sia consentito per il momento limitarsi a questi cenni; il dettaglio della disciplina sarà descritto nei paragrafi seguenti.

⁵⁷ È interessante su questo punto il confronto con il modello spagnolo. La *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud* n. 16/2003 prevede proprio tale strumento, dal momento che le prestazioni offerte dal sistema nazionale della salute vengono rese effettive dalla “carta dei servizi”, adottata in seno al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, che può essere considerato

La Consulta ha avuto occasione di pronunciarsi nuovamente sul punto⁵⁸, riconfermando puntualmente il proprio orientamento, con la sentenza n. 330/2011, nella quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 11, comma 6-*bis*, del decreto legge n. 78/2010, convertito nella legge n. 122 del 30 luglio 2010 per violazione del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 118 Cost⁵⁹. La disposizione impugnata prevedeva la revisione dei criteri di remunerazione della spesa farmaceutica da determinarsi attraverso un accordo tra Ministero della salute, Ministero dell'economia e della finanze, l'AIFA e le associazioni di categoria, senza però riservare spazio alcuno al coinvolgimento delle Regioni e delle Province Autonome. Trattandosi di una materia posta “a cavallo” tra le competenze legislative esclusive e quelle concorrenti in materia di tutela della salute (nelle quali lo Stato può intervenire ponendo norme di principio), è necessario dare il dovuto rilievo al

equivalente alla nostra Conferenza Stato-Regioni. In particolare, all'art. 69 della l. n. 16/2003, vengono indicati gli obiettivi dell'organo: «El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado».

⁵⁸ Giova peraltro ricordare che la recentissima sentenza n. 330/2011 è solo una delle tante occasioni che la Corte costituzionale ha avuto per ribadire la necessità di un accordo fra i diversi livelli di governo, da ottenere in sede di Conferenza Stato-Regioni. Cfr. ad esempio, C. cost., sent. n. 98/2007, ove si legge: «[l'offerta] di servizi sanitari *non è unilateralmente imposta dallo Stato*, ma viene concordata per taluni aspetti con le Regioni in sede di determinazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) (secondo quanto questa stessa Corte, con le sentenze n. 134 del 2006 e n. 88 del 2003, ha ritenuto costituzionalmente necessitato)», punto 5 del considerato in diritto. Sul principio cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 173 ss.

⁵⁹ C. cost., sent. n. 330 del 16 dicembre 2011. Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale, in vi principale, promosso con ricorso della Regione Toscana, avente ad oggetto l'articolo 11, comma 6-*bis*, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122. Si tratta di una sentenza d'accoglimento, per violazione dell'articolo 118 Cost., relativamente al principio di leale collaborazione.

coinvolgimento di tutti i livelli interessati, predisponendo gli «adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze»⁶⁰.

4.2. *L'indicazione dei destinatari*

Nel momento in cui lo Stato interviene per fissare i livelli essenziali delle prestazioni, rientra nella sua competenza anche l'individuazione dei destinatari degli stessi. Vero è che la giurisprudenza costituzionale, nello specificare il significato della clausola dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. ha dichiarato che si tratta di prestazioni che devono essere garantite a *tutti* sull'intero territorio nazionale, ma ciò non deve comunque indurre a pensare che non sia possibile stabilire delle limitazioni soggettive all'accesso a determinate tipologie di prestazioni. Queste potrebbero essere individuate, per esempio, sulla base della cittadinanza⁶¹ o della residenza, oppure sulla base del soddisfacimento di particolari condizioni economiche o, infine, di particolari patologie.

Una volta stabiliti tali requisiti, alle Regioni sarà concesso intervenire per disciplinare ulteriormente le condizioni di accesso alle prestazioni, ma non sarà possibile “giocare al ribasso”, pena una declaratoria di incostituzionalità della normativa regionale. In seguito alla determinazione – anche sotto il profilo

⁶⁰ C. cost., sent. n. 330/2011, punto 3.3 del considerato in diritto. Si avrà modo di tornare sulla pronuncia *infra*, nella sezione relativa al cd. federalismo farmaceutico. È peraltro convinzione da tempo ormai diffusa in dottrina che l'unica strada percorribile per procedere ad una corretta determinazione delle prestazioni, garantendo al contempo la tutela della salute degli individui (cittadini, ma non solo) a trecentosessanta gradi, sia quella del coordinamento, verticale e orizzontale. In questi termini R. BALDUZZI, *Considerazioni di sintesi*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004, p. 395.

⁶¹ È questo un punto che dimostra che i *livelli essenziali delle prestazioni* si distinguono dal cd. nucleo irriducibile del diritto. Essi contribuiscono a completare il quadro e lo spettro contenutistico del diritto stesso, ma – pur includendo lo “zoccolo duro” del diritto – racchiudono al loro interno molto più di esso. Se così non fosse, non sarebbe possibile sottoporre a limitazioni soggettive, anche in ragione della cittadinanza, la possibilità di accesso a determinate prestazioni, anche nel settore della salute.

soggettivo – dei livelli essenziali delle prestazioni da parte del legislatore statale, per le Regioni sarà anzitutto doveroso conformarsi ad essi e sarà poi eventualmente possibile disciplinare la materia solamente in accrescimento, ampliando l'accessibilità sancita a livello statale: questo è quanto si intende con l'espressione “livelli ulteriori”, i quali sono finalizzati ad allargare la copertura di tutela e di garanzia del diritto anche per categorie o tipologie di destinatari inizialmente esclusi dalla legislazione statale. Siffatto intervento sarà comunque possibile sempre entro i limiti della ragionevolezza: se la Regione decide di ampliare l'offerta di prestazioni, il suo compito sarà in questo senso eretto di difficoltà, poiché vi potrebbero pur sempre essere delle categorie di potenziali destinatari delle prestazioni che rischiano di rimanere ingiustificatamente o illegittimamente escluse.

A questo proposito, si dimostra interessante una recente sentenza della Corte costituzionale (C. cost., sent. n. 325/2011), resa in un giudizio di legittimità costituzionale in via principale promosso dallo Stato contro una legge della Regione Puglia, relativa *inter alia* alle esenzioni dai ticket per visite ed esami per talune categorie di pazienti⁶². Lo Stato, infatti, riteneva che la Regione avesse illegittimamente incluso tra le categorie esenti dalla quota di compartecipazione per motivi di reddito, gruppi ulteriori di soggetti non previsti dalla legislazione statale (norma di principio in materia), in violazione del terzo comma dell'art. 117 Cost⁶³. La

⁶² C. cost., sent. n. 325/2011. L'oggetto del giudizio sono gli artt. 11, commi 3, 4 e 5, 13, commi 1 e 2, 37, 46, 51 e 54 della legge della Regione Puglia n.19/2010, in materia di bilancio di previsione per il 2011. Le disposizioni impugnate dallo Stato hanno diversi oggetti e finalità; ciò che maggiormente rileva in questa sede è l'art. 13, che prevedeva – appunto – l'esenzione dal pagamento del ticket per visite ed esami specialistici per *alcune* categorie di soggetti, per motivi di reddito. Il ricorso statale si fonda sulla presupposta violazione dell'art. 117, comma 3, Cost.

⁶³ C. cost., sent. n. 325/2011, punto 3.2 del ritenuto in fatto. In particolare, la legge regionale prevedeva che fossero esenti dal pagamento dei ticket le seguenti categorie (non incluse nella legge statale): «e) agli inoccupati e loro familiari a carico, appartenenti a un nucleo familiare con un reddito complessivo annuo inferiore a euro 8.263,31, incrementato fino a euro presenza del coniuge e in ragione di ulteriori euro 516,46 per ogni figlio a carico; f) ai lavoratori in cassa integrazione ordinaria e straordinaria e loro familiari a carico, appartenenti a un nucleo familiare con un reddito complessivo annuo inferiore a euro 8.263,31, incrementato fino a euro presenza del coniuge e in ragione di ulteriori

Corte, in modo non del tutto condivisibile, ha giudicato la questione fondata, sulla base del fatto che l'individuazione dei soggetti esenti dal ticket è una norma di principio della legislazione statale; la Regione, nell'includere *ulteriori* categorie (originariamente non comprese) avrebbe in tal modo violato l'art. 117, comma 3, Cost⁶⁴. Desta, in un certo senso, stupore la pronuncia così orientata dalla Corte, anche perché essa pare distanziarsi dalle precedenti linee giurisprudenziali assunte⁶⁵.

In primo luogo, sorge qualche dubbio circa l'effettiva natura di norme di principio dalla Corte attribuito alla legge statale assunta a paramento interposto di costituzionalità, come indicato dall'Avvocatura dello Stato; a questo, è d'uopo aggiungere che non è dato di capire – né la Consulta ne fornisce adeguata spiegazione – il *perché* dell'ampliamento di quanto previsto dalla norma di principio sia di per se stesso costituzionalmente illegittimo⁶⁶.

euro 516,46 per ogni figlio a carico; g) ai lavoratori in mobilità e loro familiari a carico, appartenenti a un nucleo familiare con un reddito complessivo annuo inferiore a euro 8.263,31, incrementato fino a euro presenza del coniuge e in ragione di ulteriori euro 516,46 per ogni figlio a carico». Punto 5 del considerato in diritto.

⁶⁴ C. cost., sent. n. 325/2011, punto 5,2 del considerato in diritto: «L'art. 8, comma 16, della legge n. 537 del 1993, che indica le categorie di soggetti esentate dal pagamento della quota di compartecipazione alla spesa sanitaria (cosiddetto *ticket*), costituisce un principio fondamentale della legislazione sia in materia di «tutela della salute», sia in materia di «coordinamento della finanza pubblica». L'art. 13, commi 1 e 2, della legge della Regione Puglia n. 19 del 2010, esentando plurime categorie di assistiti, e anche gli inoccupati, i lavoratori in cassa integrazione ordinaria e straordinaria e i lavoratori in mobilità, con i loro rispettivi familiari a carico, include tra i soggetti esentati dal pagamento del *ticket* categorie non comprese dalla legislazione statale di principio, così violando l'art. 117, terzo comma, Cost.».

⁶⁵ In termini critici sulla sentenza si veda A. RUGGERI, *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di corte cost. n. 325 del 2011)*, pubblicato in www.giurcost.org (ultima consultazione 11.01.2012).

⁶⁶ Tanto più che con la legge regionale si mirava a coprire categorie economicamente deboli, quali gli inoccupati, i lavoratori in cassa integrazione e i lavoratori in mobilità. In questi termini, in modo assai condivisibile anche A. RUGGERI, *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali*, cit., *sub par. 4*.

Inoltre, il risultato della pronuncia pare essere in qualche modo poco coerente con le linee di intervento sinora tracciate dalla Corte. Di certo, in seguito alla riforma del Titolo V, non sempre la Consulta si è dimostrata “generosa” nel salvare la legittimità di leggi regionali; tuttavia, quello che è sembrato – sinora – essere un *topos* ricorrente nella giurisprudenza costituzionale concerneva il fatto che veniva riconosciuto il valore prevalente dei diritti, dal punto di vista soggettivo, sulle decisioni del legislatore (statale o regionale), richiamandosi anche agli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale⁶⁷.

Forse, l'intento ultimo della Corte era evitare che, in un periodo di particolare difficoltà economica come quello attuale, si creassero differenziazioni regionali che avessero come effetto quello di condizionare l'accessibilità alle prestazioni sanitarie per categorie particolarmente “deboli”. In questo caso, però, pare che la Regione avesse agito nel rispetto dei “livelli” indicati dallo Stato, intervenendo in modo ulteriore, secondo quanto era stato indicato dalla Corte stessa in precedenti pronunce. L'individuazione, invece, di un diverso parametro di costituzionalità ha comportato una decisione, per certi versi, inaspettata e non del tutto coerente con i principi sui quali si fonda l'assetto di competenze tra Stato e Regioni dal 2001. Se il fine ultimo dei giudici delle leggi era evitare e arrestare (in modo forse definitivo) la creazione di *postcode lottery* dell'esenzione dalla quote di compartecipazione, l'effetto può essere considerato raggiunto, anche se permangono alcune perplessità. La legge regionale, infatti, mirava a garantire copertura a categorie meritevoli di tutela, a causa dell'instabilità della situazione lavorativa in cui versano, attuando in tal modo un'azione volta ad assicurare eguaglianza sostanziale entro la società. A chi scrive, pare che un intervento di tal sorta da parte delle Regioni, pur nei limiti del rispetto delle soglie di uniformità che devono comunque essere garantite sull'intero territorio nazionale, non vada a infrangere il riparto di competenze tanto da dover essere tacciato di incostituzionalità. Sarà interessante, *pro futuro*, osservare gli ulteriori

⁶⁷ Così anche A. RUGGERI, *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali*, cit., sub par. 4.

sviluppi della giurisprudenza della Corte, poiché si potrebbero aprire dei nuovi corsi interpretativi dell'autonomia legislativa.

Appare ora evidente quanto possa risultare oneroso un impegno ampliativo regionale, il cui effettivo esercizio – si badi – non deve essere considerato scontato: il decennale periodo di vigenza della novella costituzionale ha dato modo di dimostrare la difficoltà regionale nel garantire *anche* la soglia essenziale delle prestazioni richiesta a livello statale.

È stato peraltro sostenuto che la possibilità di determinare limitazioni anche soggettive per il livello statale sia utile a evitare il rischio di derive asimmetriche in senso negativo nella garanzia di effettività della tutela del diritto alla salute: ciò si potrebbe verificare qualora siano i livelli sub-statali i soli chiamati a intervenire per limitare la “piattaforma soggettiva” di destinatari delle prestazioni in campo sanitario⁶⁸.

A parere di chi scrive, il criterio che permette di evitare illegittime asimmetrie è quello della ragionevolezza.

Se la scelta è giustificabile sotto tale profilo, infatti, potrebbe considerarsi soddisfatto il rispetto dell'eguaglianza sostanziale. In questo senso, può essere utile anche la comparazione: nel Regno Unito il sistema è concepito in termini del tutto differenti. Le determinazioni di prestazioni e servizi da garantire sull'intero territorio nazionale avviene attraverso linee guida o regolamentazioni ministeriali, che lasciano ampio spazio all'intervento delle amministrazioni sanitarie locali, sia con riguardo alla quantità di prestazioni da offrire e garantire, sia in riferimento all'individuazione dei requisiti soggettivi che permettano l'accesso alle stesse. L'unico limite – per così dire – formale che guida l'attività di tali amministrazioni è il principio di non discriminazione (oltre alle obbligazioni, peraltro estremamente vaghe, sancite nella legge istitutiva del servizio sanitario); la giurisprudenza, chiamata a intervenire su provvedimenti che limitavano o negavano l'accesso a trattamenti o terapie mediche non si è sempre dimostrata coerente⁶⁹. Per quanto attiene alle limitazioni soggettive,

⁶⁸ In questa prospettiva C. BOTTARI, *Tutela della salute*, cit., p. 92.

ad esempio, le Corti di merito hanno rilevato che, al fine di non compiere illegittime discriminazioni tra i pazienti, sia necessario adottare decisioni ragionevoli.

Il concetto di ragionevolezza – come si avrà modo di vedere *infra* – è però molto più vago di quello italiano; a ciò si aggiunge il fatto che i giudici, in linea di massima, hanno preferito valutare il procedimento di selezione dei criteri soggettivi, piuttosto che non direttamente il merito degli stessi, considerando in tal modo legittime soluzioni che sarebbero molto probabilmente state rigettate nel contesto italiano, sulla base del fatto che a fondamento della decisione vi era una corretta ponderazione degli interessi⁷⁰.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana si dimostra – ancora una volta – irrinunciabile al fine della comprensione della portata e del significato delle clausole costituzionali.

Nella sentenza n. 306/2008, in materia di assistenza (il caso verteva sulla titolarità a ricevere un'indennità di accompagnamento), si presentò proprio l'occasione di specificare il modo e la legittimità di limitazioni soggettive nell'accesso a prestazioni sociali⁷¹. Il caso di specie da cui trasse origine il giudizio costituzionale riguardava una donna, regolarmente soggiornante sul territorio italiano da più anni, che versava in coma vegetativo a causa di un incidente stradale. La domanda presentata per l'ottenimento di un'indennità di accompagnamento fu respinta poiché, fra i requisiti per la titolarità alla stessa vi era il possesso della carta di soggiorno, nel caso di richiedenti extra-comunitari. Il problema risiedeva nel fatto che la donna, cittadina

⁶⁹ Il tema sarà approfondito *infra*, nella sezione II del presente Capitolo, ove saranno indicati nel dettaglio tutti i riferimenti giurisprudenziali rilevanti, ai quali ora si rinvia.

⁷⁰ A questo proposito, si veda, per esempio C. NEWDICK, *Who should we treat?*, II ed., Oxford, 2005, pp. 106 ss.

⁷¹ Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale, promosso dal Tribunale di Brescia, avente ad oggetto il combinato disposto dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dall'art. 9 della legge 30 luglio 2002.

albanese, proprio a causa del suo stato di salute, fosse impossibilitata ad avere un reddito che le permettesse – per le disposizioni di legge in quel momento in vigore – di soddisfare i criteri richiesti per la carta di soggiorno⁷².

Nel decidere la questione, la Corte rileva, in via preliminare, che l'indennità d'accompagnamento spettante ai disabili è una prestazione assistenziale, per la quale l'individuazione dei beneficiari deve essere disposta dal legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, tenendo in considerazione i limiti delle risorse finanziarie di cui dispone. Al legislatore statale è dunque consentito introdurre restrizioni per il riconoscimento della titolarità ad esigere una prestazione che, come nel caso di specie, va a riempire di contenuto i diritti costituzionali; la scelta dei criteri, tuttavia, deve essere fondata sul rispetto del principio di ragionevolezza, onde evitare ingiustificate differenziazioni tra situazioni soggettive sostanzialmente simili⁷³.

L'esercizio del potere discrezionale del legislatore nella concessione di prestazioni assistenziali che concretizzano, tra gli altri, anche il diritto costituzionale alla salute, dunque, può prevedere che nel caso degli stranieri vengano posti dei limiti (pur nel rispetto degli obblighi internazionali e dei vincoli costituzionali), quali la dimostrazione che la permanenza sul territorio statale è una condizione continuativa e non episodica. Non è però ragionevole pensare che tale dimostrazione possa discendere dal possesso di un titolo di soggiorno il cui rilascio è subordinato a particolari condizioni reddituali, pena la violazione anche di diritti fondamentali della persona. Per questa ragione, la Corte ha giudicato la disposizione impugnata illegittima, nella parte in cui escludeva che l'indennità d'accompagnamento fosse

⁷² Il giudice *a quo* sollevava quindi la questione di legittimità costituzionale sopra esposta, per violazione degli artt. 2, 3, 10, 11, 32, 35, 38 117, comma 1, Cost.

⁷³ C. cost., sent. n. 306/2008, punto 9 del considerato in diritto, nel quale la Corte si richiama anche alla propria sentenza n. 432/2005: «In tale ambito, questa Corte ha affermato 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”, ma anche che al legislatore è consentito “introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria”»

rilasciata anche agli stranieri extra-comunitari privi delle condizioni di reddito per il rilascio della carta di soggiorno, per violazione degli articoli 3, 32, 38 e 10 della Costituzione⁷⁴.

Pertanto, l'esercizio della ragionevolezza nella scelta delle prestazioni da garantire a chi si trova sul territorio nazionale, soprattutto nel caso in cui si voglia limitare la base soggettiva di coloro che ne possono fruire, è sottoposto ad uno scrutinio "stretto" da parte della Consulta.

L'affermazione di tale principio non è nuova per la Corte costituzionale: esso emerge anche nella precedente sentenza n. 432/2005⁷⁵. Il caso verteva sulla possibilità di accesso al servizio di trasporto pubblico locale per gli invalidi civili. Il quadro delineato in questo caso dalla Corte permette di completare lo statuto dei diritti dello straniero rispetto all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui si è trattato nel Capitolo primo, in quanto in questa fattispecie vengono in luce dei diritti a prestazioni

⁷⁴ Per alcuni commenti alla sentenza si veda N. SALVINI, *Prevalenza del diritto alla salute sul requisito reddituale: brevi note a Corte Costituzionale n. 306 del 30 luglio 2008*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2008, 3-4, p. 149; A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari ([Osservazione a] Corte cost., 30 luglio 2008 n. 306)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4, pp. 3338 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Immigrazione e welfare: condizioni d'accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 2008, 6, pp. 1099 ss.

⁷⁵ Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale promosso in via incidentale dal TAR Lombardia, avente ad oggetto l'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia n. 1 del 2002 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), modificato dall'art. 5, comma 7, della legge della Regione Lombardia n. 25 del 2003 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità). I parametri sollevati dal giudice *a quo* sono gli artt. 3, 32, comma 1, 35, comma 1, e 117, comma 2, lettera a), Cost. La Corte costituzionale, al termine di un giudizio di ragionevolezza, nel quale rileva la violazione dell'art. 3 Cost., accoglie la questione, nella parte in cui non include gli stranieri residenti in Lombardia fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui mezzi di trasporto pubblico locale. Per un commento alla sentenza si veda M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 510, nonché F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero. Sentenza (28 novembre 2005) 2 dicembre 2005 n. 432*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, 6, pp. 4657 ss.

“ulteriori” rispetto al cd. nucleo irriducibile, per le quali viene determinata una sorta di regola operativa per il legislatore sia statale sia regionale che debba decidere su quali basi ammettere o escludere determinate categorie di soggetti dall'accesso ad alcune prestazioni, in virtù del criterio di residenza o di cittadinanza.

Proprio tali elementi costituiscono il cuore della decisione della Consulta, che ritiene da un lato la residenza sul territorio regionale un canone ragionevole per ammettere dei soggetti alla fruizione gratuita del trasporto pubblico e, dall'altro lato, giudica invece non ragionevole l'esclusione di coloro che, pur essendo residenti sul territorio regionale, non godano della cittadinanza italiana. Per quanto concerne l'aspetto soggettivo dell'accesso alle prestazioni sanitarie (o assistenziali), la Corte precisa che il rispetto del canone di ragionevolezza è dovuto sia per il legislatore statale sia per quello regionale: per entrambi è infatti possibile porre delle limitazioni soggettive all'accesso a benefici pubblici, soprattutto in ragione dell'oggettiva scarsità delle risorse finanziarie, ma pur sempre «in ossequio al principio di ragionevolezza»⁷⁶.

La sentenza richiamata, pur non avendo direttamente ad oggetto il diritto alla salute e il problema del riparto di competenze tra Stato e Regioni nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, si presta ad alcune riflessioni circa il potere discrezionale del legislatore (statale o regionale che sia) di individuazione delle categorie soggettive da ammettere alla fruizione di benefici che contribuiscano a

⁷⁶ C. cost., sent. n. 432/2005, punto 5.2 del considerato in diritto: «L'assunto della Regione, corretto in linea di principio, risulta tuttavia del tutto eccentrico rispetto alla previsione oggetto di censura. La circostanza che 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 irrazionale o, peggio, arbitraria. [...] Il requisito della cittadinanza non può assumersi [...] quale “criterio preliminare di accesso” al beneficio, e senza che lo stesso sia stato «pensato in riferimento ad una specifica categoria di soggetti».* Corsivo aggiunto.

riempire di contenuto i diritti costituzionalmente tutelati. Come evidenziato dalla Corte, in tale attività non vi è spazio per una discrezionalità piena (ancor meno per scelte arbitrarie), ma esistono piuttosto dei vincoli – talora anche fortemente caratterizzanti – che ne orientano l'attività e che sono dettati dalla necessità di coerenza sistematica dell'ordinamento.

Ciò che colpisce lo studioso è proprio il tipo di condizionamento dello spazio decisionale del legislatore: i paletti non sono posti, infatti, solamente da vincoli finanziari, come si sarebbe portati a credere a prima vista; la valutazione dell'adeguatezza dei livelli da garantire deriva sicuramente da ponderazioni di carattere economico, ma è anche – e forse soprattutto – il frutto di complessi bilanciamenti in cui giocano un ruolo fondamentale considerazioni di natura socio-culturale e la risposta ai bisogni dei fruitori del servizio sanitario.

5. Il contenuto “salutare” dei livelli essenziali

Una prima determinazione dello spettro contenutistico dei livelli essenziali delle prestazioni si è avuta attraverso il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 novembre 2001, di definizione dei LEA⁷⁷: l'intervento è stato suddiviso nelle tre macro-aree rappresentate da assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e di lavoro, assistenza distrettuale e assistenza ospedaliera. Per ogni area sono state stabilite ed elencate le prestazioni assistenziali da assicurarsi ad ogni cittadino sull'intero territorio nazionale.

Riguardo alla vicenda del d.P.C.M., è necessario segnalare anche un aspetto, non di poco conto, che attiene alle fonti del diritto: è stata la giurisprudenza amministrativa di merito ad identificare i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 Cost. con i LEA sanitari definiti dal decreto in parola⁷⁸. Con un'ordinanza del TAR

⁷⁷ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 29 novembre 2001, pubblicato in GU 8 febbraio 2002, n. 33, dal titolo *Definizione dei livelli essenziali di assistenza*.

⁷⁸ Tar Puglia, Lecce, sez. II, ord. 1 giugno 2002, n. 449, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2002, p. 1743.

Puglia⁷⁹, infatti, è stato dichiarato che le prestazioni sanitarie non inserite nei livelli essenziali di assistenza del d.P.C.M. del 29 novembre 2001 non possono essere escluse dalle funzioni temporaneamente assicurate, fino all'adozione di nuove indicazioni cliniche⁸⁰.

Tale affermazione, che andava a colmare una lacuna e che ha comunque dato luogo a perplessità, ha trovato spalla in altre pronunce del giudice amministrativo, che hanno avuto come effetto la cristallizzazione del rapporto tra determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e fissazione dei LEA sanitari per mezzo del d.P.C.M.: «Ora, la fissazione dei LEA sanitari, come stabilita dall'impugnato DPCM, impinge, anzi dà senso e contenuto concreto alla tutela del diritto sociale alla salute ex art. 32 Cost., il quale, com'è noto, implica il diritto ai trattamenti sanitari necessari a garantire il mantenimento o il ripristino sia della sanità personale [...], sia di quel grado di salute collettiva ritenuta, allo stato delle conoscenze scientifiche, idonea ad attuare l'uguaglianza sostanziale dei soggetti di diritto. In tal senso, il diritto de quo

⁷⁹ Tar Puglia, Lecce, sez. II, ord. 1 giugno 2002, n. 449. Con tale ordinanza, il Tar aveva annullato il provvedimento con cui una Ausl (per risparmiare sulle risorse in campo sanitario) aveva escluso alcune prestazioni dal novero di quelle garantite dal servizio sanitario regionale, poiché non erano comprese nel d.P.C.M. sui livelli essenziali di assistenza. Nel caso di specie si trattava di laserterapia antalgica, elettroterapia antalgica, ultrasuonoterapia e mesoterapia. Per un commento all'ordinanza si veda T. NICOLAZZI, *I livelli essenziali di assistenza*, nota a Tar Puglia, Lecce, sez. II, ord. 1 giugno 2002, n. 499, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2002, 5, p. 1744.

⁸⁰ È bene puntualizzare che il d.P.C.M del 29 novembre 2001 è frutto del recepimento dell'accordo tra il Governo, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano, avvenuto in sede di Conferenza Stato-Regioni, sancito il 22 novembre 2001. Esso ha definito, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni, i livelli essenziali di assistenza sanitaria da garantire a tutti i cittadini. Con l'ordinanza annotata, il Tar ha sospeso la nota con cui una Ausl aveva determinato che alcune prestazioni (non inserite nel d.P.C.M.) non fossero più erogabili a carico del SSN. Il principio che si deriva dalla pronuncia è che «l'esclusione di determinate cure dal novero di quelle coperte dall'intervento finanziario pubblico debba essere preceduta da un'adeguata istruttoria tesa a verificare l'adeguatezza terapeutica delle medesime». Cfr. T. NICOLAZZI, *I livelli essenziali di assistenza*, cit., p. 1744. Sul punto si veda anche V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 168.

è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà, attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie, di cui l'apparato dispone»⁸¹.

Ne è esplicitamente derivata l'esigenza di una copertura legislativa dei LEA già determinati, poiché il rischio che si paventava era quello dell'annullamento dell'atto governativo, che avrebbe vanificato molte determinazioni già assunte sull'intero territorio nazionale: esso è arrivato con l'art. 54 della l. n. 289/2002 (finanziaria 2003), che ha avuto l'effetto di ricondurre dunque alla fonte primaria i contenuti indicati nella fonte secondaria⁸², creando in tal modo la fonte di legittimazione del decreto e risolvendo “alla radice” molti probabili problemi.

Per quanto riguarda la struttura e il contenuto del decreto, invece, pare interessante notare (a riconferma del fatto che sono presenti degli interessanti *ricorsi* fra ordinamenti) che la lista di prestazioni erogate segue una “tecnica mista”, prevedendo sia una lista di prestazioni positive, quelle cioè che vengono fornite dallo Stato (Allegato 1), sia una di prestazioni negative, nella quale sono indicate alcune prestazioni esplicitamente escluse dai LEA (Allegato 2). Il modello è adottato anche nell'ordinamento spagnolo, che sotto il punto di vista della struttura della decentralizzazione delle competenze e dei ruoli nel settore sanitario presenta un forte grado di omogeneità con il contesto italiano⁸³.

⁸¹ Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 10 luglio 2002, sent. n. 6252 (corsivo aggiunto), su cui anche V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni e LEA sanitari: prime indicazioni della giurisprudenza di merito*, nota a Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 10 luglio 2002, n. 6252, in *Foro amministrativo – TAR*, 2003, 1, p. 181

⁸² Il d.P.C.M. recepisce gli accordi raggiunti in sede di Conferenza tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano e demanda agli enti territoriali il compito di organizzare l'erogazione delle prestazioni, anche sulla base delle esigenze territoriali. Sul punto cfr. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., pp. 490-491.

⁸³ In questi termini cfr. anche C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., pp. 282-283.

È inoltre da evidenziare il fatto che, all'atto di compilazione delle liste di prestazioni da erogare, il legislatore ha preferito porsi in linea di continuità con la disciplina precedente, continuando a garantire un elevato livello di copertura: ciò è dimostrato dai rinvii alle fonti di varia natura contenuti nelle tabelle di cui all'Allegato 1. Quest'ultimo aspetto, apparentemente non rilevante se non per svolgere un chiarimento (sicuramente necessario) sulla configurazione giuridica, sulla struttura e sui contenuti del d.P.C.M., offre degli interessanti spunti di riflessione circa le possibilità a disposizione del legislatore: nel 2001 si decise di non discostarsi da un impianto piuttosto consolidato, mantenendo in tal modo un buon livello di coerenza all'interno dell'ordinamento e assicurando altresì un'elevata copertura sul territorio nazionale, in modo tale da limitare (in via preventiva) un'eccessiva differenziazione regionale, che avrebbe potuto avere un impatto non indifferente, all'indomani della riforma costituzionale. D'altro canto, però, all'epoca dell'adozione, l'atto ottenne anche talune critiche, poiché si disse che esso costituiva un'occasione mancata per il legislatore nazionale di limitare la spesa pubblica nel settore sanitario⁸⁴. Il parametro d'azione dei LEA, invero, non è tanto quello della loro commisurazione rispetto alle risorse finanziarie del momento contingente, quanto piuttosto quello della loro individuazione in base a «equità, pertinenza, appropriatezza ed efficacia»⁸⁵.

Si aprono, a questo punto due possibili profili d'interesse per il costituzionalista: da un lato, si può individuare, una volta in più, un ulteriore elemento che vada a suffragare la tesi per cui il diritto alla salute è un diritto a fattispecie complessa e che la sua garanzia è la risultante di un bilanciamento articolato ad opera del legislatore, nel quale vengono in gioco molti e differenti interessi e valori costituzionali; d'altro canto, la vera “sfida” per valutare la sostenibilità di quanto sinora affermato sta nelle future decisioni del legislatore statale. A distanza di dieci anni dall'adozione della

⁸⁴ Su questo punto cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., p. 284, che a sua volta si rifà a G. FRANCE, *Diritto alla salute, devolution e contenimento della spesa: scelte difficili, scelte obbligate*, in ISSiRFA-CNR, *Terzo Rapporto annuale sullo stato del regionalismo in Italia*, Milano 2005, pp. 615 ss.

⁸⁵ C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione*, cit. p. 284.

prima lista di prestazioni dopo la riforma e a fronte del “fallimento” dell'aggiornamento della stessa con il d.P.C.M. del 23 aprile 2008, che non entrò mai in vigore⁸⁶, delle modifiche “sostanziali” al decreto sono prevedibili⁸⁷.

Un caso che, a parere di chi scrive, rappresenta un momento importante nella copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di livelli essenziali delle prestazioni nel campo della salute, è rappresentato dalla sentenza n. 467/2005⁸⁸. Il ricorso dello Stato da cui trae origine la pronuncia può essere scisso in due questioni

⁸⁶ La vicenda del decreto del 23 aprile 2008 è stata alquanto travagliata: esso è stato adottato al termine di un procedimento istruttorio piuttosto lungo (iniziato con il Patto per la salute del 2006 e proseguito con le fasi di consultazione che si sono svolte a partire dal 2007). Cfr. S. MARZOT, *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in *Sanità pubblica e privata*, 2008, 4, pp. 20 ss., dalla cui lettura pare però che il decreto sia regolarmente entrato in vigore. Esso rimase invece “vittima” della crisi del Governo Prodi II, dal quale fu adottato. Il D.P.C.M. fu infatti adottato durante l'ultimo Consiglio dei Ministri del Governo Prodi, ad elezioni già avvenute, prima dell'insediamento del Governo successivo, ma non entrò mai in vigore. Sul punto cfr. anche V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., p. 496. Il Governo successivo decise infatti di ritirare il decreto per carenze di copertura, a seguito dei rilievi della Corte dei Conti (rilievo n. 85 del 24 giugno 2008), in ordine alla copertura dei costi e alle risorse previste. Sul punto, molto dettagliatamente G. CARPANI, *La cooperazione tra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa condizionata sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro da parte del Governo del provvedimento*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2008, 5, pp. 25 ss.

⁸⁷ La determinazione dei cd. nuovi LEA pare essere uno dei punti su cui il Ministero della Salute sta lavorando ed è lecito aspettarsi che una modifica arriverà entro il primo semestre del 2012. Gli aggiornamenti sono forniti costantemente dal sito www.quotidianosanita.it; in particolare si veda l'articolo Patto per la salute. Primo incontro tra Governo e Regioni. Spesa, ticket e Lea i nodi da sciogliere, pubblicato il 15 dicembre 2011, all'indirizzo www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?articolo_id=6598 (20.12.2011).

⁸⁸ Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale, promosso in via principale con ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri, contro una legge della Regione Campania in materia di intolleranze alimentari e ristorazione differenziata nella Pubblica Amministrazione (L.R. n. 2/2003, artt. 1 e 4). I parametri della decisione sono gli artt. 117, comma 2, lett. m), e comma 3 e l'art. 120, comma 2, Cost. La Corte costituzionale decise con una sentenza interpretativa di rigetto. Dal momento che la pronuncia presenta profili particolarmente interessanti per l'argomentazione che si vuole svolgere in questa sede, vale la pena di dar conto nel testo dell'intero svolgersi delle

di legittimità costituzionale: la prima – riguardante l'art. 1 della legge regionale impugnata – concerne la previsione legislativa dell'erogazione di prodotti dietetici ai soggetti affetti da determinate patologie, mentre la seconda concerne l'art. 4 della legge, che prevede l'obbligo di fornire pasti differenziati ai soggetti con problemi legati all'alimentazione in capo a tutti gli uffici della Pubblica Amministrazione operanti sul territorio regionale.

Secondo l'Avvocatura dello Stato, l'illegittimità costituzionale della prima disposizione impugnata (art. 1 della L.R. Campania n. 2/2003) risiede nella disciplina in senso riduttivo dei livelli essenziali di assistenza sanitaria, come previsti dal d.P.C.M. del 29 novembre 2001: la Regione, infatti, prevedendo l'erogazione di prodotti dietetici per persone affette da determinate patologie, non include i sostituti del latte materno per i nati da madri sieropositive, fino al sesto mese d'età, come invece previsto dalle fonti statali⁸⁹. Ciò violerebbe, secondo la difesa erariale, l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., in quanto si tratterebbe di una disciplina regionale riduttiva rispetto a quella statale; sarebbe, inoltre, configurabile una violazione anche delle competenze concorrenti tra Stato e Regioni (art. 117 Cost.), per un contrasto tra i principi fondamentali individuati dalle fonti statali. Questo aspetto, in particolare, costituisce, in un certo senso, l'elemento di novità sia nei contenuti del ricorso erariale sia nelle motivazioni della decisione della Corte: la censura di

argomentazioni della Corte. Per alcuni commenti alla sentenza si veda E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 564 M. POTO, *La Corte costituzionale e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sui diritti civili e sociali*, nota a Corte costituzionale, sentenza n. 467/2005, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, 3, p. 437; M. MICHETTI, *Potestà esclusiva, potestà ripartita: un problema di difficile convivenza. Sentenza (14 dicembre 2005) 28 dicembre 2005 n. 467*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, 6, p. 4987

⁸⁹ In particolare, la fonte di previsione dell'erogazione di sostituti del latte materno per nati da madri sieropositive, è il Decreto del Ministro della salute dell'8 giugno 2001, *Assistenza sanitaria integrativa relativa ai prodotti destinati ad una alimentazione particolare*, contenente previsioni destinate sia a coloro che sono affetti da patologie alimentari (i.e. morbo ciliaco, ecc.) sia – appunto – ai nati da madri sieropositive per HIV (su cui in particolare art. 4).

costituzionalità fondata su di una «disciplina in senso riduttivo dei livelli essenziali». Lo Stato non lamenta, infatti, un'illegittima invasione delle proprie competenze da parte della Regione, quanto il fatto che la disciplina regionale sia in qualche modo carente rispetto a quella statale⁹⁰. Siffatta impostazione del ricorso è di particolare importanza poiché – come di seguito si vedrà – ha aperto la strada ad una giurisprudenza costituzionale nella quale la legittimità costituzionale delle leggi regionali in materia sanitaria viene valutata non soltanto alla luce del riparto di competenze previsto dall'art. 117 Cost., ma anche – e in modo assai incidente – utilizzando proprio il d.P.C.M. 29.11.2001 come una sorta di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità⁹¹.

Quanto, invece, all'art. 4 della legge regionale, l'Avvocatura dello Stato rileva una violazione del principio di leale collaborazione, ex art. 120, comma 2, Cost., poiché la previsione della distribuzione di prodotti dietetici in tutte le mense della Pubblica Amministrazione, includerebbe anche quelle statali, non solo quelle regionali, travalicando l'ambito di competenza della Regione.

La difesa regionale evidenzia l'errore nell'individuazione dei parametri di legittimità costituzionale da parte del ricorrente, nonché nella ricostruzione del quadro delle fonti normative di riferimento per la disciplina; aggiunge altresì che la legge regionale era stata adottata in attuazione del decreto legislativo n. 111/1992, a sua volta di recepimento della direttiva 89/398/CEE, sui prodotti alimentari destinati ad una alimentazione particolare. Ciò consente di operare una distinzione nelle

⁹⁰ Dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, si tratta di un importante momento di svolta, poiché il motivo dedotto dall'Avvocatura dello Stato non solo costituisce una novità rispetto ai ricorsi precedenti, ma ha anche trovato “fortuna” nei casi successivi, inaugurando un vero e proprio filone giurisprudenziale, sul quale ci si soffermerà *infra*. Sul fatto che il motivo di doglianza rappresentasse all'epoca della decisione un particolare elemento di interesse, si veda E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza*, cit., p. 567. L'autrice riporta, come esempi di sentenze nelle quali la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata con riferimento all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. per invasione di competenze legislative statali da parte delle Regioni le sentenze nn. 312/2003; 73/2004; 75/2004 e 271/2005.

⁹¹ In termini simili, cfr. V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., p. 492.

discipline dei prodotti alimentari: vi sarebbero, da un lato, i prodotti destinati a persone affette da patologie del sistema metabolico o di assimilazione (sui quali interviene la disciplina regionale) e, dall'altro lato, gli alimenti destinati a lattanti o bambini nella prima infanzia, in buona salute, con finalità preventive e quindi non curative. Di conseguenza, non vi sarebbe una disciplina regionale riduttiva dei livelli essenziali stabiliti a livello statale, poiché la Regione è intervenuta in un ambito più limitato di quello statale⁹².

Quanto, invece, alla seconda censura, la difesa della Regione Campania sostiene che la *ratio* della disposizione impugnata sarebbe l'intenzione di evitare il configurarsi di regimi ingiustificatamente diversificati, solo sulla base dell'appartenenza organica del soggetto.

La Corte innanzi tutto rigetta l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Regione sulla base dell'erronea individuazione dei parametri: una legge regionale può infatti essere contemporaneamente in conflitto con il secondo e il terzo comma dell'art. 117 Cost. Entrando, poi, nel merito, fa proprie le motivazioni avanzate dalla difesa regionale, propendendo per la non fondatezza della questione, dal momento che la legge impugnata si pone come obiettivo la tutela dei soggetti affetti da patologie alimentari, svolgendo quindi una funzione *curativa*, e non una *preventiva*. La ricostruzione esatta del sistema delle fonti relative alla disciplina dell'erogazione sia di prodotti dietetici sia di sostituti del latte materno per i neonati fino al sesto mese consente di confermare tale orientamento: il d.lgs. n. 111/1992 prevede entrambe le categorie, fra i soggetti destinatari di una alimentazione particolare, ma precisa anche che solamente gli alimenti per le persone il cui processo di assimilazione o di metabolismo è perturbato possono recare l'indicazione "dietetico" o "di regime"⁹³. Il

⁹² Si veda il punto 3 del ritenuto in fatto.

⁹³ Ciò si evince dall'art. 1, commi 2 e 3, del d. lgs. n. 111/1992: «2. I prodotti alimentari di cui al comma 1 devono rispondere alle esigenze nutrizionali particolari delle seguenti categorie di persone: a) le persone il cui processo di assimilazione o il cui metabolismo è perturbato; b) le persone che si trovano in condizioni fisiologiche particolari per cui possono trarre benefici particolari dall'assunzione controllata di talune sostanze negli alimenti; c) i lattanti o i bambini nella prima infanzia, in buona salute. 3. I soli prodotti alimentari di cui al comma 2, lettere a) e b) possono essere caratterizzati

Decreto del Ministro della salute dell'8 giugno 2001, richiamato dallo stesso d.P.C.M. 29 novembre 2001, come fonte per l'individuazione dei prodotti dietetici per categorie particolari, individua (ma con distinte discipline) entrambe le categorie menzionate, includendo sia i prodotti "dietetici" sia i sostituti del latte materno fra i livelli essenziali di assistenza. Tali elementi, comunque, secondo la Corte, non incidono sulla diversità degli obiettivi che le discipline si prefiggono, dal momento che restano configurabili una finalità curativa e una di prevenzione, nonostante sia ravvisabile un'identità di *ratio*, nella volontà del legislatore statale di garantire il consumo gratuito di particolari sostanze alimentari a categorie di soggetti particolarmente meritevoli di tutela⁹⁴.

La legge regionale impugnata si colloca in un ambito operativo ristretto rispetto alle più ampie previsioni statali, poiché si limita a disciplinare le modalità di fruizione di tali benefici per i portatori delle patologie indicate; la tutela dei bambini nati da madri HIV positive, invece, non è per tal ragione diminuita o ristretta, dal momento che rimane garantita dalla normativa statale, cui dovrà seguire una disciplina regionale *ad hoc* di carattere organizzativo sulle modalità di accertamento dello stato di sieropositività⁹⁵. Con riferimento a questo passaggio della decisione, vale

dall'indicazione "dietetico" o "di regime"». Così è stato anche recepito dal d.P.C.M. 29.11.2001, nell'Allegato 1, alla voce "2. Assistenza distrettuale", lettera D "Assistenza integrativa", che reca «fornitura di prodotti *dietetici* a categorie particolari».

⁹⁴ Cfr. C. cost., sent. n. 467/2005, punto 3.2. del considerato in diritto.

⁹⁵ In tal modo, la Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale, con una sentenza che contiene sia un monito al legislatore regionale sia importanti indicazioni circa il sistema delle fonti sui livelli essenziali delle prestazioni, come garanzia del diritto alla salute: «La determinazione dei livelli essenziali dell'assistenza integrativa relativa ai prodotti destinati ad un'alimentazione differenziata rientra senza dubbio nella previsione dell'art. 117, comma 2, lettera m), Cost., in quanto relativa a prestazioni concernenti il diritto fondamentale alla salute da garantirsi in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Di conseguenza, lo scrutinio di costituzionalità operato con riguardo a tale parametro rende inutile l'esame della questione [...] ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., prospettata in via subordinata nel ricorso governativo. Tali principi, nella fattispecie, non vengono in rilievo per la presenza, dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, di una riserva statale di legislazione in materia di determinazione dei livelli

sottolineare il fatto che la Corte, pur non accogliendo le doglianze dell'Avvocatura dello Stato, non contesta la lettura costituzionalmente orientata delle fonti statali di attuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, per le quali non sarebbe ammissibile una disciplina regionale “al ribasso”: al contrario, non vi è traccia nella sentenza di valutazioni circa la non fondatezza di tal tipo di utilizzo del parametro costituzionale⁹⁶.

Ugualmente infondata risulta anche la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 4 della legge regionale impugnata: la Corte non ravvisa alcuna violazione del principio di leale collaborazione e ritiene, anzi, che sarebbe paradossale l'individuazione di una disciplina dell'erogazione dei prodotti dietetici nelle mense della Pubblica Amministrazione sul territorio regionale differenziata in base alla tipologia di struttura cui il soggetto afferisce. Ciò infatti configurerebbe una irragionevole compressione del diritto alla salute a discapito di alcuni individui all'interno del territorio della Regione.

Si è inteso soffermarsi in modo particolare sulla sentenza n. 467/2005 perché in essa emergono importanti profili relativi al contenuto dei livelli essenziali delle prestazioni nel settore della sanità, unitamente a indicazioni preziose circa l'ambito d'intervento delle Regioni nella disciplina. Riprendendo brevemente le fila della decisione, il ricorso statale si fonda sulla disciplina regionale “al ribasso” dei livelli essenziali rispetto alle fonti esistenti, non su una mera invasione delle competenze. Se i livelli essenziali costituiscono la soglia di uniformità che deve essere rispettata su tutto il territorio nazionale, la Regione non può certamente “giocare al ribasso”, in quanto ciò costituirebbe non solo la violazione dell'art. 117 della Costituzione, ma

essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali incidenti in ambiti materiali diversi», punto 4 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

⁹⁶ Cfr. in particolare il punto 3.3 del considerato in diritto; in questi termini anche E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza*, cit., p. 568.

anche una lesione dei diritti costituzionali (nel caso di specie dell'art. 32 Cost.). La differenziazione regionale può giocarsi *oltre* la soglia dei livelli essenziali⁹⁷.

È però opportuno aggiungere anche una nota in termini lievemente critici: attraverso l'individuazione del sistema delle fonti statali (e in particolar modo del d.P.C.M. 29.11.2001) come *parametro interposto* nel giudizio di legittimità costituzionale⁹⁸ di disposizioni regionali impugnate per violazione dell'art. 117 Cost., la Corte costituzionale, almeno in questo primo decennio di vita della novella del Titolo V, si è posta in un ruolo non esattamente equidistante tra il legislatore statale e quello regionale.

In termini comparati, inoltre, preme evidenziare il fatto che la necessità di individuazione di un parametro interposto, nel momento in cui si richiede al Giudice delle Leggi una valutazione sulla legittimità di una disposizione regionale nei confronti della clausola costituzionale “trasversale”, viene richiesta esplicitamente anche dal Tribunal Constitucional spagnolo, pena l'impossibilità di una valutazione della conformità della legge alla Carta fondamentale: i Giudici hanno infatti espressamente dichiarato che la norma statale di riferimento debba essere individuata dal ricorrente, tanto che pare esclusa la possibilità di individuazione del cd. parametro interposto d'ufficio da parte della Corte (aspetto che invece sembra essere possibile per il Giudice costituzionale italiano)⁹⁹.

⁹⁷ Sulla sentenza cfr. anche C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, cit., p. 84. Anche se, a questo proposito, pare che la Corte stia cominciando ad adottare uno scrutinio più ristretto sulla possibilità di intervento ampliativo da parte delle Regioni. Su questo si veda la recente sentenza n. 325/2011, su cui *supra*.

⁹⁸ In questi termini anche G. CARPANI, *La cooperazione tra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa condizionata sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro da parte del Governo del provvedimento*, cit., p. 14, rifacendosi proprio alla sentenza n. 467/2005.

⁹⁹ Il riferimento è alla sentenza del Tribunal constitucional n. 98/2004, resa su un ricorso presentato dal Governo contro una legge della Comunità Autonoma delle Canarie sull'individuazione dei prezzi di riferimento dei farmaci rimborsabili dal servizio sanitario nazionale. In particolare, al non fondamento giuridico si legge: «hemos de examinar si el precepto impugnado vulnera, según aduce el Abogado del Estado, el art. 149.1.1 CE, en relación con el derecho a la salud (art. 43 CE). Nuestra respuesta ha de ser también negativa en este punto. Así, partiendo de que el art. 149.1.1 CE habilita al

Dallo studio della giurisprudenza costituzionale emerge nettamente l'imposizione allo Stato di un particolare rigore procedurale che preveda il coinvolgimento attivo delle Regioni nei procedimenti decisionali, cui non pare – almeno per il momento, a parere di chi scrive – corrispondere altrettanto rigore contenutistico. In altre parole, la Corte ha, in linea di massima, accolto il contenuto dei livelli essenziali delle prestazioni nel settore sanitario previsto dal legislatore statale, senza porlo in discussione. È d'uopo, peraltro, rilevare che tale lettura della giurisprudenza emerge in relazione a casi nei quali oggetto del giudizio erano leggi regionali, non essendo perciò possibile per la Consulta intervenire direttamente sulle fonti statali; quando, invece, al vaglio della Corte sono leggi statali, in caso di declaratoria di incostituzionalità, l'illegittimità si gioca – in massima parte – sul mancato rispetto dei requisiti procedurali nell'individuazione dei livelli essenziali (*in primis* il principio di leale collaborazione).

Ciò che, comunque, emerge con un certo nitore dall'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto concerne proprio il fatto che di rado i Giudici della Consulta si siano spinti a valutazioni approfondite della scelta del legislatore statale, dando talora per scontata l'effettuazione completa e condivisibile del bilanciamento con gli altri interessi e valori in gioco¹⁰⁰.

Estado para establecer una regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, lo que no conlleva la exclusión de las diferencias en las normas complementarias de las Comunidades Autónomas, debemos considerar aplicable aquí nuestra doctrina según la cual, puesto que "no se enuncian por parte del Abogado del Estado los preceptos legales concretos de la normativa estatal que contienen la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que se dicen vulnerados, es notorio que este Tribunal carece de canon de referencia para realizar el juicio de constitucionalidad que aquella representación procesal le solicita, lo que nos impide apreciar si se ha conculcado el contenido primario de algún derecho o las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo». Sembra quindi che il Tribunale costituzionale dichiari apertamente di non poter individuare d'ufficio il parametro interposto che permetta di verificare la violazione o il rispetto della clausola di cui all'art. 149.1.1 CE, equivalente funzionale del nostro art. 117, comma 2, lett. m), Cost., come si avrà modo di vedere *infra*.

D'altra parte, senza voler anticipare le conclusioni, si può anche notare che è stata la Corte stessa ad indicare che la determinazione dei livelli essenziali costituisce un esercizio del potere discrezionale del legislatore statale, il quale però non è in sé libero, ma è – appunto – vincolato al rispetto di una serie di principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano, che hanno come finalità quella di garantire il mantenimento di un livello di eguaglianza sostanziale sostenibile su tutto il territorio nazionale, pur permettendo alle Regioni di creare e individuare meccanismi e contenuti particolari, *rectius* ulteriori, di prestazioni che vadano a integrare il catalogo di quelle previste a livello nazionale, in modo da rispondere ai bisogni emergenti in ciascuna realtà locale¹⁰¹. Questa la ragione per cui il “contenuto” concreto dei livelli essenziali, così come disciplinati dallo Stato, viene censurato dalla Corte nel caso di manifesta irragionevolezza della determinazione, anche in un'ottica di “rispetto” per l'esercizio del potere discrezionale che si mantiene entro i limiti tracciati dalla Costituzione¹⁰².

6. Quali possibilità di differenziazione per le Regioni?

¹⁰⁰ Sul punto cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 65, in cui si rinvia a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, soprattutto pp. 111 ss.

¹⁰¹ A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., pp. 1091-1092: «L'art. 117/2m è forse l'espressione più forte di questa trama complessa che si riconduce al principio dell'unità della Repubblica: un'unità «sostanziale», insieme giuridica ed economica [...], fatta di quei valori – diritti, dignità umana, solidarietà (anche *interterritoriale*), eguaglianza, coesione sociale – che rappresentano ancora il senso più autentico e indeclinabile della nostra *identità costituzionale*».

¹⁰² Cfr. C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali” (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, cit., p. 898. Il controllo “sostanziale” da parte del giudice si arresta alla valutazione della ragionevolezza dell'esercizio del potere discrezionale, rendendo però più stretto lo scrutinio sul rispetto dei requisiti procedurali o procedimentali nell'adozione delle scelte. Come si avrà modo di dimostrare *infra*, un analogo risultato è stato raggiunto anche negli ordinamenti britannico e spagnolo.

In seguito all'emanazione, da parte del legislatore statale, della disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni nel settore dell'assistenza sanitaria, con il citato d.P.C.M. del 29 novembre 2001, le Regioni sono ulteriormente intervenute, con atti di recepimento dei LEA, atti integrativi e successivi per definire a livello regionale il proprio sistema di tutela e garanzia di quanto prescritto dal legislatore statale¹⁰³.

Peraltro, ogni Regione, non soltanto secondo le proprie disponibilità finanziarie, ma anche (e in misura non trascurabile) in base all'esercizio di un certo livello di discrezionalità politica, ha “modellato” entro la soglia possibile i livelli essenziali a seconda delle proprie sensibilità.

Come si è visto sopra, alle Regioni è lasciata la possibilità di prevedere ed erogare (con risorse proprie) prestazioni *ulteriori*, purché vengano mantenute e assicurate quelle essenziali richieste dallo Stato. Ciò non solo ha come *ratio* il riconoscimento del livello di autonomia regionale previsto dalla riforma costituzionale del 2001, ma anche e soprattutto quello di garantire alle Regioni la potestà di intervenire al fine di livellare efficacemente e direttamente i livelli di disuguaglianza dovuti alla differenziazione territoriale¹⁰⁴. Così facendo le Regioni divengono degli attori fondamentali per la tutela dei diritti costituzionali e soprattutto per la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale.

A tale aspetto, vi è comunque da aggiungere il fatto che l'intervento di recepimento e attuazione dei LEA da parte delle Regioni può condurre a un certo (ma pur sempre limitato) livello di differenziazione inter-territoriale, soprattutto con riguardo alla disciplina organizzativa dell'erogazione delle prestazioni. Si tratta di un profilo che, a prima vista potrebbe apparire di poco conto nella prospettiva dell'eguaglianza fra i cittadini; tuttavia, nella pratica, è stato forse soprattutto questo profilo a determinare

¹⁰³ Solo per fare un esempio, sia consentito rinviare alla pagina del sito della Regione Veneto ove sono indicati tutti gli atti regionali di attuazione del d.P.C.M.: www.regione.veneto.it/Servizi+alla+Persona/Sanita/Programmazione+Socio+Sanitaria/LEA.htm (27.12.2011).

¹⁰⁴ Cfr. G. CARPANI, *La cooperazione tra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa condizionata sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro da parte del Governo del provvedimento*, cit., p. 16.

negli anni il livello di *postcode lottery*, all'italiana, nel settore della salute, mentre sono forse risultati più limitati gli interventi di previsione di livelli ulteriori (che comunque, ove previsti, hanno caratterizzato in senso positivo il sistema sanitario regionale).

Gli interventi regionali sono stati di vario tipo nel corso del decennio di vigenza della disciplina e non possono essere tutti ripresi in questa sede. In sintesi, si può indicare che alcune Regioni hanno previsto, come livello ulteriore, la possibilità di fruire di terapie della medicina non convenzionale, non prevista nei LEA, con la volontà di rispondere non soltanto ai bisogni della popolazione locale, ma anche come risposta ad una consolidata prassi terapeutica¹⁰⁵. In altri casi, per esempio, si è scelto di utilizzare l'autonomia regionale al fine di ampliare la possibilità di fruire di prestazioni il cui accesso è subordinato, a livello statale a condizioni particolarmente restrittive, in modo tale da consentire un'erogazione più elastica e maggiormente rispondente alle esigenze locali¹⁰⁶.

L'intervento regionale volto a integrare o ampliare i livelli essenziali previsti dallo Stato è certamente possibile (forse talora dovuto, nel caso in cui si renda necessario rispondere a peculiari bisogni della popolazione locale) ed ha trovato l'avallo della Corte costituzionale, la quale ha in più occasioni dichiarato che le Regioni non possono in alcun modo diminuire il catalogo delle prestazioni previste dallo Stato, ma possono pur sempre intervenire aumentando, prevedendo livelli ulteriori, purché ciò rispetti i canoni di ragionevolezza delle scelte. Ancora una volta, è questo il limite alla discrezionalità del legislatore (e dell'amministratore) non solo statale, ma anche regionale che decida di intervenire per garantire prestazioni ulteriori. In altre

¹⁰⁵ Il riferimento è alle decisioni di Valle d'Aosta, Toscana e Umbria, delle quali si dà conto in C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., p. 307.

¹⁰⁶ Si tratta, in questo caso, ad esempio, di previsioni riguardanti le prestazioni riabilitative, la chirurgia refrattiva, l'assistenza odontoiatrica, ecc., disposte con deliberazioni della Giunta della Regione Emilia-Romagna n. 2678/2004 o della Regione Lombardia n. 3111/2006, tutte citate in C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., p. 307.

parole, nell'ampliare l'offerta, non sarà possibile prevedere regimi ingiustificatamente, *rectius* irragionevolmente, differenziati, in quanto ciò porrebbe in essere dei livelli inaccettabili di disuguaglianza all'interno dell'ordinamento¹⁰⁷.

Quello che suscita l'interesse del costituzionalista è l'esatta portata del canone di ragionevolezza applicato dalla Corte nel decidere tal sorta di controversie, dal momento che – almeno dal punto di vista teorico – esso potrebbe prestarsi agli utilizzi più svariati da parte dei Giudici della Consulta, non risultando d'ausilio all'interprete ai fini della configurazione del contenuto precipuo del potere d'intervento *aggiuntivo e ulteriore* regionale. La giurisprudenza della Corte, almeno per il momento, non pare abbia trovato occasioni utili per definire con esattezza l'ampiezza del criterio, dal momento che i LEA statali sono tanto ampi da risultare talora addirittura difficili da soddisfare per le Regioni, le quali si sono sinora limitate a individuare discipline marginali di livelli ulteriori.

A parere di chi scrive, se vi sarà una nuova adozione dei LEA a livello statale, o se comunque, anche in virtù delle contingenze del momento attuale, vi fosse un intervento statale decisamente riduttivo delle prestazioni inizialmente previste, potrebbe essere configurabile l'adozione di discipline regionali significativamente differenziate dal punto di vista contenutistico. In prospettiva critica, volendo in un certo senso anticipare ciò su cui si avrà modo di tornare in sede di conclusioni, però, non vi sono allo stato attuale “indizi” che portino a ritenere che, sotto il profilo dei contenuti, lo Stato sia intenzionato a ridurre in modo significativo i livelli essenziali

¹⁰⁷ Per tutti, si veda C. cost., sent. n. 432/2005, su cui *supra*, nonché C. cost., sent. n. 387/2007, in cui si legge: «La deroga alla competenza legislativa delle Regioni, in favore di quella dello Stato, è ammessa nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano, in ipotesi, assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato. *Alle Regioni sarà sempre possibile fornire, con proprie risorse, prestazioni aggiuntive tese a migliorare ulteriormente il livello delle prestazioni, oltre la soglia minima uniforme prescritta dalla legge statale*», punto 5.1 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto. Sulla sentenza n. 387/2007, si veda E. BALBONI, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, 6, p. 4333.

delle prestazioni sanitarie. Se queste considerazioni sono vere, ciò varrà a dimostrare che la garanzia del diritto “a fattispecie complessa” alla salute merita, da parte del nostro ordinamento, una tutela tramite la quale riuscire ad assicurare un omogeneo livello di eguaglianza nella salute, pur nel rispetto delle autonomie territoriali.

È necessario, peraltro, rilevare che dal punto di vista pratico è stato possibile, in questi anni, assistere ad un'effettiva differenziazione territoriale nell'accesso alle prestazioni sanitarie, da Regione a Regione. Essa è sorta in virtù dell'ampliamento dell'autonomia organizzativa regionale e «rappresenta l'aspetto più marcatamente disomogeneo del livello effettivo di tutela sanitaria garantito al cittadino nelle diverse parti del territorio nazionale»¹⁰⁸.

Uno degli effetti di tal sorta di differenziazione è rappresentato dal noto fenomeno della mobilità inter-regionale. La garanzia di tale possibilità, per i cittadini, è un elemento di tutela e di rafforzamento del diritto alla salute di ciascuno e della libertà di scelta terapeutica, caratterizzando in termini positivi il sistema sanitario italiano per fattori di elasticità altrove non riscontrabili¹⁰⁹. La mobilità per tutti gli utenti del SSN, sull'intero territorio nazionale, era già garantita dall'art. 19 della L. n. 833/1978 ed è stato riconfermato dall'art. 12 del d.lgs. n. 502/1992. A parere di chi scrive, entro i limiti di un suo utilizzo funzionale e fisiologico, tale elemento garantisce non soltanto l'eguaglianza dei cittadini nel territorio nazionale, ma agisce anche come efficace fattore di livellamento delle disuguaglianze. Bisogna però tenere in considerazione il rovescio della medaglia: un'eccessiva mobilità dei pazienti, soprattutto provenienti da alcune Regioni verso altre (considerate “virtuose”) non aiuta l'ordinamento a risolvere i problemi che un certo livello di differenziazione può recare con sé.

¹⁰⁸ C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., p. 312. L'autrice, in modo del tutto condivisibile, sottolinea comunque che l'autonomia organizzativa in sé non deve necessariamente essere letta in termini negativi, andando invece a caratterizzare il principio di appropriatezza nell'organizzazione del sistema sanitario.

¹⁰⁹ Come si avrà modo di vedere *infra*, nel Regno Unito la possibilità di mobilità per i pazienti è del tutto esclusa e tale rigidità del sistema va a incrementare i problemi di eguaglianza formale e sostanziale per gli utenti del NHS, incrementando la *postcode lottery*.

Uno dei profili che a prima vista può apparire di carattere meramente organizzativo, ma che in realtà riveste un ruolo determinante nella garanzia di effettività dell'accesso alle prestazioni sanitarie è quello delle liste d'attesa. Con riferimento ad esso, bisogna evidenziare che esiste una previsione di carattere nazionale relativamente ai tempi e alle modalità per la fruizione delle prestazioni: essa è stata inserita, attraverso il d.P.C.M. del 16 aprile 2002, all'interno del citato d.P.C.M. del 21 novembre 2001, nell'Allegato 5, «Linee guida sui criteri di priorità per l'accesso alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche e sui tempi massimi di attesa».

Il fattore “tempo”, nel settore della salute, riveste senza dubbio un ruolo fondamentale anche ai fini della determinazione della qualità della tutela del diritto; esso va quindi a caratterizzare una particolare determinazione dell'«appropriatezza»¹¹⁰. Al contempo, però, l'appropriatezza temporale, pur rientrando all'interno delle previsioni sui livelli essenziali di assistenza, non è disciplinata in modo tale da imporre scansioni temporali uniformi ed eguali sull'intero territorio nazionale: a ciascuna Regione spetta determinare le priorità e i tempi reali delle proprie liste d'attesa, rispettando comunque le indicazioni fornite dalla fonte nazionale¹¹¹. La *ratio* sta nel garantire l'elasticità dei servizi sanitari in ciascun territorio, in modo tale che si possa rispondere adeguatamente alle esigenze peculiari emergenti a livello locale¹¹².

¹¹⁰ In questi termini si veda V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, cit., p.504: «che il fattore temporale sia centrale nella somministrazione delle prestazioni è un dato irrefragabile: in un settore come quello medico, in cui è in gioco la vita umana, la tempestività dell'intervento sanitario si rivela cruciale ai fini della garanzia della salute del paziente».

¹¹¹ Nonché quelli che più o meno direttamente derivano dalla circolazione transfrontaliera dei pazienti nel territorio dell'Unione Europea. La prospettiva sovranazionale, a parere di chi scrive, potrebbe incidere in maniera non irrilevante proprio sulla determinazione delle priorità per le liste d'attesa. Si tornerà più diffusamente sul tema *infra*, in questo Capitolo, in riferimento al contesto spagnolo, e nel Capitolo seguente, dal punto di vista del diritto dell'Unione.

¹¹² Cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, cit., p. 292, secondo la quale la previsione di un tempo per l'erogazione delle prestazioni sanitarie non ha però determinato la previsione diretta di una «soglia nazionale di uniformità», poiché sono rimaste ferme le competenze delle aziende sanitarie relative

Sul tema ha avuto anche occasione di pronunciarsi il Giudice costituzionale, in una sentenza (n. 80/2007) resa in un conflitto d'attribuzione tra enti, sollevato con ricorso della Provincia Autonoma di Bolzano contro la nota del Ministero della Salute del 5 maggio 2005, la nota del direttore generale del Ministero della salute della stessa data e il verbale dei carabinieri del nucleo antisofisticazioni di Trento del 18 maggio 2005, aventi ad oggetto la verifica dei tempi delle liste d'attesa¹¹³. Pur dichiarando il ricorso fondato, la Corte ha ricostruito il quadro normativo, al fine di chiarire come si articolano il riparto di competenze in questo particolare ambito dell'organizzazione sanitaria, rilevando che ci si trova di fronte ad una concorrenza di competenze statali e regionali, ma che non appare dubbia «la riconducibilità delle predette liste di attesa all'area dei livelli essenziali di assistenza»¹¹⁴. Nonostante, però, sia da considerare prevalente la competenza statale (*ex art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*), alle singole Regioni è riconosciuta la facoltà di adottare «autonomi e ulteriori meccanismi» di organizzazione delle liste d'attesa, al fine di garantire un servizio più efficiente ed efficace, purché – naturalmente – non si vada al di sotto degli standard minimi previsti a livello nazionale (e che possono derivare dal rispetto di taluni standard derivanti dal diritto dell'Unione Europea)¹¹⁵.

all'individuazione dei tempi massimi d'attesa.

¹¹³ C. cost., sent. n. 80/2007. La Provincia Autonoma di Bolzano aveva sollevato il conflitto di attribuzione sugli atti indicati poiché riteneva violate le proprie attribuzioni statutarie relative all'ordinamento degli enti sanitari ed ospedalieri. La Corte decise per l'annullamento degli atti impugnati, dichiarando che «non spetta allo Stato procedere a verifiche sulle liste di attesa nelle strutture sanitarie della Provincia di Bolzano». Per un commento alla sentenza, si veda A. ROVAGNATI, *Dalla Consulta nuove indicazioni sul concorso di competenze dello Stato, delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano? Brevi considerazioni a margine della sent. n. 80 del 2007*, in *Le Regioni*, 2007, 5, p. 805.

¹¹⁴ C. cost., sent. n. 80/2007, punto 7.1 del considerato in diritto. Il principio è stato riconfermato nella successiva sentenza n. 162/2007.

¹¹⁵ C. cost., sent. n. 80/2007, punto 8 del considerato in diritto. Non è un caso che la Corte faccia riferimento anche agli standard comunitari: come si avrà infatti modo di vedere *infra*, nel Capitolo III, la questione dei tempi di attesa per i pazienti è oggetto di numerosi interventi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di diritto alla circolazione dei pazienti all'interno dell'Unione

In definitiva, alle Regioni restano margini di decisione relativi all'organizzazione interna dei propri servizi sanitari, ma resta ad ogni modo saldo il vincolo del rispetto degli standard e dei livelli individuati dallo Stato, sempre e comunque in seguito all'accordo e all'intesa della Conferenza Stato-Regioni. A quello che risulta essere già di per sé un quadro assai complesso si aggiungono dei profili ulteriori, che rendono – se possibile – ancora più intricata e complessa la matassa: alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infatti, sono stati individuati dei principi volti a fornire la tutela a cittadini europei che si muovono da uno Stato membro all'altro al fine di ottenere trattamenti sanitari. Una delle ragioni del fenomeno, comunemente noto con l'espressione «turismo sanitario», è proprio quella di ottenere prestazioni mediche e terapeutiche in tempi più brevi rispetto a quelli del servizio sanitario di proprio riferimento¹¹⁶.

7. *Un case study: il cd. federalismo farmaceutico*

Affrontando l'analisi della concreta attuazione del riparto di competenze legislative, amministrative ed organizzative tra Stato e Regioni nell'ambito del diritto alla salute, alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione, emerge un settore tematico che pare rivestire profili di particolare interesse nell'ottica della realizzazione della cittadinanza sociale e sanitaria: la materia farmaceutica.

Il tema è assai vasto, ponendosi a cavallo tra la disciplina – già molto articolata – della tutela del diritto alla salute e dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie ed

Europea. A ciò si aggiunge anche un recentissimo dato normativo, costituito dall'adozione della direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

¹¹⁶ Il riferimento giurisprudenziale più significativo e recente a riguardo è la sentenza C-372/04, *Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, del 16 maggio 2006, concernente il ricorso in via pregiudiziale sollevato da una Corte britannica, in merito alla richiesta di una paziente inglese di ottenere il rimborso di spese mediche sostenute in Francia per l'ottenimento di prestazioni sanitarie dichiaratamente al fine di saltare la lista d'attesa del proprio servizio sanitario. Come già anticipato, il tema sarà oggetto del Capitolo terzo.

altri temi che godono di una “copertura costituzionale”, quali la concorrenza, lo sviluppo scientifico e tecnologico e i brevetti. Per tale ragione, si rende necessaria una previa precisazione di carattere metodologico: in questa breve sezione della trattazione, alcuni di questi ambiti saranno volutamente lasciati da parte, poiché non è intenzione di chi scrive svolgere, in questa sede, una disamina approfondita della disciplina del settore farmaceutico rispetto alla Costituzione italiana; l'intento che ci si propone ora di perseguire è quello di verificare la sostenibilità e l'effettività dell'articolazione del sistema delle fonti e della tutela fornita dall'ordinamento ai singoli, in tema di eguaglianza sul territorio nazionale.

Il settore relativo alla garanzia di parità di accesso ai farmaci ritenuti rientrati nei livelli essenziali di assistenza pare essere un buon terreno di prova, dal momento che si tratta, da un lato, di una delle voci di spesa maggiormente incidenti sul bilancio passivo delle Regioni e, dall'altro lato, uno dei settori della sanità in cui è maggiormente “palpabile” l'evoluzione dovuta al progresso della scienza e della tecnologia mediche, che richiedono pertanto un costante e soprattutto puntuale aggiornamento del legislatore e degli amministratori¹¹⁷.

Inoltre, il settore ora in esame si presta agevolmente anche a riflessioni di carattere comparato, dal momento che esso costituisce una delle chiavi fondamentali dell'organizzazione del sistema sanitario anche negli altri ordinamenti presi in considerazione.

Esempio particolarmente efficace in tal senso è quello del Regno Unito, dove proprio al fine di combattere una ormai non più sostenibile differenziazione territoriale nella disponibilità di medicinali, si è provveduto ad istituire un'autorità amministrativa indipendente al dichiarato scopo di ridurre tali discrepanze, con il compito di adottare linee guida vincolanti indirizzate a tutte le unità sanitarie locali sull'adozione e la prescrittibilità di farmaci all'interno del National Health Service. A questo si aggiunge il fatto che, uno degli effetti più evidenti (ed accolti anche con maggior favore) della *devolution* è stata la decisione della Scozia di eliminare la quota di

¹¹⁷ Sul tema cfr. anche L. CUOCOLO, *I rapporti Stato-Regioni in materia farmaceutica, tra diritti costituzionali e contenimento della spesa*, in *Quaderni Regionali*, 2008, 1, p. 33.

compartecipazione degli utenti alle prescrizioni farmaceutiche: il risultato è che, ad oggi, i pazienti scozzesi non devono pagare nulla per i farmaci forniti dal NHS, a fronte invece del contributo (comunque di scarsa entità in termini economici) richiesto ai loro concittadini inglesi¹¹⁸.

Il cd. “federalismo farmaceutico” è un tema particolarmente interessante anche perché sono emersi, negli ultimissimi anni, dei profili nuovi riguardo la disciplina, che si dimostrano “allettanti” per il giurista. Uno di essi è la sostituibilità dei farmaci: con tale espressione si suole indicare il rapporto d'equivalenza tra farmaci, determinato dall'identità di principio attivo, nel caso in cui il cd. “farmaco di marca” non sia più coperto da brevetto¹¹⁹. La possibilità di sostituzione del farmaco “di marca” con quello generico, come è anche intuitivo, rappresenta un importante terreno di intervento per il legislatore, nazionale o regionale, poiché comporta un risparmio sostanzialmente assicurato sulla spesa sanitaria. Per tale ragione, negli ultimi anni si sono intensificate le disposizioni legislative volte a incentivare l'utilizzo dei cd. generici, con il rischio di creare situazioni di sovrapposizioni e accavallamenti normativi talora in tensione con il riparto di competenze nel settore della tutela della salute.

Cercando di tracciare alcune linee di demarcazione, si può sostenere che la rimborsabilità di un farmaco da parte del servizio sanitario nazionale, se rientrante nella fascia A, ricada entro lo spazio d'intervento statale, dal momento che si tratta di uno dei profili relativi alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni;

¹¹⁸ Sia l'istituzione del National Institute for Clinical Excellence nel 1999 sia le *flag policies* in ambito sanitario adottate in seguito alla *devolution* del 1997 saranno oggetto di un approfondito esame nei paragrafi seguenti. In particolare, sull'esclusione del costo delle prescrizioni dei farmaci in Scozia (e in Galles) cfr. C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution, Diritti, Identità: la tutela della salute tra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria: spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna, 2009, pp. 51 ss

¹¹⁹ Un farmaco equivalente, comunemente detto generico, è un medicinale che contiene lo stesso principio attivo (il componente di un farmaco da cui dipende l'azione curativa) e nella stessa concentrazione di un farmaco di marca non più coperto da brevetto. Dal glossario di AIFA, reperibile all'indirizzo internet www.agenziafarmaco.gov.it/glossary (28.12.2011).

cionondimeno, tuttavia, vi è comunque un margine di intervento per le Regioni, le quali hanno adottato provvedimenti al fine di fissare una soglia di rimborsabilità per categorie di farmaci tra loro omogenei, sulla base del costo del medicinale generico più economico rientrante nella categoria¹²⁰.

Un intervento di tal tipo era stato, ad esempio, intrapreso dalla Regione Liguria, sui farmaci inibitori della pompa protonica (IPP, più comunemente i farmaci contro la gastrite), che con una delibera di giunta aveva previsto il rimborso di tale categoria di medicinali solo fino al costo del generico¹²¹, per poi inserirlo nella legge finanziaria regionale n. 15/2007, divenuta oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale, sollevato in via incidentale dal TAR Liguria¹²². Il giudice rimettente dubitava della legittimità della disposizione legislativa regionale che escludeva la rimborsabilità, nella Regione, per alcuni farmaci di “fascia A”, nonostante questi integrassero i livelli essenziali di assistenza¹²³. Il contesto normativo di riferimento è

¹²⁰ La categoria di farmaci omogenei è più ampia della categoria di farmaci equivalenti, dal momento che con essa possono essere intesi anche farmaci aventi principi attivi differenti, ma tra loro comunque sostituibili. Sul punto, in termini molto chiari, cfr. L. CUOCOLO, *I rapporti Stato-Regioni in materia farmaceutica, tra diritti costituzionali e contenimento della spesa*, cit., pp. 43 ss.

¹²¹ Si tratta della delibera G.R. n. 1666/2006, su cui L. CUOCOLO, *I rapporti Stato-Regioni in materia farmaceutica, tra diritti costituzionali e contenimento della spesa*, cit., p. 44.

¹²² Si tratta di C. cost., sent. n. 271/2007. Per un commento alla sentenza si veda F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: «dove non può la Costituzione può la legge statale?»*. *Ossia «la trasversalità oltre se stessa»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4, p. 3072.

¹²³ I parametri indicati dal giudice *a quo*, invero, sono molteplici e vanno oltre la mera violazione dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Oltre ad esso, infatti, il TAR indicava anche la violazione degli artt. 3, 24, 32, 113 e 117, comma 3, Cost. Vale la pena di ricostruire il quadro all'interno del quale si colloca la questione sollevata: l'art. 13 della L.R. n. 15/2007, oggetto del giudizio, dispone che: «ai sensi dell'articolo 6 del decreto-legge 18 settembre 2001 n. 347, convertito in legge 16 novembre 2001 n. 405 (Interventi urgenti in materia di spesa sanitaria), del parere espresso dalla Commissione tecnico scientifica dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) in data 20 febbraio 2007 ed ai fini del rispetto degli impegni assunti con l'accordo 6 marzo 2007 con il Ministero della salute e con il Ministero dell'economia e delle finanze, relativamente agli interventi per il contenimento della spesa farmaceutica, per quanto concerne la categoria terapeutica degli inibitori di pompa protonica, è posto a carico del Servizio sanitario solo il costo del farmaco generico incluso in tale categoria terapeutica,

quello della determinazione dei livelli essenziali d'assistenza sanitaria, il cui fulcro, per il settore farmaceutico, è l'art. 6 del d.l. n. 347/2001¹²⁴, che prevede *inter alia* che l'esclusione (totale o parziale) dalla rimborsabilità dei farmaci possa essere disposta anche con provvedimento amministrativo della Regione; tale previsione, però, è stata in parte mitigata dall'istituzione di AIFA, da parte dell'art. 48, comma 2 del d.l. n. 269/2003 (convertito con modificazione nella l. n. 326/2003)¹²⁵, alla quale spetta redigere l'elenco dei farmaci rimborsabili dal servizio sanitario nazionale.

Di conseguenza, l'intervento regionale con provvedimento amministrativo sarebbe possibile solo con riguardo ai farmaci non essenziali, altrimenti (secondo il giudice *a quo*), si creerebbero situazioni ingiustificatamente e irragionevolmente differenziate tra cittadini residenti in Regioni diverse, che non avrebbero eguale accesso a prestazioni essenziali per la tutela della salute.

Il Giudice costituzionale, accogliendo *in toto* la questione di legittimità, utilizza solamente il parametro dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., limitatamente alle forme e alle procedure dettate dal legislatore nazionale in merito alla possibilità per le regioni di intervenire sulla rimborsabilità dei farmaci: poiché lo Stato aveva indicato che l'intervento regionale poteva avvenire attraverso provvedimento

salvo le deroghe previste con provvedimenti amministrativi. La Giunta regionale può altresì derogare dall'applicazione delle disposizioni di cui al presente articolo in presenza di atti nazionali o regionali finalizzati a garantire i medesimi effetti economici».

¹²⁴ Art. 6, comma 2, del d.l. n. 347/2001, convertito con modificazioni in l. n. 405/2001: «La totale o parziale esclusione dalla rimborsabilità dei farmaci di cui al comma 1 è disposta, *anche con provvedimento amministrativo della Regione*, tenuto conto dell'andamento della propria spesa farmaceutica rispetto al tetto di spesa programmato». Corsivo aggiunto.

¹²⁵ Art. 48, comma 2, d.l. n. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003: «Fermo restando che il farmaco rappresenta uno strumento di tutela della salute e che i medicinali sono erogati dal Servizio sanitario nazionale in quanto inclusi nei livelli essenziali di assistenza, al fine di garantire l'unitarietà delle attività in materia di farmaceutica e di favorire in Italia gli investimenti in ricerca e sviluppo, è istituita, con effetto dal 1° gennaio 2004, l'Agenzia italiana del farmaco, di seguito denominata Agenzia, sottoposta alle funzioni di indirizzo del Ministero della salute e alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze».

amministrativo, è l'atto legislativo in sé a violare l'assetto delle competenze¹²⁶. L'intervento della Corte, però, non è così limitato, poiché in un *obiter dictum* essa coglie l'occasione per precisare alcuni punti importanti riguardo alla possibilità di sostituzione dei farmaci. In tale prospettiva, la Corte non ritiene che la normativa regionale impugnata violi l'art. 3 Cost., dal momento che non è l'intera categoria farmaceutica a risultare esclusa dalla rimborsabilità, quanto semplicemente il costo del farmaco eccedente il prezzo del generico¹²⁷.

Il tema è stato riconfermato e ulteriormente approfondito dalla Consulta nella successiva sentenza n. 44/2010, in un giudizio di legittimità costituzionale sollevato in via incidentale dal TAR Puglia, avente anche in questo caso per oggetto una disposizione legislativa regionale sull'esclusione parziale dalla rimborsabilità dei farmaci IPP¹²⁸. La Corte evidenzia e chiarisce il procedimento attraverso il quale è possibile intervenire, a livello regionale, per il contenimento della spesa sanitaria,

¹²⁶ C. cost., sent. n. 271/2007, punto 3 del considerato in diritto.

¹²⁷ C. cost., sent. n. 271/2007, punto 2 del considerato in diritto: «è infondata la doglianza relativa alla violazione del principio di eguaglianza e del diritto alla salute che deriverebbe da una simile articolazione regionale del potere di riduzione della rimborsabilità dei farmaci, dal momento che la procedura di cui al comma 1 dell'art. 6 del decreto-legge n. 347 del 2001 è finalizzata alla verifica della «presenza fra i medicinali concedibili di prodotti aventi attività terapeutica sovrapponibile secondo il criterio delle categorie terapeutiche omogenee» e deve pertanto garantire l'equivalenza terapeutica sull'intero territorio nazionale del farmaco interamente rimborsabile con quello oggetto del provvedimento». Si veda anche G. CARPANI, *La cooperazione tra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa condizionata sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro da parte del Governo del provvedimento*, cit., p. 16.

¹²⁸ C. cost., sent. n. 44/2010. L'oggetto è l'art. 12, comma 1, lett. a), della legge della regione Puglia n. 39/2006, concernente le modalità prescrittive dei farmaci inibitori della pompa protonica. La disposizione prevedeva che i medici potessero prescrivere il cd. farmaco di marca, senza che il paziente fosse tenuto a pagare la differenza di prezzo, solo in caso di intolleranza e giustificando la scelta nella scheda sanitaria del paziente; il dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal TAR riguarda (come nel caso precedente) la forma con cui la Regione ha adottato il provvedimento (legge regionale) che si porrebbe in contrasto con la normativa statale che invece prevede la possibilità di intervento regionale tramite provvedimento amministrativo. I parametri, secondo il giudice *a quo*, sono gli artt. 24, 113, 117, comma 2, lett. m), e 117, comma 3, Cost.

limitando la rimborsabilità dei farmaci: esso deve avvenire con provvedimento amministrativo regionale, nel rispetto di quanto prescritto dal primo comma dell'art. 6 del d.l. n. 347/2001, ovvero in seguito all'individuazione da parte di AIFA delle categorie di farmaci “sostituibili”. Nel caso di specie, invece, il legislatore regionale era intervenuto prima che l'Agenzia Italiana del Farmaco optasse per la parziale rimborsabilità dei farmaci IPP. Questo è il punto censurato dalla Corte costituzionale, che ha così dichiarato l'illegittimità della legge regionale¹²⁹.

Le sentenze richiamate sono utili a comprendere, innanzi tutto, quale sia l'importanza del rispetto delle linee procedurali, anche individuate con legge statale, da parte delle Regioni, al fine di garantire un'uniforme tutela del diritto alla salute sull'intero territorio nazionale¹³⁰. In altre parole, sono ritenute ammissibili delle differenziazioni di carattere territoriale da parte delle singole Regioni, purché esse non avvengano in autonomia, ma all'interno di un più ampio processo di coordinamento nazionale, che nel settore farmaceutico si caratterizza per la necessità di una previa delibera dell'AIFA. Si può quindi osservare che, nell'ottica della “cittadinanza farmaceutica” è costituzionalmente legittimo abbassare, anche territorialmente, la soglia di

¹²⁹ C. cost., sent. n. 44/2010, punto 6 del considerato in diritto: «è costituzionalmente illegittimo l'esercizio del potere legislativo da parte di una Regione in una materia di esclusiva competenza del legislatore statale, in presenza di una disposizione posta da quest'ultimo *che permette un intervento regionale solo a certe condizioni e per mezzo di un provvedimento amministrativo*. Una volta soddisfatte tali forme e condizioni, invece, questa Corte non può che ribadire che deve ritenersi consentito, alla stregua della vigente legislazione, un intervento regionale che riduca totalmente o parzialmente la rimborsabilità. Nel caso di specie, invece, la disposizione censurata è illegittima sotto un duplice profilo. In primo luogo, [...] ha esercitato i propri poteri in materia mediante una disposizione legislativa, in palese contrasto con la vincolante prescrizione del legislatore statale, [...] la quale impone che l'intervento regionale possa avvenire *solo tramite un apposito provvedimento amministrativo*. In secondo luogo, [...] [la Regione] è intervenuta, [...] *prima che l'AIFA, con parere del 20 febbraio 2007 e successivamente con delibera del 19 aprile 2007, optasse per la parziale rimborsabilità dei farmaci inibitori della pompa protonica*, legittimando anche le Regioni ad intervenire in materia». Corsivo aggiunto.

¹³⁰ In prospettiva comparata cfr. la sentenza del Tribunal constitucional n. 98/2004, su cui più diffusamente *infra*.

rimborsabilità dei farmaci, sempre che questo si collochi all'interno di un più vasto “disegno” nazionale. A parere di chi scrive, la Corte pare propendere per il mantenimento di una *omogenea velocità* della differenziazione territoriale: il dover attendere la delibera dell'Agenzia nazionale, infatti, “frena” da un lato le iniziative più progressiste di Regioni più attente al risparmio nella spesa pubblica, ma al contempo muove verso una sostanziale condivisione delle decisioni regionali, assicurando in tal modo una diversificazione inter-regionale di impatto limitato.

In questo modo, si è cercato di porre in luce quanto il settore farmaceutico sia il cuore di molti aspetti relativi alla garanzia di effettività e di tutela della salute dei cittadini, nonché del mantenimento di un omogeneo livello di eguaglianza sull'intero territorio nazionale.

8. Livelli essenziali, salute e crisi economica: verso una nuova tendenza? (rinvio)

Sia consentito, infine, aprire una nuova questione, che sarà ripresa nella fase conclusiva della trattazione.

A fronte della crisi economico-finanziaria e delle nuove e inaspettate difficoltà che lo Stato sociale di diritto deve oggi fronteggiare, sono in corso importanti mutamenti riguardo alla disciplina della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nel settore della salute che non possono non essere tenuti in considerazione.

Una delle prime pronunce della Corte costituzionale sul punto è il noto caso della *cd. social card*¹³¹. Le Regioni ricorrenti lamentavano la violazione delle proprie

¹³¹ C. cost., sent. n. 10/2010, resa in un giudizio di legittimità costituzionale sollevato in via principale dalle Regioni Piemonte, Emilia-Romagna e Liguria, avente per oggetto l'art. 81, commi 29, 30 e da 32 a 38-ter del d.l. n. 112/2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008. Le ricorrenti lamentavano la violazione degli artt. 117, commi 3 e 4, 118 e 119 Cost. La Corte si è pronunciata con una sentenza articolata, nella quale ha dichiarato inammissibili alcune questioni sollevate e non fondate le altre. Per alcuni commenti alla sentenza cfr. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 2010, 4, p. 941; E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne*

competenze legislative da parte dello Stato, che era intervenuto nel settore delle politiche sociali, prevedendo l'istituzione di un «fondo speciale destinato al soddisfacimento delle esigenze prioritariamente di natura alimentare e successivamente anche energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti»¹³²; la Corte ha però ricostruito la disciplina alla luce dei principi fondamentali della Costituzione (artt. 2 e 3, 38 e 117, comma 2, lettera m), Cost), ampliando notevolmente la portata applicativa della clausola trasversale¹³³.

La lettura che la Consulta fornisce alla tipologia di impegno richiesto allo Stato sociale, nel momento in cui la garanzia di condizioni dignitose di vita è resa più difficoltosa da un quadro socio-economico costellato di criticità, è un rafforzamento del ruolo dello Stato nella tutela dei diritti: «finalità di garantire il nucleo irriducibile di questo diritto fondamentale legittima un intervento dello Stato che comprende anche la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza in favore dei singoli»¹³⁴. Ne emerge che la necessità di tutelare il *nucleo irriducibile di un diritto fondamentale* è la ragione che permette allo Stato di “assorbire” le competenze regionali, potendo legiferare nell'interesse pubblico e generale con norme che trovino eguale applicazione sull'intero territorio nazionale.

ricava un nuovo titolo di competenza statale ([Osservazione a] Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10), in Giurisprudenza Costituzionale, 2010, 1, p. 164; nonché G. DELLEDONNE, Federalismo, Livelli essenziali, diritti, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), Diritto di Welfare, Bologna, 2010, pp. 251 ss.

¹³² Art. art. 81, comma 29, d.l. n. 112/2008.

¹³³ C. cost., sent. n. 10/2010, punto 6.3 del considerato in diritto: «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, vantano un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, soprattutto in presenza delle peculiari situazioni sopra accennate, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo».

¹³⁴ C. cost., sent. n. 10/2010, punto 6.4 del considerato in diritto. Tale ragionamento ha permesso alla Corte di rigettare le questioni di legittimità sollevate dalle Regioni.

Ciò, comunque, non limita la possibilità per le Regioni di introdurre proprie previsioni in aggiunta a quelle statali¹³⁵.

Questo porta chi scrive a segnalare il punto di legame tra la tutela dell'aspetto contenutistico di un diritto fondamentale, come quello alla salute, e l'equilibrio tra l'assetto *devolutivo* italiano, che congiunge le riflessioni operate nella prima sezione dello scritto con quelle svolte in questa; nella fase conclusiva, ci si propone di svolgere alcune valutazioni più approfondite sul collegamento tra la *sostanza* del diritto e i *modi* a disposizione degli ordinamenti per garantirlo.

L'ulteriore elemento che desta interesse con riguardo a quello che pare essere un nuovo filone interpretativo, proposto dalla Corte costituzionale, dell'assetto del riparto tra competenze statali e regionali nella tutela del diritto alla salute riguarda, invece, la decisione statale di “abbassare” la soglia dei livelli essenziali delle prestazioni, al fine di consentire un risparmio della spesa pubblica. Tale profilo porta a riprendere la tesi, sostenuta da autorevole dottrina, menzionata nei paragrafi precedenti: sono riscontrabili, tra i costituzionalisti italiani, correnti di pensiero che tendono a identificare la clausola di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. con il contenuto irriducibile del diritto fondamentale, facendo leva sulle primissime pronunce della Corte costituzionale sul novellato Titolo V (in particolare sulla sentenza n. 282/2002).

Probabilmente, anche alla luce della *necessaria e necessitata* evoluzione dello Stato sociale di diritto della quale il nostro ordinamento è stato in questi anni protagonista e in virtù dell'attuazione che la norma costituzionale ha trovato in sede legislativa, tale posizione può essere – come sopra anticipato – in parte rivista. A chi scrive pare infatti che vi sia un profilo di “disponibilità” nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni per il legislatore statale, il quale individua (in modo necessariamente ragionevole e anche sulla scorta dello sviluppo tecnico e scientifico) la soglia al di sotto della quale le Regioni non possono in nessun caso muoversi

¹³⁵ In questi termini anche G. DELLEDONNE, *Federalismo, Livelli essenziali, diritti*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di Welfare*, Bologna, 2010, p. 272. Sia consentito aprire semplicemente la questione, sulla quale s'intende tornare più compiutamente in sede di conclusioni.

attraverso l'esercizio del proprio potere discrezionale. All'interno di questo insieme, però, vi è uno “zoccolo duro” indisponibile, un insieme di prestazioni *a garanzia costituzionalmente vincolata* per lo Stato, pena la violazione del nucleo irriducibile del diritto fondamentale e, in definitiva, della dignità umana.

Il fenomeno cui si sta ora assistendo è quello della *modulazione*, a livello centrale di quanto *costituzionalmente disponibile*, al fine di addivenire ad un nuovo bilanciamento tra tutela statale del bene salute, equilibrio finanziario e rispetto delle competenze e dei ruoli regionali. Ciò può sicuramente avvenire, ma la Corte costituzionale ha avuto occasione di affermare che lo Stato non può agire da solo: esso deve comunque tenere in considerazione le posizioni degli attori coinvolti, seguendo il procedimento di condivisione, più volte indicato dalla Consulta sotto l'egida del rispetto del *principio di leale collaborazione*¹³⁶.

¹³⁶ Da ultimo si veda la recente sentenza n. 330/2011, su cui *supra*. Nel rivedere i criteri di rimborsabilità dei farmaci, infatti, lo Stato non può dimenticare il coinvolgimento delle Regioni, anche perché è ad esse che spetta, in seguito all'aggiornamento della normativa statale, l'adeguamento e la previsione delle modalità di erogazione in concreto degli stessi.

SEZIONE SECONDA
IL QUADRO BRITANNICO

1. Premessa

La tutela della salute nel Regno Unito non può essere scissa da un'analisi dell'impatto determinato dalla *devolution*. Per questa ragione, pur partendo da alcune considerazioni di carattere generale che trovano applicazione nel contesto britannico unitariamente inteso, l'analisi muoverà in prima istanza dall'evoluzione (soprattutto giurisprudenziale) osservabile in Inghilterra e proseguirà con la trattazione delle differenze e delle peculiarità che derivano dalle scelte avvenute nel contesto scozzese in seguito allo *Scotland Act* del 1997¹³⁷.

Dal punto di vista metodologico, la disamina del contesto che ci si appresta ora ad affrontare verrà portata avanti mantenendo fermo il riferimento al quadro costituzionale italiano, in modo da poter giungere, nella fase conclusiva della sezione, a verificare il grado di similitudine tra gli ordinamenti. In questi termini, la comparazione è uno strumento fondamentale sia per comprendere le difficoltà che in concreto devono essere fronteggiate dal legislatore e dalla pubblica amministrazione per garantire un diritto che, almeno entro una certa soglia, non può subire degradazioni o violazioni. Le esigenze di decentramento e di differenziazione non sono peculiari del quadro italiano, ma rientrano in una tendenza che ha coinvolto anche altri ordinamenti europei, fra i quali il Regno Unito e la Spagna.

¹³⁷ Non verranno invece presi singolarmente in considerazione gli ordinamenti del Galles e dell'Irlanda del Nord, poiché – almeno con riferimento alle scelte in ambito sanitario – non sono riscontrabili elementi di particolare rilievo, stante l'asimmetria del sistema devolutivo britannico. Sia consentito rinviare ai paragrafi successivi per l'esplicazione più compiuta del tema.

Il contesto britannico è assai ricco sia per quanto attiene al riparto competenziale, mutato con la *devolution* nel 1997, sia per le decisioni giurisprudenziali delle corti di merito relative all'impugnazione di provvedimenti delle amministrazioni sanitarie sull'allocazione delle risorse nel settore della sanità. Attraverso progressive approssimazioni, infatti, i giudici (soprattutto) inglesi sono giunti a creare un vero e proprio sistema di garanzie e di tutele per il cittadino in relazione all'accesso alle prestazioni sanitarie e finalizzate a ricostituire quantomeno un minimo livello di eguaglianza nelle posizioni giuridiche soggettive, all'interno di un quadro strutturalmente assai frammentario¹³⁸. L'effetto negativo di tale meccanismo (apparentemente finalizzato ad avvicinare lo Stato ai cittadini e a permettere di prendere decisioni il più possibile efficienti) è dato dalla cd. *postcode lottery*, una differenziazione spesso ingiustificata nell'accesso alle prestazioni sanitarie per cittadini residenti in aree contigue¹³⁹. La giurisprudenza ha progressivamente individuato dei principi attraverso cui uniformare i procedimenti decisori; a ciò si è aggiunta l'istituzione, dal 1999, del National Institute for Clinical Excellence, una sorta di autorità sanitaria indipendente che emana linee guida (più o meno vincolanti) indirizzate alle amministrazioni centrali e finalizzate al ripristino di un certo livello di eguaglianza nella garanzia di determinate prestazioni sanitarie e farmaceutiche. Per quanto attiene al riparto di competenze, in virtù dello *Scotland Act 1997* la Scozia ha una competenza pressoché esclusiva nel settore sanitario; al livello centrale rimangono riservati solo alcuni ambiti ben definiti e delimitati¹⁴⁰. Le scelte del

¹³⁸ Come si avrà modo di esporre più dettagliatamente *infra*, in Inghilterra, i finanziamenti per la sanità sono stanziati dal Governo, ma vengono gestiti a livello locale dai *Primary Care Trusts* (PCT), autorità sanitarie territoriali. I PCT possono scegliere come allocare le risorse ricevute, garantendo prestazioni mediche, terapeutiche e assistenziali secondo le esigenze della propria popolazione.

¹³⁹ Vi sono, naturalmente, anche degli aspetti virtuosi che derivano dalla differenziazione territoriale, organizzativa e amministrativa in campo sanitario. Su tale potenziale si tornerà in modo più diffuso *infra* e soprattutto in sede di conclusioni.

¹⁴⁰ Le cd. *reserved matters* rilevanti nell'ambito della tutela della salute sono l'aborto, la tutela dei consumatori, la protezione dei dati personali, l'abuso di sostanze stupefacenti, l'embrilogia, la sperimentazione scientifica sugli animali viventi, la maternità surrogata, il sistema d'indennizzo in

legislatore scozzese, almeno nel primo decennio dall'entrata in vigore della *devolution*, non hanno intaccato la sostanza del sistema sanitario, limitandosi piuttosto a risolvere – per lo più politicamente – il problema della *postcode lottery*, con risultati che dal punto di vista giuridico registrano una del tutto irrisoria litigiosità nel campo sanitario.

2. Il (limitato) ruolo iniziale della giurisprudenza di merito

In ambito sanitario, nel caso in cui un utente del NHS consideri illegittima la decisione di un'autorità sanitaria riguardante l'accesso alle prestazioni, può proporre ricorso avverso il provvedimento attraverso lo strumento del *judicial review*¹⁴¹, che si è dimostrato un fattore di non scarsa rilevanza per la garanzia concreta della salute degli individui da parte dell'ordinamento. La giurisprudenza britannica relativa al diritto alla salute, *rectius* al diritto ad accedere ai trattamenti sanitari, ha avuto principalmente ad oggetto il problema dell'allocazione delle risorse finanziarie nel settore sanitario, che si realizza nella presentazione da parte degli utenti del NHS di ricorsi avverso provvedimenti che limitano o negano l'accesso a cure, terapie o

caso di danni da vaccinazioni, chirurgia e farmacologia veterinaria e gli xenotrapianti. Il tema sarà approfondito, anche dal punto di vista delle fonti del diritto, *infra* nel paragrafo seguente sulla *devolution* scozzese.

¹⁴¹ Il *judicial review* è uno strumento di diritto pubblico, tipico degli ordinamenti di *common law*, attraverso il quale il ricorrente può impugnare dinanzi a un'autorità giudiziaria un provvedimento di una pubblica amministrazione (nel nostro caso, di un'autorità sanitaria). I giudici britannici possono, nel caso di accoglimento dell'istanza del ricorrente, annullare la decisione presa dall'autorità sanitaria e ordinare alla stessa di rivedere il procedimento considerato viziato, in modo da addivenire ad un nuovo provvedimento. Cfr. in termini generali P. CRAIG, *Competing models of Judicial Review*, in *Public Law*, 1999, p. 428; P. CRAIG, *Administrative Law*, V ed., Londra, 2003, pp. 551 ss. e pp. 639 ss.; P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, pp. 149 ss; in prospettiva comparata e specificamente sul *judicial review* di decisioni discrezionali della pubblica amministrazione, cfr. D. DE PRETIS, *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI, *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 415.

trattamenti sanitari o assistenziali nei confronti di singoli¹⁴². Vale evidenziare il fatto che lo scrutinio operabile dai giudici aditi attraverso tale strumento pubblicistico si limita alla valutazione della legittimità della decisione impugnata¹⁴³, sulla base della ragionevolezza¹⁴⁴ della scelta discrezionale e del rispetto dei diritti fondamentali del ricorrente sanciti nello *Human Rights Act 1998*.

Nei primi anni dall'istituzione del National Health System¹⁴⁵ non si sono contati molti ricorsi¹⁴⁶ ed è possibile ricostruirne le ragioni se si considera il fatto che il rapporto tra medico e paziente era improntato ad una totale deferenza dell'ultimo nei confronti del primo, dovuta anche ad una minore e limitata circolazione di informazioni sulla salute e sulla disponibilità di trattamenti medici; inoltre, le valutazioni cliniche per stabilire le priorità in campo sanitario e per ammettere pazienti alle terapie non erano

¹⁴² Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia si veda K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, Cambridge, 2007, pp. 157 ss.

¹⁴³ È questo lo snodo intorno al quale ruota l'evoluzione della giurisprudenza delle Corti inglesi: l'ampiezza dello scrutinio di legittimità e quanto esso possa incidere sul merito della decisione. Come si avrà modo di osservare ora, l'approccio iniziale dei giudici è stato alquanto restrittivo e limitato; la portata del controllo è stata progressivamente ampliata, poiché è mutata l'interpretazione del concetto di ragionevolezza della decisione. Cfr. anche K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., pp. 159 ss.

¹⁴⁴ Essa è valutata sulla base del cd. *Wednesbury test*, stabilito nell'omonimo caso, *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp* [1947] 2 All ER 680, secondo il quale un provvedimento è considerato irragionevole se nessuna pubblica amministrazione l'avrebbe adottato: «the decision of the local authority can be upset if it is proved to be unreasonable, really meant that it must be proved to be unreasonable in the sense that the court considers it to be a decision that no reasonable body could have come to. It is not what the court considers unreasonable, a different thing altogether».

¹⁴⁵ Con il *National Health Service Act 1946*, è stata prevista l'istituzione del National Health Service in Inghilterra e nel Galles, a partire dal 5 luglio 1948; l'omologo scozzese fu creato quasi in contemporanea con il *National Health Service (Scotland) Act 1947*. I dati giurisprudenziali cui si fa cenno si riferiscono però al periodo successivo all'adozione del *National Health Service Act 1977*. La storia del National Health Service, dalle origini ai giorni nostri, è ricostruita in modo assai accurato all'indirizzo web www.nhshistory.net.

¹⁴⁶ Cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 160.

sottoposte agli stessi requisiti di pubblicità e trasparenza cui devono sottostare oggi¹⁴⁷. A questo si deve aggiungere che, a prescindere dal basso numero di ricorsi, nelle pronunce i giudici si sono dimostrati piuttosto restii ad intervenire in modo attivo sui provvedimenti dell'autorità sanitaria, sulla base del ragionamento per cui una Corte non vuole e non può sostituirsi nella decisione a coloro che sono veramente responsabili per l'allocazione delle risorse in ambito sanitario¹⁴⁸. Nel corso degli anni, comunque, il giudice inglese ha progressivamente incluso nuovi elementi di valutazione nelle maglie del proprio scrutinio, alla luce di una pluralità di fattori che debbono essere presi in considerazione da parte della pubblica amministrazione cui è attribuito il potere di decidere sulle prestazioni mediche da erogare.

Dal punto di vista normativo, la responsabilità per l'allocazione delle risorse finanziarie nel settore sanitario spetta al Ministro della Salute, in base all'articolo 3 del *National Health Service Act*¹⁴⁹: in particolare, esso prevede il dovere di istituire tutti i servizi, ritenuti necessari, per garantire le cure ospedaliere, mediche, dentali, infermieristiche e quanto sia richiesto per il trattamento diagnostico e terapeutico delle malattie e infermità. La dottrina britannica¹⁵⁰ si è interrogata sulla concreta portata di tale diritto, chiedendosi se esso faccia sorgere, in capo agli utenti nel NHS,

¹⁴⁷ Si veda E. JACKSON, *Medical law. Text cases and materials*, II ed., Oxford, 2010, p. 77.

¹⁴⁸ *R v Secretary of State, ex parte Walker* (1987) 3 BMLR 32. cfr. E. JACKSON, *op. cit.*, p. 77; C. NEWDICK, *Who should we treat?*, II ed., Oxford, 2005, pp. 98 ss., su cui *infra*.

¹⁴⁹ *National Health Service Act 2006*, art. 3, *Secretary of State's duty as to provision of certain services*: «(1)The Secretary of State must provide throughout England, to such extent as he considers necessary to meet all reasonable requirements: (a)hospital accommodation, (b)other accommodation for the purpose of any service provided under this Act, (c)medical, dental, ophthalmic, nursing and ambulance services, (d)such other services or facilities for the care of pregnant women, women who are breastfeeding and young children as he considers are appropriate as part of the health service, (e)such other services or facilities for the prevention of illness, the care of persons suffering from illness and the after-care of persons who have suffered from illness as he considers are appropriate as part of the health service, (f)such other services or facilities as are required for the diagnosis and treatment of illness [...]».

¹⁵⁰ A titolo meramente ricognitivo, si veda M. BRAZIER, E. CAVE, *Medicine, Patients and the Law*, Londra, 2007, p. 42; J. MONTGOMERY, *Healthcare law*, II ed., Oxford, 2003, p. 52.

un vero e proprio diritto ad ottenere trattamenti sanitari, oppure se la norma abbia un significato puramente programmatico. Gli interventi giurisprudenziali delle Corti di merito hanno contribuito a forgiare tale diritto, soprattutto a livello procedurale, anche se – giova ribadirlo – va registrata un'iniziale tendenza a far prevalere la natura programmatica della norma, a fronte della notevole discrezionalità delle scelte allocative nel settore sanitario.

Una delle primissime decisioni, attraverso la quale è possibile comprendere la ragione dell'orientamento delle Corti, è il caso *Hincks* del 1980¹⁵¹: si tratta del ricorso di quattro pazienti (tre donne e un uomo) basato sulla violazione da parte del Ministro della Salute dei doveri che sorgono in base all'art. 3 del *NHS Act*. I ricorrenti erano da più anni in lista d'attesa per interventi di chirurgia ortopedica e lamentavano l'insufficienza dei servizi sanitari disponibili nella propria area di residenza. Si trattava di una zona in espansione demografica, nella quale erano pianificati, dal 1971 degli interventi di ampliamento delle strutture e dei presidi medici, che non erano stati conclusi entro i termini temporali previsti; i ricorrenti, con il supporto del personale medico, si dogliavano del fatto che non fosse stata prevista alcuna misura per ovviare alla lungaggine delle liste d'attesa durante la fase d'intervento per l'ampliamento delle strutture sanitarie, che si protraeva da quasi un decennio.

Nelle motivazioni della sentenza, i giudici danno conto del fatto che il dovere previsto in capo al Ministro della Salute non può essere considerato assoluto, dal momento che esso trova concreta attuazione in base alle risorse finanziarie disponibili, sempre limitate. L'esercizio della discrezionalità politica e normativa si realizza proprio nello stabilire il modo più efficiente per allocare le risorse stesse sull'intero territorio. Pertanto, non è possibile rilevare una violazione del dovere

¹⁵¹ *R v Secretary of State for Social Services, West Midlands Regional Health Authority and Birmingham Area Health Authority (Teaching), ex parte Hincks and others* (1980) 1 BMLR 93. Si tratta del ricorso di quattro pazienti, in lista d'attesa per degli interventi ortopedici, che lamentavano il mancato rispetto dell'art. 3 del *NHS Act* 1977, nella parte in cui prevede il dovere del Ministro della Salute di fornire i servizi necessari al trattamento delle patologie.

previsto dalla legge, poiché il Ministero ha agito nel modo migliore possibile, all'interno dei limiti imposti dai vincoli finanziari. Il ricorso venne respinto e la decisione costituisce oggi il punto di partenza per l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di diritto alle prestazioni sanitarie. In un'ottica di diritto comparato, la pronuncia può essere accostata alle sentenze della Corte costituzionale italiana, sul diritto alla salute finanziariamente condizionato¹⁵².

L'approccio restrittivo delle Corti rimase dominante per alcuni anni. In un ricorso avverso la decisione di un'autorità sanitaria locale sulle priorità cliniche per interventi cardiaci, i giudici si dichiararono incompetenti ad intervenire su decisioni che debbono essere assunte da chi è direttamente responsabile per l'allocatione delle risorse¹⁵³. Nelle motivazioni della *Court of Appeal* si legge, infatti: «It is not for this Court, or indeed any Court, to substitute its own judgement for the judgement of those who are responsible for the allocation of resources»¹⁵⁴. Con questa massima, è stato stabilito un principio di netta separazione tra il sindacato strettamente giuridico sui provvedimenti amministrativi in campo sanitario, di competenza giurisdizionale, e quello vertente sull'utilizzo della discrezionalità, dinanzi al quale l'intervento del giudice si deve arrestare. Il controllo giurisdizionale è dunque limitato alla ragionevolezza della decisione, da valutarsi secondo i parametri stabiliti nel cd. *Wednesbury test* del 1947¹⁵⁵.

Pochi mesi dopo il caso *Walker*, si dà conto di un'ulteriore decisione giurisprudenziale che ha raccolto un certo numero di critiche da parte della dottrina¹⁵⁶.

¹⁵² Il riferimento è alle pronunce dei primissimi anni Novanta, in particolare, a C. cost., sent. n. 455/1990, su cui si veda *supra*, cap. I, par. 1.3.

¹⁵³ Si tratta di *R v Central Birmingham Health Authority, ex parte Walker* (1987) 3 BMLR 32. Su cui, per esempio, E. JACKSON, *op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁴ *Walker* (1987) 3 BMLR 32, sir John Donaldson.

¹⁵⁵ Il test è riportato *supra*. Esso è stato stabilito nel caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp* [1947] 2 All ER 680, e prevede che un provvedimento amministrativo sia considerato irragionevole se nessuna pubblica amministrazione l'avrebbe adottato.

Il caso riguardava la richiesta presentata dal padre di un bimbo di cinque anni con gravi problemi cardiaci. Nonostante il piccolo avesse già subito due interventi chirurgici, all'ultimo controllo cui era stato sottoposto i medici avevano dichiarato che serviva un ulteriore intervento immediato a cuore aperto, per il quale al piccolo veniva attribuito il posto al vertice della lista d'attesa. L'operazione sarebbe così stata effettuata entro un mese. In realtà però, essa venne cancellata e rinviata poiché non vi erano letti disponibili nel reparto di terapia intensiva. Il padre, perciò, si rivolgeva ai giudici per chiedere la condanna dell'autorità sanitaria ad eseguire l'intervento chirurgico, secondo quanto previsto dagli artt. 1 e 3 del *NHS Act*.

Nella decisione *Collier*, viene ribadito il principio stabilito nel caso precedente (peraltro deciso nei confronti della medesima autorità sanitaria e in una fattispecie del tutto analoga), secondo cui una Corte non può sostituirsi ai medici nello stabilire le priorità cliniche, né nel decidere come allocare le risorse in campo sanitario, dal momento che tali operazioni vanno svolte sulla base di criteri medici e clinici con i quali i giudici non possono interferire¹⁵⁷. Più precisamente, venne dichiarata la mancanza di prove tali da dimostrare errori o carenze nell'allocazione delle risorse, che avrebbero permesso di considerare soddisfatto il giudizio di ragionevolezza sulla base del cd. *Wednesbury test*. Pertanto, non viene riscontrato alcun difetto di ragionevolezza né alcuna inadempienza rispetto agli obblighi di legge.

¹⁵⁶ Il caso è noto come *R v. Central Birmingham Health Authority, ex parte Collier*, deciso il 6 gennaio 1988 (reperibile nella banca dati Lexis-Nexis) ed è commentato in termini molto critici in C. NEWDICK, *Who should we treat?*, cit., pp. 100 ss.; K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., pp. 163 ss. Si tratta di un ricorso in *judicial review* promosso dai genitori di un bambino con una malformazione cardiaca, avverso il rifiuto di effettuare l'operazione per la quale il piccolo si trovava al primo posto nella lista d'attesa. L'ospedale (come nel caso *Walker*) non poteva garantire la prestazione, non avendo disponibilità di posti letto. La Corte d'Appello rigettò il ricorso proprio sulla base dell'impossibilità per un giudice di entrare nel merito dei criteri medici e clinici su cui si fondano le decisioni delle amministrazioni sanitarie.

¹⁵⁷ La Corte si esprime in termini assai diretti: «This court is in no position to judge the allocation of resources by this particular health authority».

Un approccio del genere, efficacemente definito di «judicial passivity»¹⁵⁸, si è dimostrato scarsamente effettivo in termini di garanzia dei diritti dei singoli, soprattutto laddove sia in gioco non soltanto la salute, ma addirittura la sopravvivenza del paziente. In effetti, rispettare l'autonomia e l'autorevolezza della scienza medica non impedisce totalmente ai giudici di valutare il provvedimento di diniego.

La sentenza *Collier* è oggi ritenuta errata: la Corte d'Appello avrebbe dovuto considerare più da vicino il procedimento amministrativo (di cui effettivamente non c'è traccia nella sentenza) e sarebbe stato più auspicabile giungere a richiedere all'autorità sanitaria una maggiore trasparenza e una più completa motivazione di come la determinazione fu raggiunta. A questo vi è, inoltre, da aggiungere che – con tutta probabilità – se il caso fosse stato deciso più recentemente, il risultato sarebbe stato diverso: l'adozione dello *Human Rights Act 1998* ha comportato uno scrutinio più severo dei giudici quando sono in gioco diritti fondamentali dell'individuo¹⁵⁹. In conclusione, il *self restraint* operato dai giudici sulla sindacabilità dei criteri sostanziali sui quali basare le decisioni allocative, non dovrebbe impedire lo scrutinio sul procedimento¹⁶⁰.

¹⁵⁸ C. NEWDICK, *Who should we treat?*, cit., p. 98. Con questa espressione l'Autore intende indicare, appunto, l'atteggiamento iniziale delle Corti di merito, quasi totalmente restie a prendere una posizione circa l'illegittimità dei provvedimenti delle amministrazioni sanitarie sull'accesso degli utenti del NHS alle prestazioni.

¹⁵⁹ Secondo C. NEWDICK, *Who should we treat?*, cit., p. 100 e K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 164, l'errore della Corte sta proprio nel non aver richiesto alla pubblica amministrazione di fornire motivazioni più trasparenti, non tanto nella mancata condanna dell'autorità sanitaria ad eseguire il trattamento.

¹⁶⁰ È comunque opportuno riportare alcune note che contribuiscono a temperare le critiche alla decisione: il caso *Collier* appartiene ad un contesto in cui a livello sociale le istanze relative alla trasparenza delle decisioni allocative erano di gran lunga inferiori alle attuali; maggiore era la deferenza al *sapere* del medico. Il vaglio operabile dalle Corti era ritenuto limitato alla ragionevolezza della decisione, secondo i principi del *Wednesbury test*, in base ai quali una pubblica amministrazione non era tenuta a motivare i criteri discrezionali della scelta, a meno che quest'ultima non fosse ritenuta manifestamente irragionevole. Cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit.,

Il fatto che fosse il tempo di un giro di boa nell'approccio giurisprudenziale alle decisioni assunte dalle *Health Authorities* è stato segnato da un caso che, all'epoca, coinvolse in modo rilevante anche l'opinione pubblica. Si trattava del ricorso presentato dal padre di una bambina malata di leucemia avverso il diniego emesso dalla *Cambridge Health Authority* per l'accesso ad un ulteriore ciclo di chemioterapia e ad un eventuale secondo trapianto di midollo osseo¹⁶¹. Il giudice di primo grado, pur ribadendo che il vaglio giurisdizionale si limita a rilevare eventuali vizi del procedimento e non si sostituisce alla decisione¹⁶², aveva rilevato l'illegittimità del provvedimento dell'amministrazione sanitaria, poiché nelle motivazioni mancava una «giustificazione sostanziale oggettiva» di una decisione tale da condizionare il diritto alla vita della paziente¹⁶³. Tale risultato viene raggiunto considerando il significato

p. 166.

¹⁶¹ La decisione del giudice di primo grado è *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B (a minor)* [1995] 25 BMLR 5; la decisione della *Court of Appeal* è invece *R v Cambridge Health Authority, ex parte B* [1995] 2 All ER 129. La paziente, affetta da una grave leucemia, aveva ricevuto il primo trapianto di midollo osseo nel marzo del 1994. Al riacutizzarsi della patologia, il padre si era informato circa la possibilità di effettuare ulteriori terapie, anche all'estero, e con il consulto di alcuni medici di altre unità sanitarie aveva valutato l'ipotesi di sottoporre la bambina ad ulteriori cicli chemioterapici al fine di giungere ad un secondo trapianto di midollo osseo. Per l'intero trattamento era stato stimato un costo di oltre 75.000 sterline. L'autorità sanitaria aveva rifiutato le terapie, poiché il costo degli interventi superava il beneficio che la paziente avrebbe ricevuto, tenute anche in considerazione le sofferenze che avrebbe dovuto attraversare. Il padre di B. presentò ricorso avverso il diniego con *judicial review*, al fine di ottenere una rivalutazione della decisione.

¹⁶² *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B (a minor)* [1995] 25 BMLR 5: «It is, of course, no part of my function to make medical judgments: not only because I have not the competence, but because the judicial review court does not generally re-decide the merits of administrative decisions, since to do so would be to usurp the role of the decision-maker which has been confided to him by or under Act of Parliament», p. 9.

¹⁶³ «A substantial objective justification», nelle parole del Giudice Laws, secondo il quale nell'effettuare il bilanciamento tra il diritto alla vita della paziente e i vincoli finanziari cui l'amministrazione deve attenersi, è opportuno fornire una motivazione adeguata a illustrare come vengono stabilite le priorità e nel caso di specie ciò non era stato fatto. *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B.* [1995] 25 BMLR 5, p. 12.

del dovere di prevedere servizi medici, secondo l'art. 3 del *National Health Service Act 1977*, che sicuramente implica l'esercizio di un potere discrezionale da parte dei pubblici poteri. La discrezionalità dell'amministrazione, tuttavia, nel caso in esame è sottoposta ad un sindacato più stringente da parte del giudice, poiché sono in gioco diritti fondamentali degli individui, nella fattispecie il diritto alla vita di una minore. In altre parole, bisogna chiedersi se sia stata assunta una decisione che interferisce con il diritto alla vita della ricorrente e, in caso affermativo, se sia stata fornita una giustificazione sostanzialmente fondata sulla base di un interesse pubblico prevalente¹⁶⁴. Il giudice di prima istanza risponde affermativamente alla prima domanda e, con riguardo alla sufficienza della giustificazione adotta dall'autorità, ritiene che non vi sia un interesse pubblico prevalente tale da sorreggere il diniego¹⁶⁵. La Corte d'Appello, invece, rigettò l'approccio del giudice di primo grado, ritenendo il provvedimento amministrativo legittimo: «Difficult and agonising judgments have to be made as to how a limited budget is best allocated to the maximum advantage of the maximum number of patients. That is not a judgment which the court can make. In my judgment, it is not something that a health authority such as this authority can be fairly criticised for not advancing before the court»¹⁶⁶. Nonostante l'orientamento del giudice di primo grado potesse aprire la strada ad una prima statuizione della necessità di motivare in modo trasparente le scelte in campo sanitario, anche al fine di rendere più sostenibili le posizioni dell'amministrazione, oltre che per garantire i diritti individuali, la Corte d'Appello decise di mantenersi sul tracciato già segnato dalla giurisprudenza precedente. I giudici, dunque, ritennero la decisione dell'ospedale corretta in punto di diritto, anche se non appare evidente, dalla lettura della sentenza, un'esplicita ed approfondita valutazione del procedimento: lo

¹⁶⁴ *R v. Cambridge Health Authority, ex parte B.* [1995] 25 BMLR 5, p. 13.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 17. In particolare, la decisione di diniego era fondata sul fatto che un ulteriore trattamento non sarebbe stato nel *best interest* della minore.

¹⁶⁶ Opinione del giudice sir Thomas Bingham, *R v Cambridge Health Authority, ex p B* [1995] 2 All ER 129, p. 137.

scrutinio della Corte si arresta dinanzi ad una – per così dire – impenetrabilità delle decisioni sanitarie dovuta alla limitatezza del controllo giurisdizionale¹⁶⁷.

Le due sentenze sono tanto distanti fra loro da condurre, a prima vista, a pensare a una sorta di schizofrenia giurisprudenziale. A ben vedere, tuttavia, esse non appaiono poi così diverse: in entrambi i casi, infatti, i giudici ribadiscono che la decisione finale sul trattamento spetta all'amministrazione sanitaria e, da parte di entrambi, emerge la difficoltà, per chi sia responsabile della scelta, di motivare con ragionevolezza scelte tanto difficili, soprattutto quando nel bilanciamento vengono in gioco diritti fondamentali.

A parere di chi scrive, l'approccio del giudice di secondo grado può essere salvato da parte delle critiche ricevute, sottolineando come la Corte d'Appello non disconosce né sottovaluta la gravità delle determinazioni che l'autorità sanitaria deve assumere; al contrario, proprio a fronte dell'indubbia difficoltà di tal sorta di decisioni, diviene più arduo il compito di chi deve assumere le decisioni allocative, poiché nel bilanciamento che deve essere operato vengono in gioco numerosi altri fattori e variabili, fra cui anche la tutela dei diritti degli altri utenti del NHS¹⁶⁸. Vale la pena di riportare il passo della sentenza in cui questo elemento emerge: «I have no doubt that in a perfect world any treatment which a patient, or a patient's family, sought would be provided if doctors were willing to give it, no matter how much it cost, particularly when a life was potentially at stake. It would however, in my view, be shutting one's eyes to the real world if the court were to proceed on the basis that we do live in such a world. It is common knowledge that health authorities of all kinds are constantly pressed to make ends meet»¹⁶⁹. Si tratta del passaggio della decisione immediatamente precedente a quello comunemente più citato e sopra riportato. La

¹⁶⁷ In questi termini anche R. JAMES, D. LONGLEY, *Judicial review ad tragic choices: Ex Parte B*, in *Public Law*, 1995, p. 371.

¹⁶⁸ Di questo avviso anche T. POOLE, *Legitimacy, rights and judicial review*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p. 706; in termini antitetici e in prospettiva critica sulla decisione del giudice d'appello cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 171.

¹⁶⁹ *R v Cambridge Health Authority, ex p B* [1995] 2 All ER 129, p. 137.

fermezza dell'argomentazione è palpabile ed è probabilmente tale elemento ad aver suscitato tante critiche.

Da entrambe le sentenze traspira quella che può essere definita come un'esortazione rivolta ai soggetti responsabili per l'allocazione delle risorse in campo sanitario, a livello nazionale, affinché si giunga all'assunzione di procedimenti decisori maggiormente inclusivi, tali da condurre a scelte più condivise. Si tratta di un principio affermato espressamente e con veemenza dal giudice di primo grado e che, invece, rimane sullo sfondo della pronuncia d'appello. In definitiva, è una sentenza a luci e ombre, che non nega la necessità di procedimenti più trasparenti e verificabili, che siano intesi come strumenti di tutela dei diritti individuali.

In effetti, a ben vedere, proprio questo è stato il sentiero attraverso il quale si è mossa la giurisprudenza successiva al caso di *Child B.*, cui si sono affiancate anche le riforme interne al sistema sanitario inglese, volte ad assicurare deliberazioni più “solide”, in quanto frutto di un procedimento che preveda il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati e in quanto fondate sulla molteplicità di fattori rilevanti.

3. *La definizione dei cd. procedural rights*

Per le Corti di merito, chiamate a decidere su ricorsi avverso dinieghi o limitazioni all'accesso a trattamenti sanitari, è ravvisabile il rischio di essere condizionati in modo sproporzionato dagli elementi di fatto della controversia, che potrebbero indurre i giudici a emettere sentenze basate più su aspetti extra-giuridici ed “emozionali” piuttosto che fondate su un approfondito sindacato sulla legittimità del provvedimento oggetto del giudizio. Questo pericolo, nel caso di *Child B.*, si è dimostrato non soltanto probabile, ma effettivo.

Per questi motivi, in seguito al discusso esito del caso menzionato, si è avvertita come cogente la necessità di sottoporre ad uno scrutinio “più intenso” le decisioni delle autorità sanitarie, da espletarsi alla luce del rispetto di tutta una serie di requisiti che il *decision making process* deve soddisfare, affinché un giudice possa ritenere legittimo un provvedimento di carattere sanitario. Tale tipo di sindacato comincia ad

emergere verso la fine degli Anni Novanta, anche attraverso una progressiva specificazione, a livello giurisprudenziale, di quali siano gli aspetti procedurali sulla cui base valutare le decisioni amministrative in campo medico.

A parere di chi scrive, attraverso tale scrutinio, i giudici di merito inglesi hanno contribuito a ricondurre ad un certo livello – almeno minimo – d'eguaglianza intraterritoriale le posizioni giuridiche degli utenti nel servizio sanitario britannico. In altri termini, dato il carattere fortemente decentrato dell'organizzazione sanitaria, le scelte sostanziali relative alla priorità nel finanziamento dei trattamenti, così come i criteri sulle cui basi stabilire le liste d'attesa fra pazienti, sono determinati a livello locale dalle singole *Health Authorities*; ciò conduce a fenomeni di *postcode lottery*. Un considerevole correttivo è arrivato proprio in via giurisprudenziale, attraverso la verifica dei presupposti procedurali – che si andranno ora ad esaminare – in virtù dei quali si è determinato un livellamento dei diritti individuali nei confronti del NHS. Si avrà infatti modo di dimostrare come, pur non esistendo formalmente livelli minimi o essenziali di prestazioni che devono essere garantite a tutti sull'intero territorio nazionale, i cd. «procedural rights»¹⁷⁰ progressivamente elaborati dalle Corti abbiano comunque contribuito a creare un catalogo di aspettative per gli utenti del servizio sanitario, da un lato, e vincoli e ulteriori obbligazioni in capo alle amministrazioni sanitarie, dall'altro.

Il caso *Fisher*¹⁷¹ rappresenta la prima occasione in cui un ricorso in *judicial review* da parte di un utente del NHS avverso la decisione di diniego di un'amministrazione sanitaria avente per oggetto l'allocazione di risorse ha avuto successo¹⁷².

¹⁷⁰ C. NEWDICK, *The positive side of healthcare rights*, in S.A.M. McLEAN (a cura di), *First do not harm*, Aldershot, 2006, p. 573, *passim*.

¹⁷¹ *R v. North Derbyshire Health Authority ex parte Kenneth Graeme Fisher*, [1997] 8 Med LR 327.

¹⁷² Il caso riguardava il rifiuto di prescrivere un medicinale (il beta-interferone) ad un paziente con la sclerosi multipla. Una circolare del Ministero della Sanità consigliava di evitare che fossero i medici di base a prescrivere il Beta-interferone per i pazienti con sclerosi multipla, ma indicava di farlo attraverso il circuito ospedaliero su indicazione di un neurologo. Si trattava di un atto contenente mere linee guida e non di un atto contenente «directions», che avrebbe avuto carattere cogente.

La decisione dell'autorità è stata giudicata illegittima in quanto, secondo il giudice, pur non sussistendo in capo all'amministrazione un obbligo ad osservare la circolare ministeriale, sarebbe comunque servita una motivazione per giustificare il discostamento nella politica adottata¹⁷³. Il nodo giuridico concerneva il fatto che il medicinale, all'interno dell'area sanitaria, fosse prescritto solamente ai pazienti che partecipavano ad un programma di sperimentazione, che in realtà non prese mai avvio. Proprio in ciò si sostanzia l'illegittimità della decisione, dal momento che essa avrebbe dovuto almeno prevedere delle circostanze o situazioni ulteriori che permettessero ai pazienti di avere accesso al farmaco, anche se in via eccezionale. Ciò costituiva una sorta di «blanket ban» sul medicinale, in contrasto con quanto invece previsto a livello nazionale¹⁷⁴. Vi è, inoltre, un ulteriore aspetto degno di nota all'interno della sentenza: i giudici sostengono che la *policy* restrittiva adottata abbia violato una «substantive legitimate expectation», sorta in capo al ricorrente, che confidava che il positivo giudizio medico da parte di un neurologo (compatibilmente con le disponibilità materiali) gli avrebbe consentito l'accesso al farmaco¹⁷⁵.

¹⁷³ Riprendendo le parole dei giudici, l'autorità sanitaria era tenuta a prendere in considerazione le linee guida ministeriali, pur non essendo obbligata a seguirle; un'eventuale decisione diversa rispetto a quanto indicato dalla circolare va sottoposta al cd. *Wednesbury test*. *R v. North Derbyshire Health Authority ex parte Kenneth Graeme Fisher*, [1997] 8 Med LR 327, par. 54.

¹⁷⁴ Vale la pena di riportare il passaggio della sentenza: «I conclude therefore that the policy was unlawful because it was not a proper application of the guidance contained in the Circular, and the respondents did not properly take into account the essential requirements of the Circular in adopting and maintaining their policy. In my judgment, the respondents were aware from an early stage that they were not properly applying or taking account of the Circular. They knew that their own policy amounted to a blanket ban on Beta-Interferon treatment. A blanket ban was the very antithesis of national policy, whose aim was to target the drug appropriately at patients who were most likely to benefit from treatment. They knew from as early as 12th January 1996 that, if there was no imminent prospect of a trial, it might be difficult to "hold the line". Most revealingly of all, the note of the meeting of that date spoke about the possibility of "creative constraints". This is surprising language to find in the context of health care», *R v. North Derbyshire Health Authority ex parte Kenneth Graeme Fisher*, [1997] 8 Med LR 327, par. 66.

Il caso è rilevante per una pluralità di ragioni: in primo luogo, si tratta della prima occasione in cui i giudici annullano un provvedimento sanitario di tipo allocativo, segnando così un punto di svolta nella giurisprudenza precedente e dimostrando la volontà di accantonare (seppur parzialmente) il *self restraint* che aveva caratterizzato le decisioni precedenti; in tal guisa, inoltre, inizia a profilarsi un sistema di diritti *procedurali* per i pazienti, a garanzia di un certo livello di eguaglianza sostanziale e di trasparenza nell'attività delle autorità sanitarie; infine, i giudici dimostrano di tenere in considerazione le aspettative individuali, generate – come in questo caso – da un atto non vincolante del Ministero. Le Corti cominciano a incamminarsi sul sentiero di un più intenso scrutinio delle decisioni in campo sanitario, abbandonando la deferenza che aveva caratterizzato i primi anni e che potrebbe essere giustificata dalla struttura stessa del *National Health Services Act 1977*, che non configura il diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie come un diritto individuale, ma che ne tratta in termini di «general duty» in capo al Ministro della salute e decentrato alle autorità sanitarie locali¹⁷⁶. A questo fattore è comunque opportuno aggiungere che non vi era, nel Regno Unito, una fonte che prevedesse l'obbligo per le amministrazioni responsabili di una scelta discrezionale di tal fatta, di fornire con trasparenza le ragioni alla base della decisione¹⁷⁷.

In una decisione di merito di poco successiva, la decisione di attribuire una bassa priorità agli interventi di «gender reassignment» da parte di un'autorità sanitaria fu considerata illegittima, poiché nel corso del procedimento il caso specifico non era stato preso propriamente in considerazione¹⁷⁸. Il verso nel quale si muovono i giudici nell'annullare la decisione sanitaria è pressoché il medesimo del caso *Fisher*: l'autorità aveva posto le operazioni chirurgiche di cui si tratta al medesimo livello

¹⁷⁵ Par. 69 della decisione; sulla tutela delle cd. *legitimate expectations* si tornerà più diffusamente *infra*.

¹⁷⁶ NHS Act 1977, art. 1, rubricato «*Secretary of State's duty as to health service*». A tale obbligo non si accompagna il corrispondente diritto individuale. Così anche L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino*, Torino, 2008, p. 61.

¹⁷⁷ In questi termini, K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 239.

¹⁷⁸ *North West Lancashire Health Authority v A and others*, (2000) 53 BMLR 148.

degli interventi di chirurgia estetica, prevedendo la disponibilità dell'intervento solamente in circostanze eccezionali. I tre ricorrenti impugnarono la decisione, con la quale fu loro negato l'intervento nell'ospedale pubblico di riferimento e il finanziamento al di fuori del NHS. Il cuore della sentenza sta nel concetto di «exceptional circumstances» sulla cui base l'intervento di conversione sessuale sarebbe stato permesso. Nella *policy* adottata dall'autorità sanitaria, le circostanze eccezionali erano definite in modo tanto restrittivo da costituire, in definitiva un «blanket ban» sulla disponibilità del trattamento¹⁷⁹: che al tipo di intervento fosse attribuita una bassa priorità e che esso fosse ottenibile solamente in casi eccezionali non è messo in discussione dal collegio giudicante. Il problema, dal punto di vista del diritto soggettivo ad ottenere trattamenti, concerne la definizione di “circostanze eccezionali” contenuta nel provvedimento, considerata tanto restrittiva da rendersi quasi impossibile il suo soddisfacimento e tale da non tener in considerazione le esigenze individuali¹⁸⁰. Quindi, il provvedimento viene dichiarato illegittimo poiché, all'interno del procedimento decisorio non sono state specificate in modo opportuno le circostanze che rendono un caso “eccezionale”; esso non deve essere definito a priori, secondo i giudici, ma deve essere lasciata aperta la possibilità di una valutazione caso per caso delle situazioni concrete. In tal maniera, ponendo un requisito che potrebbe essere definito “procedimentale”, poiché la decisione non viene considerata illegittima dal punto di vista sostanziale, ma appunto per una falla nel procedimento decisorio, i giudici di fatto intervengono sul contenuto del diritto ad ottenere trattamenti sanitari per gli utenti del NHS¹⁸¹. In tal modo, pur non essendo direttamente possibile, a livello giurisprudenziale, definire dal punto

¹⁷⁹ «Thus, the only material illustration in the policy of the degree of overriding clinical need that might justify an exception is serious mental illness which the treatment could be expected substantially to improve», 53 BMLR 148, p. 157.

¹⁸⁰ «[A] policy to place transsexualism low in an order of priorities of illnesses for treatment and to deny it treatment save in exceptional circumstances such as overriding clinical need is not in principle irrational, provided that the policy genuinely recognises the possibility of there being an overriding clinical need and requires each request for treatment to be considered on its individual merits», 53 BMLR 148, p. 163.

contenutistico i diritti dei pazienti all'interno del sistema sanitario¹⁸², i giudici riescono ad imporre all'amministrazione il dovere di motivare in modo trasparente e coerente le proprie (difficili) decisioni allocative, soprattutto nel caso in cui esse limitino la disponibilità di trattamenti sanitari per gli iscritti al servizio sanitario e fanno anche in modo che siano i destinatari stessi dei provvedimenti ad essere messi nelle condizioni di comprendere le complesse valutazioni che si celano dietro a un diniego o ad una restrizione¹⁸³.

Circa nello stesso periodo è stato confermato il principio secondo cui il dovere posto dall'art. 3 del *NHS Act 1977* in capo al Ministro della Salute non è assoluto: esso, piuttosto, è limitato a fornire quei servizi ritenuti necessari a soddisfare il requisito della ragionevolezza, in relazione anche alla contingente disponibilità di risorse finanziarie.

La decisione del caso *Coughlan* prende origine dal ricorso di una paziente cui era stato negato il diritto alla permanenza in una casa di riposo, chiusa dall'autorità sanitaria locale per ragioni di bilancio¹⁸⁴. La Corte d'Appello riconosce una

¹⁸¹ Sul valore della pronuncia all'interno della giurisprudenza delle Corti di merito inglesi, si veda C. NEWDICK, *Who should we treat?*, cit., p. 102; K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 174.

¹⁸² A causa dell'impostazione del NHS stesso, per cui tutte le prestazioni sanitarie sono oggetto di un'obbligazione del Ministro della Salute e di tutte le pubbliche amministrazioni da esso dipendenti, e non rappresentano la risposta a diritti dei cittadini.

¹⁸³ In questi termini C. NEWDICK, *The positive side of healthcare rights*, cit., p. 582.

¹⁸⁴ *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213. Si tratta di un ricorso presentato da una paziente tetraplegica contro la decisione dell'autorità sanitaria locale di chiudere una struttura di assistenza per lungodegenti. La fattispecie, in breve, è la seguente: la ricorrente, signora Coughlan, invalida al 100% dal 1971 in seguito a un incidente stradale, era ospite dal 1993 di una casa di cura del sistema sanitario. Nonostante l'amministrazione avesse garantito ai lungodegenti che avrebbero potuto godere "a vita" di quella sistemazione, nel 1998 l'amministrazione sanitaria decide di chiudere la struttura di assistenza, senza indicare un luogo alternativo né per la ricorrente né per gli altri pazienti nelle sue stesse condizioni. Di qui i motivi del ricorso, conclusosi con la pronuncia della Corte d'Appello che, sulla base della tutela delle *legitimate expectations* dei pazienti del NHS, giudica illegittimo il provvedimento dell'autorità sanitaria.

legitimate expectation della paziente nei confronti delle decisioni dell'amministrazione sanitaria, che si sostanzia sia nel diritto ad essere trattata in modo equo ed imparziale sia nel beneficio concreto della sua residenzialità nella casa di cura. L'aspettativa nasce dall'impegno preso dall'autorità sanitaria locale nei confronti dei pazienti relativamente al fatto che la casa di riposo sarebbe stata «la loro dimora a vita»¹⁸⁵. Il fatto di frustrare il legittimo affidamento, sorto dalle promesse ricevute, viene considerato dalla Corte tanto ingiusto da costituire addirittura un abuso di potere: «here there was unfairness amounting to an abuse of power by the health authority»¹⁸⁶. In siffatte circostanze, il giudice deve valutare se ci sia un interesse pubblico prevalente tale da giustificare il mutamento nell'orientamento dell'amministrazione; gli elementi che contribuiscono a dimostrare il non soddisfacimento di tale requisito sono il numero (comunque limitato)¹⁸⁷ di pazienti coinvolti e la mancata indicazione di una residenza alternativa¹⁸⁸.

¹⁸⁵ *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213, par. 5: «The health authority does not dispute that Miss Coughlan and her fellow long-term patients accepted the move from Newcourt Hospital to Mardon House in 1993 on the basis of a clear promise that Mardon House would be their home for life»; e par 52: «It has been common ground throughout these proceedings that in public law the health authority could break its promise to Miss Coughlan that Mardon House would be her home for life if, and only if, an overriding public interest required it».

¹⁸⁶ *Coughlan* [2001] QB 231, paragrafo 89.

¹⁸⁷ Dalla sentenza si evince che i pazienti coinvolti nella decisione di chiusura erano altri sette, oltre alla ricorrente (paragrafo 3 della sentenza).

¹⁸⁸ Nel passaggio chiave della sentenza si dà conto del perché il mancato mantenimento della promessa da parte della pubblica amministrazione costituisca un «abuse of power»: «We have no hesitation in concluding that the decision to move Miss Coughlan against her will and in breach of the health authority's own promise was in the circumstances unfair. It was unfair because it frustrated her legitimate expectation of having a home for life in Mardon House. There was no overriding public interest which justified it. In drawing the balance of conflicting interests the court will not only accept the policy change without demur but will pay the closest attention to the assessment made by the public body itself. [...] However, absent such an offer, here there was unfairness amounting to an abuse of power by the health authority».

La sentenza presenta profili di sicuro interesse, soprattutto con riguardo alla “apparente” valutazione nel merito, da parte dei giudici, dei provvedimenti amministrativi di carattere sanitario. Le critiche sollevate dalla dottrina hanno riguardato proprio questo aspetto: c'è chi ha ritenuto che i giudici si fossero spinti “troppo oltre” nel valutare il merito della decisione, mentre avrebbero dovuto mantenere un approccio più rigoroso, considerando soltanto le questioni procedurali¹⁸⁹. Chi invece ha ritenuto la decisione corretta, ha sottolineato come i giudici abbiano giustamente distinto tra la promessa e il mutamento di politica, senza però utilizzare il criterio della ragionevolezza della decisione¹⁹⁰.

Giova rilevare che il peso di un precedente di tal sorta ha sicuramente condizionato le garanzie fornite dalle amministrazioni sanitarie da quel momento in avanti, nonostante non si trattasse di un caso avente ad oggetto direttamente il cd. *right to health care*: in questo modo, dunque, attraverso l'intervento giurisprudenziale, sono stati posti degli ulteriori vincoli alla discrezionalità delle autorità sanitarie, le quali da un lato non si faranno più portatrici di promesse impossibili da mantenere e, dall'altro lato, si dimostreranno più attente a garantire in modo continuativo quanto effettivamente rientrante nelle loro possibilità, compiendo così scelte più attente al rispetto dell'eguaglianza tra i pazienti.

In prospettiva comparata, inoltre, la tutela del legittimo affidamento generato da un comportamento legislativo o amministrativo potrebbe trovare riconoscimento anche all'interno dell'ordinamento italiano. Immaginando di applicare il principio espresso nel caso *Coughlan* al contesto italiano (limitatamente al tema della garanzia di prestazioni sanitarie), si potrebbe pensare che, piuttosto che un abuso di potere, il

¹⁸⁹ Cfr. E. JACKSON, *Medical Law*, cit., pag. 83.

¹⁹⁰ Qualora la decisione fosse stata valutata secondo i parametri della ragionevolezza, attraverso il cd. *Wednesbury test*, probabilmente il provvedimento sarebbe risultato legittimo: esso infatti sarebbe stato considerato legittimo, in quanto non irragionevole, poiché derivante dal bilanciamento tra l'esigenza di contenimento della spesa pubblica e gli interessi degli altri pazienti. Il fatto, però, che l'autorità sanitaria si fosse vincolata nei confronti degli ospiti della struttura in modo tanto esplicito, ha determinato l'affidamento dei pazienti, disatteso dal mutamento di politica sanitaria.

giudice avrebbe potuto rilevare la violazione del principio di buona fede¹⁹¹, relativamente alla riduzione di prestazioni sanitarie originariamente ricomprese nei livelli essenziali. Se così fosse, e se un ragionamento giuridico di questo tipo fosse applicabile a tutti i casi in cui, nel campo della salute, vi è l'esercizio di un potere discrezionale – o da parte del legislatore o da parte della pubblica amministrazione – ci si dovrebbe interrogare sulla reale portata della discrezionalità stessa: in altri termini, qualora si ritenesse tale tesi sostenibile, le decisioni relative alla garanzia di prestazioni sanitarie sarebbero sottoposte ad un ulteriore vincolo, ovvero quello di non infrangere l'affidamento generato nei cittadini (o negli utenti del sistema sanitario). In tal senso, quindi, nel momento in cui dovesse emergere l'esigenza o la volontà di ridurre, limitare o escludere del tutto prestazioni prima garantite in modo eguale sull'intero territorio nazionale, la decisione dovrebbe necessariamente essere accompagnata da una valida alternativa¹⁹², oppure giustificata da un «overriding public interest»¹⁹³, volto a “vincere” la delusione dell'affidamento.

Prima di procedere con l'analisi degli ultimi sviluppi istituzionali e giurisprudenziali inglesi sulla tutela dell'accesso alle prestazioni sanitarie, può essere avanzata una prima riflessione sul ruolo dei giudici e delle corti di merito nella definizione e

¹⁹¹ Il principio di buona fede potrebbe essere considerato una sorta di equivalente funzionale della *doctrine of legitimate expectations* come elaborata nel caso *Coughlan*. In questo senso è utile la ricostruzione offerta in F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995. In particolare, «[l]a conclusione è che l'affidamento sarebbe tutelato sia nel diritto costituzionale che in quello amministrativo, perché sussisterebbe un principio costituzionale non scritto di buona fede, che dovrebbe essere tenuto presente al momento di legiferare o di emanare un provvedimento amministrativo. In particolare, nel diritto amministrativo la tutela della buona fede comporterebbe un obbligo di ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse di un privato, “rafforzato” da precedenti scelte compiute dalla stessa amministrazione», p. 61. L'autore fa riferimento alla celeberrima monografia F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

¹⁹² Ad esempio, si decide di non fornire più un certo trattamento sanitario, poiché ve n'è uno verosimilmente più economico e più efficace.

¹⁹³ *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213, par. 89. E si può ritenere che questo interesse pubblico prevalente sia individuato nella necessità di distribuire diversamente le limitate risorse economiche.

specificazione di un diritto configurato dall'ordinamento in termini asimmetrici¹⁹⁴. Nonostante l'iniziale *self restraint* dimostrato dai giudici, infatti, nel corso degli anni le maglie dello scrutinio sono state progressivamente – e talora timidamente – ristrette, anche in ragione della necessità di garantire una tutela a situazioni giuridiche altrimenti scoperte. Il limite al controllo giurisdizionale risiede, tuttavia, nel rischio di una scarsa garanzia di interessi e diritti individuali, se poste in relazione con le giustificazioni che possono essere addotte da parte delle autorità sanitarie che operano le decisioni.

Un esempio di particolare efficacia è costituito dalla *postcode lottery* dei requisiti d'accesso alla procreazione medicalmente assistita. Ciascun PCT, all'interno della libertà di determinazione e individuazione delle priorità, può scegliere in base a quali parametri stilare le liste per ammettere donne o coppie alla terapia. Le Corti di merito investite da ricorsi in *judicial review* da parte di donne escluse dalla fecondazione *in vitro* hanno generalmente mantenuto l'orientamento per cui rientra nell'ambito di discrezionalità di ciascuna unità sanitaria la decisione circa i criteri d'accesso alla tecnica, soprattutto in virtù della necessità di stabilire delle priorità cliniche sostenibili, quando sia necessario (come in casi del genere) un razionamento delle limitate risorse economiche a disposizione.

In una sentenza del 1995¹⁹⁵, i giudici ritennero legittima e non irrazionale la decisione dell'autorità sanitaria locale di limitare l'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle donne fino ai trentacinque anni d'età. Nel caso di specie, la ricorrente, trentasettenne, aveva impugnato il provvedimento dell'amministrazione sanitaria

¹⁹⁴ Con tale espressione s'intende far riferimento al fatto che il sistema sanitario inglese è concepito in termini di obbligazione nascente in capo ai pubblici poteri (*in primis* al Ministero della Salute e, a cascata, a tutte le amministrazioni sanitarie) a provvedere a fornire ed assicurare, nel limite della ragionevolezza, tutte le prestazioni sanitarie, assistenziali e farmaceutiche ritenute necessarie alla garanzia di un servizio sanitario di impianto universalistico, basato sui principi di accessibilità e gratuità delle cure. A tale obbligazione non corrisponde, però, un vero e proprio diritto degli individui ad ottenere dette prestazioni. In questi termini anche L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino*, Torino, 2008, p. 61.

¹⁹⁵ *R v Sheffield Health Authority, ex parte Seale* [1995] 25 BMLR 1.

sostenendone l'illegittimità poiché la sua situazione soggettiva non era stata presa in considerazione e poiché non vi erano elementi clinici sostenibili a fondamento della decisione. Nel rigettare la questione, i giudici sostennero che, nonostante non sia escluso il successo della terapia in donne ultra-trentacinquenni, cionondimeno non è possibile riscontrare una determinazione irragionevole da parte dell'autorità sanitaria, dal momento che è legittimo che ciascuna di esse stabilisca i propri criteri per l'accesso alla tecnica, alla luce della limitatezza delle risorse disponibili¹⁹⁶. La decisione è in sé ragionevole, perché alle autorità sanitarie spetta il difficile bilanciamento tra i bisogni degli utenti del sistema sanitario e i mezzi di cui si dispone. Di conseguenza, un cd. *blaket ban* posto su un trattamento, a svantaggio di una determinata categoria di soggetti (in questo caso donne oltre i trentacinque anni) non costituisce una discriminazione né è configurabile come scelta irragionevole poiché trova giustificazione nella scarsa effettività del trattamento stesso su pazienti che non soddisfino i requisiti¹⁹⁷.

Al fine di superare, seppur soltanto parzialmente, le differenziazioni territoriali nell'accesso alla tecnica, sono state emesse delle linee guida, a livello nazionale, volte a stabilire dei principi e dei criteri omogenei per orientare i PCT¹⁹⁸. Non si tratta

¹⁹⁶ *R v Sheffield Health Authority, ex parte Seale* [1995] 25 BMLR 1, p. 3.

¹⁹⁷ Sui requisiti d'accesso alla PMA nel Regno Unito vi è un alto livello di differenziazione territoriale e a tutt'oggi si può sostenere che sia uno dei campi della salute nei quali la *postcode lottery* è più fortemente avvertibile. Ciascun PCT ha elaborato dei criteri propri per consentire o limitare l'accesso alle tecniche, che – come visto – viene difficilmente messo in discussione dalle corti. Un altro caso paradigmatico, benché più risalente, è *R. v Ethical Committee of St Mary's Hospital Ex p. Harriott* [1988] 1 FLR 512, riguardante il ricorso di una donna esclusa dalla PMA poiché non rientrava nei requisiti per l'adozione, a motivo dei trascorsi penali della stessa. La Corte, nel rigettare l'istanza, dichiarò che i criteri di accesso alla procreazione assistita possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale; tuttavia, nel caso di specie, le limitazioni non potevano essere considerate illegittime poiché trovavano giustificazione nell'esigenza di razionalizzare le risorse disponibili e poiché si tratta di un ambito clinico nel quale va riconosciuto un ampio margine discrezionale alle autorità sanitarie. Cfr. J. MONTGOMERY, *Healthcare law*, cit., p. 64; M. BRAZIER, E. CAVE, *Medicine, Patients and the Law*, cit., p. 44.

di raccomandazioni cogenti per le amministrazioni, che mantengono comunque la propria discrezionalità relativamente all'accesso alle terapie.

Giova però osservare che, in un periodo di crisi economica – come quello attuale – e di una difficoltà oggettiva per il NHS di rispondere in tempi brevi e adeguati a tutte le domande e richieste provenienti dagli utenti, risulta particolarmente gravoso per le autorità sanitarie locali mantenersi entro le indicazioni fornite a livello nazionale. Fra le prestazioni sanitarie su cui le ristrettezze economiche maggiormente incidono vi è proprio la fecondazione *in vitro*, in riferimento alla quale è osservabile un irrigidimento dei criteri d'accesso predisposti a livello locale, soprattutto nel secondo semestre del 2010¹⁹⁹. Le restrizioni imposte dai PCT all'accesso alle tecniche (che in alcuni casi si sono spinte sino ad una sospensione del trattamento nelle strutture pubbliche) hanno provocato l'interessamento del Parlamento e del Ministro della Salute, intervenuti nei primi mesi del 2011 con delle raccomandazioni indirizzate alle amministrazioni sanitarie locali in merito alla necessità di garantire l'accesso alle tecniche secondo le indicazioni tracciate da NICE²⁰⁰. Le conseguenze di questi

¹⁹⁸ Si tratta delle linee guida di NICE (su cui si tornerà più diffusamente *infra*, nel paragrafo seguente), del febbraio 2004, dal titolo *Fertility: assessment and treatment for people with fertility problems*, disponibili all'indirizzo internet www.nice.org.uk/nicemedia/live/10936/29269/29269.pdf (20.01.2012). In sostanza, in esse si consiglia di garantire fino a tre cicli di terapia alle coppie che rientrano nelle condizioni, se la donna ha un'età compresa tra i ventitré e i trentanove anni.

¹⁹⁹ Il riferimento è alle decisioni di molti PCT di limitare l'accesso alle tecniche sulla base di presupposti differenti: in alcuni casi è stato garantito il trattamento solamente a chi lo avesse già iniziato; in altri casi sono stati abbassati i limiti d'età per le donne, in altri casi, infine, la prestazione è stata assicurata solo a coloro che si trovavano già in lista d'attesa. I riferimenti a queste decisioni sono reperibili all'indirizzo internet www.bionews.org.uk e si concentrano per lo più a partire dai mesi di novembre e dicembre del 2010.

²⁰⁰ L'interessamento da parte delle istituzioni si è concluso con un rapporto dal titolo *Final report of the Expert Group on Commissioning NHS Infertility Provision*, prodotto da una commissione interna al Ministero e finalizzato allo sviluppo di strategie, politiche e pratiche comuni per la regolamentazione delle condizioni d'accesso alla PMA. Il rapporto è reperibile all'indirizzo internet www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/@dh/@en/@ps/documents/digitalasset/dh_111593.pdf (29.01.2012).

provvedimenti, comunque, di natura meramente politica e non vincolanti sono apprezzabili solamente in parte: nei primi mesi del 2011 sono stati registrati alcuni adeguamenti alle linee guida nazionali, anche se altre aree territoriali hanno mantenuto le *policies* restrittive precedentemente adottate²⁰¹.

4. Verso una tutela dell'eguaglianza attraverso il procedimento?

I motivi per cui le Corti inglesi si siano dimostrate – almeno fino alla fine degli anni Novanta – piuttosto restie ad intervenire sui provvedimenti relativi all'accesso ai trattamenti sanitari per i pazienti del NHS sono stati spiegati efficacemente dalla dottrina britannica: «To recognise a right to treatment would be to recognise a positive right to demand access to resources which has implications in relation to the claim rights of other third parties»²⁰². Questa la ragione per cui il superamento dell'iniziale *self-restraint* giurisprudenziale è avvenuto attraverso la progressiva determinazione di diritti procedurali degli utenti del servizio sanitario, piuttosto che non per il tramite di un riconoscimento di aspettative dal contenuto positivo e concreto nei confronti degli individui; di qui l'esigenza, avvertita anche da parte degli organi del NHS, di trovare procedimenti decisori trasparenti, verificabili e

²⁰¹ Si tratta di dati soggetti a variazioni. In via del tutto esemplificativa, si può ricordare, da un lato il mantenimento delle restrizioni dal parte del NHS North Yorkshire, come indicato dal M. Neary, *NHS North Yorkshire maintains fertility treatment restrictions*, 4 aprile 2011, reperibile all'indirizzo internet www.bionews.org.uk/page_92336.asp e, dall'altro lato K. Georgiadis, *Bury PCT reinstates funding for fertility treatment*, 28 marzo 2011, reperibile all'indirizzo internet www.bionews.org.uk/page_91871.asp; da ultimo, si può segnalare la recentissima *policy* adottata da molti PCT di escludere dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita donne fumatrici, nonostante tale requisito non sia previsto nelle linee guida di NICE. Cfr. N. Drury, *Smokers denied access to assisted conception*, 28 novembre 2011, reperibile all'indirizzo internet www.bionews.org.uk/page_113171.asp (29.01.2012).

²⁰² J.V. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 266.

impugnabili da parte degli interessati²⁰³. I principi elaborati in via teorica da studiosi di varia formazione (giuristi, eticisti, economisti e filosofi, oltre che professionisti sanitari) indicano la necessità di fornire al paziente il più alto numero di informazioni possibile non soltanto circa il suo stato di salute, ma anche e soprattutto sulle ragioni del provvedimento che li ammette a (o li esclude da) un determinato trattamento; per ogni decisione, inoltre, dovrebbe essere possibile un meccanismo di tutela che permetta all'interessato di ricorrere avverso un eventuale diniego per ottenere la rivalutazione della propria posizione. Questi orientamenti sono stati recepiti progressivamente dalla giurisprudenza²⁰⁴ e – più recentemente – anche a livello normativo e istituzionale²⁰⁵.

²⁰³ Questa è la ragione della istituzione di NICE. Il riferimento è ai quattro requisiti che un procedimento decisorio realmente ponderato e trasparente dovrebbe rispettare per poter giungere a decisioni ragionevoli. Essi sono la pubblicità delle decisioni (i cui fondamenti devono essere conoscibili dagli interessati), la rilevanza dei criteri su cui le decisioni stesse si fondano, la possibilità di impugnazione (deve essere previsto un sistema, giudiziale o stragiudiziale, per ricorrere avverso un eventuale diniego) e, infine, devono essere messi a punto gli strumenti giuridici necessari per assicurare il rispetto dei criteri sopra descritti. Queste sono le condizioni in base alle quali le pubbliche autorità possono legittimamente porre dei limiti all'accesso alle risorse sanitarie, nome come *Accountability for reasonableness*, elaborate in N. DANIELS, J. SABIN, *Setting limits fairly. Can we learn to share medical resources?*, Oxford, 2002.

²⁰⁴ Il riferimento è, *inter multis*, alle due sentenze *Pfizer, R. v Secretary of State for Health Ex p. Pfizer Ltd* [1999] 3 C.M.L.R. 875 e *The Queen (On the Application of Pfizer Limited) v The Secretary of State for Health* [2002] EWCA Civ 1566, e al caso di Anne Marie, Rogers, *R (on the application of Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust & Anor* [2006] EWCA Civ 392, su cui *infra*. Giova segnalare che si tratta di principi molto simili a quelli individuati anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, in casi aventi per oggetto il diritto di cittadini europei a ricevere trattamenti sanitari in uno Stato membro diverso da quello di residenza; per tutti si veda il caso *Watts*, C-372/04, *Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, del 16 maggio 2006. Questo tema sarà oggetto del Capitolo terzo.

²⁰⁵ Il riferimento è all'istituzione del National Institute for Clinical Excellence (NICE), nel 1999. L'atto istitutivo è il *National Institute for Clinical Excellence (Establishment and Constitution) Order* (S.I. 1999 n. 220).

Il passo successivo segnato dalla giurisprudenza di merito nella verifica della legittimità delle decisioni sull'accesso a prestazioni sanitarie riguarda una lunga controversia tra la casa farmaceutica Pfizer e il Ministero della Salute inglese²⁰⁶. Il primo ricorso avverso la circolare ministeriale che limitava la prescrittibilità del farmaco ai soli casi eccezionali (in ragione di timori – fondati – sulla sostenibilità economica della disponibilità del medicinale all'interno del NHS) si concluse con l'annullamento dell'atto, dal momento che, secondo il giudice di merito, esso limitava la discrezionalità professionale dei medici di base²⁰⁷: per questi ultimi, infatti, risultava impossibile prescrivere il Viagra ai propri pazienti, dal momento che il provvedimento si sostanzava in una sorta di *blanket ban* sul medicinale, ottenibile soltanto in circostanze eccezionali che non vennero mai specificate da parte del Ministero.

Alla luce della sentenza, il Ministro della Salute, secondo quanto stabilito dall'art 149 del *NHS Act*, emise un provvedimento²⁰⁸ con il quale specificava che il sildenafil poteva essere prescritto in presenza di una serie di patologie; Pfizer presentò nuovamente ricorso, basandosi sulla mancanza di trasparenza nell'adozione dell'atto²⁰⁹. Il caso costituisce un'importante occasione per specificare, a livello

²⁰⁶ Si tratta delle sentenze *R. v Secretary of State for Health Ex p. Pfizer Ltd* [1999] 3 C.M.L.R. 875 e *The Queen (On the Application of Pfizer Limited) v The Secretary of State for Health* [2002] EWCA Civ 1566. Il ricorso presentato dalla casa farmaceutica concerneva i provvedimenti del Ministero della Salute inglese con i quali si indicavano le condizioni per la prescrizione del farmaco sildenafil (Viagra) ai pazienti del NHS. Pfizer lamentava il fatto che con il primo provvedimento fossero state poste delle condizioni troppo restrittive alla prescrittibilità del medicinale, tanto da limitare addirittura la discrezionalità medica; all'annullamento seguiva un ulteriore atto del Ministero, comunque molto restrittivo, nel quale però si tenevano in considerazione i rilievi sollevati dal giudice.

²⁰⁷ J.K MASON, G.T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, VII ed., Oxford, 2011, p. 381; E. JACKSON, *Medical law*, cit., p. 62. *R. v Secretary of State for Health Ex p. Pfizer Ltd* [1999] 3 C.M.L.R. 87, par. 223 ss.

²⁰⁸ Il termine inglese è «regulation».

²⁰⁹ Secondo il ricorrente, infatti, il Ministero aveva violato l'art. 7, co. 3, della direttiva europea 89/105/EEC, sulla trasparenza delle misure che regolano l'inclusione nei sistemi sanitari delle specialità medicinali per uso umano.

giurisprudenziale, il significato di trasparenza e verificabilità delle determinazioni riguardanti i farmaci. In particolar modo si ritiene che, al fine di considerare i requisiti soddisfatti, sia sufficiente che essi siano pubblici, disponibili e reperibili, mentre con riguardo al requisito della oggettività delle misure adottate, basta che esse siano basate sul legittimo scopo di mirare al miglioramento dell'equilibrio finanziario del sistema sanitario²¹⁰. Peraltro, la Corte, accogliendo alcune delle motivazioni portate in giudizio dal Ministero della Salute, sottolinea anche che la decisione di includere il Viagra tra i farmaci forniti all'interno del NHS ha un contenuto essenzialmente politico, che pertanto si sottrae allo scrutinio giurisdizionale²¹¹. Il riferimento è al precedente del caso di *Child B* e a prima vista può sembrare che la Corte voglia tornare all'approccio restrittivo e deferente nei confronti delle amministrazioni sanitarie; in realtà, a parere di chi scrive, è opportuno tener presente che vi sono delle rilevanti variazioni rispetto ai casi precedentemente commentati. In primo luogo, in questo caso dall'accesso al trattamento non dipende la vita dei pazienti, come invece era accaduto nei casi *Collier* e *Child B*, e sulla base di questo elemento è giustificabile la scelta restrittiva del Ministero. Inoltre, è opportuno evidenziare il mutamento avvenuto all'interno del servizio sanitario: i casi precedenti si inserivano in una politica generale di *implicit rationing*, nella quale le motivazioni delle scelte sull'allocazione delle risorse erano pressoché imperscrutabili per i pazienti interessati, mentre, proprio con le circolari ministeriali sul Viagra si ha il primo esempio di *explicit rationing*²¹². Di conseguenza, le critiche mosse alla

²¹⁰ *The Queen (On the Application of Pfizer Limited) v The Secretary of State for Health* [2002] EWCA Civ 1566, paragrafo 26: «For the criteria to be “verifiable”, all that is necessary is that they should be published and available, in particular to would-be importers, to satisfy themselves that they do not contain disguised restrictions on intra-Community trade. And the measures are “objective”, in the sense used by the Court in *Duphar*, if they are based on a legitimate aim, that of improving the economics of the state health system».

²¹¹ *Pfizer*, [2002] EWCA Civ 1566, paragrafo 8: «what level of expenditure on impotence can be justified [...] is an essentially political judgment, that is not within the province of a reviewing court».

²¹² Su questo fondamentale passaggio, in termini molto chiari, si veda K. SYRETT, *Impotence or Importance? Judicial Review in an Era of explicit NHS rationing*, in *Modern Law Review*, 2004, 67,

decisione “apparentemente” restrittiva nel secondo caso Pfizer possono essere temperate con degli argomenti a dimostrazione della particolarità della fattispecie: in primo luogo, si tratta di una decisione presa eccezionalmente a livello ministeriale²¹³ dovuta alla necessità di limitare l'impatto economico di un farmaco costoso e, in secondo luogo, il bilanciamento d'interessi rilevanti in questo contesto è peculiare, data anche la natura stessa del medicinale²¹⁴.

Con l'istituzione di NICE, il metodo di valutazione sull'immissione all'interno del sistema sanitario inglese di nuovi farmaci è mutata. Dal 1999, infatti, per poter adottare un farmaco, è necessaria la “raccomandazione” dell'autorità, frutto a sua volta di un complesso procedimento di valutazione dell'efficacia del medicinale, operato in modo indipendente, sulla scorta dei risultati delle sperimentazioni e alla luce delle osservazioni presentate sia dalle case farmaceutiche sia dalle associazioni dei pazienti.

Le indicazioni fornite dal National Institute for Clinical Excellence sono espresse per lo più attraverso linee guida, che possono essere di diversi tipi e di varia natura²¹⁵. All'interno di tali provvedimenti, il profilo più rilevante è costituito dalle linee guida sulla valutazione dei farmaci e delle nuove tecnologie. Tali deliberazioni riguardano

pp. 293-294.

²¹³ Mentre in tutti gli altri casi la controversia verteva su di un provvedimento emesso da autorità sanitarie locali.

²¹⁴ Così anche K. SYRETT, *Impotence or Importance?*, cit., pp. 299-300. Secondo l'autrice, inoltre, le limitazioni all'accesso a questo particolare trattamento non avrebbero comportato, tra gli utenti del NHS, elevati livelli di insoddisfazione.

²¹⁵ Si tratta di quattro tipi di linee guida. Vi sono le *guidance* sulla salute pubblica, che non hanno natura vincolante e che hanno come finalità prevalente la prevenzione; il secondo tipo riguarda le linee guida di *clinical practice*, non vincolanti, con le quali si indicano i più appropriati trattamenti da adottare all'interno del servizio sanitario in relazione a specifiche tipologie; vi sono le linee guida sulle procedure di intervento che riguardano sostanzialmente l'ambito chirurgico; infine, ci sono le linee guida sulla valutazione delle cd. *health technologies*. È quest'ultima tipologia su cui si concentrerà ora l'indagine. Esse hanno carattere vincolante, poiché sorge in capo ai PCT un obbligo giuridico a seguirle, e hanno per oggetto le indicazioni circa l'utilizzo di medicinali, trattamenti o terapie nuovi o già esistenti. E. JACKSON, *Medical law*, cit., p. 66.

l'efficacia dei nuovi farmaci da adottare all'interno del sistema sanitario e possono essere di tre tipologie: il medicinale viene raccomandato per tutti gli utilizzi consentiti nelle indicazioni, oppure viene raccomandato solo per particolari categorie di pazienti o solamente in alcune fasi della patologia, oppure il farmaco non è raccomandato, per esempio, a causa di un esito negativo della valutazione di *cost-effectiveness*.

Attraverso l'adozione di tali provvedimenti si è aperta la strada ad una nuova era di *explicit rationing* all'interno del NHS, finalizzata ad una omogeneizzazione nazionale delle scelte allocative nel settore sanitario. Ciò si presterebbe ad essere accolto con ottimismo, facendo intravedere una probabile riduzione della disuguaglianze insostenibili nell'accesso al sistema sanitario, improntato ai principi di universalità e accessibilità senza discriminazione alcuna fra gli utenti; a questa visione si accompagnano, però, dei profili più critici, evidenziati da parte della dottrina, che possono essere sintetizzati nella previsione di una maggiore conflittualità provocata dalla conoscibilità del procedimento decisionale da parte degli utenti²¹⁶.

Uno degli aspetti di maggior interesse sul funzionamento di NICE riguarda il coinvolgimento diretto dei cittadini, attraverso una politica di partecipazione al procedimento di adozione delle raccomandazioni²¹⁷. Si tratta di uno strumento volto a

²¹⁶ Su questo si veda K. SYRETT, *Nice work? Rationing, review and the "legitimacy problem" in the new NHS*, in *Medical Law Review*, 2002, 10, p. 4, che riprende uno degli orientamenti diffusi al tempo dell'istituzione di NICE, secondo cui il cd. *explicit rationing* reca necessariamente con sé scelte meno sostenibili e più difficilmente giustificabili sulla base della necessità di razionalizzare la spesa clinica a causa di altre concorrenti necessità. D'altro canto, tuttavia, l'altro tipo di orientamento ravvisabile a livello dottrinale è più ottimista: NICE è visto come uno strumento con la potenzialità di contribuire alla risoluzione del problema della *postcode lottery* e come, con tutta probabilità, il sistema migliore per raggiungere tale obiettivo. Per tutti R. SMITH, *NICE: a panacea for the NHS?*, in *British Medical Journal*, 1999, 318, p. 823.

²¹⁷ Sulle possibilità di partecipazione della cittadinanza si rinvia al sito web di NICE: www.nice.org.uk/getinvolved/ (29.01.2012). Nel Regno Unito l'inclusione dei cittadini nell'adozione di decisioni di diretto interesse, come quelle in campo sanitario, è accolta con notevole ottimismo, poiché è considerata uno dei requisiti essenziali per poter giungere a determinazioni realmente condivise. Forse, ma è solo un'ipotesi, questa strada è in fase di apertura anche nel contesto italiano,

superare i problemi di legittimazione democratica di NICE sollevati in seguito alla sua istituzione²¹⁸: le valutazioni tecniche di medici, scienziati ed economisti sulla *cost-effectiveness* delle biotecnologie sono stati ritenuti insufficienti a fondare delle decisioni eque realmente trasparenti e, soprattutto, non del tutto aderenti alla rappresentazione concreta dei valori sociali percepiti dalla cittadinanza. Nonostante vi siano degli aspetti sicuramente positivi circa il ruolo del Citizens' Council (istituito dal 2002)²¹⁹, sono stati comunque evidenziati alcuni tratti critici del lavoro del consiglio, riconducibili alla difficoltà di adottare decisioni etiche relative a trattamenti e medicinali per i quali sono richieste specifiche conoscenze scientifiche²²⁰. D'altro canto, però, giova sottolineare il fatto che la garanzia della partecipazione al procedimento decisionale costituisce uno degli elementi su cui

da parte dell'Aifa, che con una nota del 2 dicembre 2011 ha comunicato di voler dare il via ad una nuova iniziativa di coinvolgimento di cittadini e *stake-holders* dal titolo "Open-Aifa". Il comunicato stampa è reperibile sul sito dell'Agenzia Italiana del Farmaco www.agenziafarmaco.gov.it, consultato il 4 dicembre 2011.

²¹⁸ In prospettiva critica, si veda K. SYRETT, *Deconstructing deliberation in the appraisal of medical technologies: NICEly does it?*, in *Modern Law Review*, 2006, 69, p. 869. L'articolo è altresì utile alla ricostruzione del complesso procedimento deliberativo di NICE (pp. 878 ss.), che per la prima volta nel 2004 ha prodotto una "guida" sull'apertura e la trasparenza di ciascuna fase interna alle deliberazioni, che prevede la possibilità di intervento e di invio di osservazioni e pareri per tutti i soggetti coinvolti e potenzialmente interessati. La versione più recente è dell'agosto 2010 e può essere reperita all'indirizzo internet www.nice.org.uk/media/5C8/34/TAAppealProcess.pdf (29.01.2012).

²¹⁹ Il comitato dei cittadini è un organo composto da trenta persone, selezionate da NICE sulla base di autocandidature. Per la composizione del collegio sono previsti tre criteri: il consiglio deve rappresentare la popolazione inglese e gallese per genere, classi sociali, etnia, età e disabilità; i membri non possono essere dipendenti del NHS né lavorare in alcun modo nel campo sanitario, neppure privatamente; infine, una volta reclutati, devono garantire un impegno costante.

²²⁰ Alcune delle criticità, evidenziate in K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 118, attengono principalmente alla discontinuità delle raccomandazioni emesse dal consiglio, che comunque non hanno natura vincolante per NICE, e al fatto che non vi è un intervento omogeneo su tutti i fronti sui quali il gruppo è chiamato a pronunciarsi, ma solamente su alcuni. I medesimi problemi attengono al funzionamento dell'omologo organo in seno allo Scottish Medicine Consortium.

fondare la legittimazione stessa della decisione: la previsione di interventi di tutti i potenziali interessati va, infatti, a fondare – in un certo senso – la legittimità sostanziale del provvedimento, dal momento che in giudizio non risultano più eccezionabili motivi di fatto su cui ci si sarebbe potuti esprimere prima e che per inerzia non sono stati sollevati nella fase procedimentale. In fin dei conti, qualora lo strumento fosse utilizzato debitamente, esso potrebbe realmente condizionare il potere discrezionale di NICE; l'organismo – in questo caso – responsabile della decisione²²¹.

Il rigore procedurale che porta all'adozione delle linee guida di NICE è un fattore avvertito come segnale di garanzia di valutazioni e raccomandazioni adottate alla luce di un complessivo bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco²²². D'altro canto,

²²¹ In questi termini, pur trattando del principio di partecipazione al procedimento amministrativo nell'ordinamento italiano, con espresso riferimento alla l. n. 241/1990, ma in modo illuminante a parere di chi scrive, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 144: «I differenti ruoli dei soggetti rimangono chiaramente distinti, senza confusione tra potere di decidere e potere di partecipare, ma la configurazione di soluzioni alternative da parte degli interventori orienta la decisione dell'amministrazione e restringe la sua libertà di scelta. Se la legittimazione dell'azione amministrativa consiste nella realizzazione dei bisogni sociali, gli interesse introdotti nel procedimento, attraverso i mezzi della partecipazione, costituiscono un limite alle scelte dell'amministrazione, tanto che il giudice può accertare direttamente quali siano stati gli interessi valutati e il modo della loro composizione».

²²² A parere di chi scrive, un fattore altrettanto determinante è rappresentato dalla scarsa vincolatività delle raccomandazioni, indirizzate comunque soltanto alle autorità sanitarie. Per i pazienti che ricevono un diniego, lo strumento diretto di tutela giurisdizionale è l'impugnazione non della linea guida, ma della decisione del PCT di riferimento. I soggetti che possono direttamente impugnare le deliberazioni di NICE, in sostanza, sono le aziende farmaceutiche, per le quali è altissimo l'interesse a prendere parte al procedimento decisorio, per fare in modo di ottenere una raccomandazione positiva per i farmaci di propria produzione. Un esempio di ricorso presentato da un'azienda farmaceutica contro una raccomandazione di NICE è *Eisai Ltd, R (on the application of) v National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE)* [2008] EWCA Civ 438. Eisai aveva impugnato una raccomandazione di NICE sul farmaco Aricept, destinato alla cura del morbo di Alzheimer, che era stato escluso per i pazienti al primo stadio della patologia. I motivi del ricorso erano l'irragionevolezza della decisione e la violazione del principio di non discriminazione. La Corte d'Appello, nel dar

però, sono state avanzate delle perplessità circa il tempo necessario ad una deliberazione sui nuovi farmaci, che rallenterebbe e – di conseguenza – limiterebbe il diritto all'accesso a tali terapie per i pazienti²²³.

Recentemente vi sono stati casi di ricorso in *judicial review* da parte di pazienti ai quali era stato negato l'accesso a farmaci per la cura del cancro, a causa del loro alto impatto economico. In particolare, va segnalata la decisione relativa al farmaco Herceptin, già disponibile per la cura del cancro al seno allo stadio avanzato, ma ancora in corso di valutazione per la terapia nelle prime fasi della malattia. Il ricorso presentato da una donna contro la decisione di diniego di accesso al farmaco si concluse con l'annullamento del provvedimento, ritenuto arbitrario e irragionevole²²⁴.

Nel caso di specie, il procedimento di valutazione da parte di NICE non si era ancora concluso e la *policy* per l'accesso al farmaco, elaborata dal PCT di riferimento della donna, prevedeva la non disponibilità dello stesso, se non in circostanze eccezionali. Queste ultime, tuttavia, non erano identificabili dalla lettura del provvedimento dell'amministrazione sanitaria né erano stati previsti dei criteri per operare distinzioni fra le pazienti nel primo stadio della malattia, tali da permettere di concedere l'accesso al farmaco ad alcune o negarlo ad altre. Di conseguenza, il provvedimento operava di fatto come un *blanket ban* sul medicinale, limitando per tale ragione i *procedural rights* delle potenziali pazienti; i motivi del ricorso della donna si fondavano sulla arbitrarietà e irragionevolezza della decisione, oltre che sul fatto che non tutti gli elementi rilevanti erano stati presi in considerazione. La Corte d'Appello

ragione alla casa farmaceutica, annullando la raccomandazione, evidenziò come effettivamente non fosse garantito un accesso completo e trasparente a Eisai nel corso del procedimento. Il caso è commentato in K. SYRETT, *NICE and judicial review: enforcing "accountability for reasonableness" through the Courts?*, in *Medical Law Review*, 2008, 16, p. 127.

²²³ Una raccomandazione di *technology appraisal* impiega 54 settimane ad essere adottata e NICE sostiene che si tratta comunque del tempo minimo necessario per svolgere tutte le valutazioni del caso sul prodotto e per raccogliere i pareri necessari. Il dato è riportato in K. SYRETT, *Deconstructing deliberation in the appraisal of medical technologies: NICEly does it?*, cit., p. 890.

²²⁴ *R (on the application of Ann Marie Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust and the Secretary of State for Health*, [2006] EWCA Civ 392.

annullò la decisione del PCT poiché in essa non era ravvisabile quale tipo di paziente potesse soddisfare le circostanze eccezionali sulla base delle quali l'accesso al medicinale era garantito²²⁵: nel momento in cui viene presa la decisione di distinguere all'interno della medesima categoria di pazienti, senza tenere in considerazione il costo del medicinale, è necessario prendere in considerazione i bisogni di ciascuno di essi, sulla base delle indicazioni cliniche fornite dai medici e tali valutazioni erano del tutto assenti dalla decisione del PCT²²⁶.

Tale decisione dimostra il ruolo fondamentale delle corti nel riportare eguaglianza all'interno dei procedimenti decisorii, al fine di garantire a tutti gli utenti del NHS parità di condizioni d'accesso alle terapie disponibili. La soluzione adottata è quella della trasparenza e della ragionevolezza delle fasi interne al procedimento, poiché, come si è visto, i giudici ritengono che sia questo il limite entro il quale il loro scrutinio si deve mantenere, dal momento che ritengono di non poter invadere l'ambito di discrezionalità medica che costituisce il fondamento di tal tipo di decisioni. La prospettiva non è, tuttavia, scevra di criticità, soprattutto in casi che – come questo – si fondano sull'eccezionalità come presupposto per l'accesso a una

²²⁵ Probabilmente, la sentenza sarebbe stata differente nel caso in cui il PCT avesse limitato l'accesso al farmaco sulla base della non sostenibilità finanziaria dello stesso. Tale motivazione non compare nella decisione dell'autorità sanitaria, poiché con un atto del Ministero della Salute era stato sconsigliato ai PCT di rifiutare l'Herceptin alle donne al primo stadio di cancro al seno solamente sulla base della limitatezza delle risorse finanziarie: Department of Health, Chief Executive Bulletin No. 294, 4–10 November 2005, «I want to make it clear that PCTs should not refuse to fund Herceptin solely on the grounds of its cost».

²²⁶ «Where the clinical needs are equal, and resources are not an issue, discrimination between patients in the same eligible group cannot be justified on the basis of personal characteristics not based on healthcare. As to clinical characteristics, it was suggested in argument that one woman in the eligible group might have a greater clinical need for Herceptin than another. We can see that that might be theoretically possible but there is no indication that any such possibility in fact exists. [...] The PCT has not put any clinical or medical evidence before the court to suggest any such clinical distinction could be made. In these circumstances there is no rational basis for distinguishing between patients within the eligible group on the basis of exceptional clinical circumstances any more than on the basis of personal, let alone social, circumstances». *Rogers*, par. 79-81.

prestazione sanitaria che altrimenti sarebbe negata: si può essere, infatti, portati a pensare che la conseguenza di un accoglimento giurisdizionale di ricorsi come quello del caso *Rogers* provochi uno sbilanciamento nella ripartizione delle risorse determinando la compressione dei diritti di altri pazienti²²⁷. A parere di chi scrive, tuttavia, la richiesta di un alto livello di rigore procedimentale laddove sia coinvolto il diritto dei pazienti ad ottenere l'accesso a determinate prestazioni sanitarie (soprattutto in casi che, come questo, vanno a toccare aspetti particolarmente delicati della salute) è una condizione necessaria alla garanzia di eguaglianza all'interno di un ordinamento nel quale è particolarmente incisiva la differenziazione territoriale e non vi sono strumenti *ad hoc* per assicurare *a priori* l'appropriatezza di scelte derivanti da difficili bilanciamenti. Peraltro, in tale direzione va anche l'argomento secondo il quale la richiesta di assoluta trasparenza nelle decisioni allocative in campo sanitario va a diretto giovamento dei PCT stessi, determinando una maggiore legittimazione delle determinazioni: assicurando il controllo e la verificabilità del fondamento delle proprie *policies*, attraverso i meccanismi di trasparenza e pubblicità delle stesse, infatti, si produce l'effetto di rendere conoscibile agli utenti stessi del NSH quali siano le difficoltà insite nei bilanciamenti di interessi che devono essere operati per arrivare a scelte che possono rivelarsi, da un punto di vista soggettivo, talora anche difficilmente accettabili²²⁸. In altre parole, è auspicabile, sul lungo termine, anche una

²²⁷ In questi termini, evidenziando anche il fatto che non è solo l'esito di sentenze di tal fatta a determinare uno spostamento non sempre positivo nell'allocazione delle risorse, ma che lo stesso effetto è determinato anche dalla litigiosità nel settore sanitario, si veda C. NEWDICK, *Judicial Review: low-priority treatment and exceptional case review*, in *Medical Law Review*, 2007, 15, p. 243. Sulla sentenza si veda anche, in italiano, C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution, Diritti, Identità: la tutela della salute tra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria: spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna, 2009, pp. 51 ss.

²²⁸ In tal senso anche K. SYRETT, *Opening eyes to the reality of scarce health care resources? R. (on the application of Rogers) c Swindon NHS Primary Care Trust and Secretary of State for Health*, in *Public Law*, 2006, p.669.

condivisione delle decisioni più restrittive se supportate da un procedimento decisorio trasparente, coerente e ragionevole.

Il ruolo dei giudici, nel contesto qui ricostruito, è quello di condizionare, attraverso lo scrutinio giurisdizionale, l'appropriatezza delle scelte delle autorità responsabili per le decisioni allocative in ambito sanitario. Ne risulta che il diritto ad accedere ai trattamenti sanitari deve essere il frutto del bilanciamento tra i bisogni dell'individuo che richiede una determinata terapia e gli interessi della collettività.

Queste considerazioni, in prospettiva comparata, paiono combaciare con le conclusioni raggiunte circa la complessità del diritto alla salute nel tessuto costituzionale italiano: non si tratta semplicemente di un diritto finanziariamente condizionato, la cui garanzia concreta da parte dell'ordinamento dipende dalla disponibilità di risorse finanziarie, quanto piuttosto di un diritto a fattispecie complessa, la cui reale garanzia è la risultante della combinazione di molteplici fattori fra i quali rientrano anche gli interessi della collettività. In tal modo, le Corti possono contribuire al riequilibrio dell'eguaglianza in senso sostanziale, individuando un percorso attraverso il quale il legislatore o la pubblica amministrazione (a seconda del contesto in cui si opera) possa giungere ad una scelta che, pur restando in sé difficile e pur implicando necessariamente un sacrificio, possa essere considerata sostenibile in quanto condivisibile²²⁹.

L'emersione di tutta una serie di requisiti, soprattutto procedurali (o procedimentali) che devono essere soddisfatti affinché una decisione sanitaria con la quale si garantisce o si limita l'accesso a prestazioni o trattamenti medici sia ritenuta legittima, va a costituire una sorta di correttivo alla differenziazione territoriale che conduce talora a disuguaglianze non sostenibili nel Regno Unito. Poiché all'interno

²²⁹ In altre parole: «In this way, the courts are able to enhance solidarity by illuminating the hard choices required by this area and explaining the means by which they should be resolved. Their role in demonstrating how the claims of individuals should be balanced against the needs of the community is central, but it should be limited to the scrutiny of the procedure by which decisions have been reached and the reasonableness of the conclusion and, if needs be, referring them back for reconsideration». C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, 43, p. 1652.

dell'ordinamento non è individuabile alcuna norma effettiva che consenta di garantire in modo eguale sull'intero territorio nazionale le prestazioni ritenute essenziali a soddisfare i “bisogni di salute degli utenti del sistema sanitario” e poiché si rende sempre più necessaria l'assicurazione nei confronti di tutti della possibilità di fruire (quanto meno) di determinate prestazioni, è necessario trovare uno strumento che lo permetta.

Il risultato può essere dunque raggiunto non tanto attraverso la previsione di obiettivi “sostanziali” da raggiungere, ossia attraverso la predisposizione di una sorta di catalogo di prestazioni che devono essere garantite, quanto piuttosto attraverso l'individuazione di procedimenti decisori che permettano di giungere a scelte trasparenti e condivise, in quanto risultanti dall'inclusione di tutti i soggetti interessati e dalla verificabilità delle fasi interne al procedimento. Ciò è osservabile sia dal punto di vista “empirico”, poiché è il risultato raggiunto dalla progressiva specificazione giurisprudenziale dei fattori che devono essere presi in considerazione dalle autorità sanitarie e poiché è il compito ora richiesto a NICE, sia dal punto di vista teorico: Norman Daniels e James Sabin²³⁰ hanno infatti elaborato un modello basato sulla trasparenza e la correttezza del procedimento che conduce alle decisioni allocative nel campo sanitario, denominato «accountability for reasonableness». Attraverso l'impiego di questo sistema, secondo gli autori, si riuscirebbe a superare il problema di mancanza di legittimazione democratica di tali decisioni, al fine di tutelare maggiormente gli utenti del servizio sanitario: il fulcro sta nel rendere le ragioni e le motivazioni che hanno condotto ad una scelta pubbliche e verificabili dai cittadini, prevedendo inoltre dei meccanismi di impugnazione e di risoluzione delle controversie cui si accompagnino degli strumenti volti al miglioramento delle politiche adottate²³¹. Tale modello è in effetti stato accolto da NICE, per quanto concerne le raccomandazioni sull'utilizzo dei nuovi farmaci²³². Vi è anche un rovescio della medaglia: la garanzia di pluralismo durante la fase decisionale e

²³⁰ N. DANIELS, J. SABIN, *Setting limits fairly. Can we learn to share medical resources?*, Oxford, 2002.

²³¹ N. DANIELS, J. SABIN, *Setting limits fairly*, cit., pp. 44 ss.; sul punto anche K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., pp. 101 ss.

all'interno del procedimento non è avvertita da tutti in termini assolutamente positivi. È stato infatti sostenuto che il fatto che sia necessario un lungo e complesso *iter* per giungere a una raccomandazione sui nuovi farmaci possa comunque interferire negativamente sui diritti dei pazienti, limitandone l'accesso alle terapie. In questa prospettiva, dunque, la lentezza del procedimento potrebbe provocare una perdita di legittimazione della raccomandazione stessa²³³.

A parere di chi scrive, in definitiva, vale la pena di ricondurre le due prospettive ad unità, dal momento che il primo punto di vista non esclude necessariamente il secondo. Il coinvolgimento del “pubblico”, attraverso l'istituzione del Citizens' Council presenta indubbi elementi di interessi; il ruolo di NICE, nella valutazione e raccomandazione delle nuove tecnologie mediche – pur non essendo del tutto scevro di criticità – rappresenta uno strumento utile e funzionale alla limitazione della *postcode lottery* e alla garanzia di eguaglianza (almeno procedimentale) fra i cittadini residenti nelle diverse zone del Paese; il fatto che sia necessario molto tempo per giungere ad una decisione non limita di per sé gli effetti positivi di un meccanismo di “accentramento nella funzione di indirizzo” all'interno di un quadro che si dimostra essere potenzialmente e fattualmente assai frammentario. Il fattore tempo può essere certamente preso in considerazione e può essere uno degli obiettivi per migliorare il funzionamento dell'autorità.

5. Il quadro scozzese

²³² Le quali, per altro, sono le uniche linee guida emesse da NICE vincolanti per i PCT. Cfr. K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, cit., p. 118. L'autore, comunque, non dimentica di evidenziare anche alcuni profili critici, quali il fatto che il consiglio dei cittadini si riunisca di rado e non riesca a giungere frequentemente a deliberazioni utili per le raccomandazioni.

²³³ Queste critiche sono raccolte in K. SYRETT, *Deconstructing deliberation in the appraisal of medical technologies: NICEly does it?*, cit., p. 892. L'autore evidenzia, inoltre, che pur mantenendo il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati, compresi i cittadini, è comunque possibile giungere in breve tempo a decisioni. Questo, ad esempio, accade già in Scozia, nelle raccomandazioni dello Scottish Medicines Consortium, su cui *infra*.

Le considerazioni operate in riferimento al contesto inglese possono essere adottate – *mutatis mutandis* – anche con riferimento all'esperienza scozzese che ci si propone qui di seguito di delineare. In linea di prima approssimazione, si può sostenere che le scelte relative all'accesso e alla garanzia delle prestazioni sanitarie, così come le differenziazioni territoriali che ne derivano, sono in gran parte il prodotto di decisioni di natura organizzativa e manageriale operate a livello locale, più che non la manifestazione di una volontà politica.

Al fine di poter comprendere a pieno quale sia stato o sia l'impatto della *devolution* sul modello di sanità all'interno del Regno Unito e sulle eventuali asimmetrie che esso ha comportato, è opportuno ricostruire, seppur brevemente e in modo sintetico, gli stadi attraverso i quali si è giunti alla *devolution* in Scozia e i caratteri principali della stessa. Questo permetterà anche di rilevare se si sia attuata una scissione tra il sistema sanitario inglese e quello scozzese; se la maggiore autonomia territoriale abbia aperto la strada a diverse modalità di risoluzione dei problemi connessi all'allocazione delle risorse in ambito sanitario; e se, infine, l'esperienza della *devolution* nel Regno Unito possa offrire una “lezione” per il nostro ordinamento, soprattutto per quanto attiene alla sfera della salute.

5.1 Il processo di devolution: cenni

Dopo le vicende storiche che avevano visto l'unione tra il Regno d'Inghilterra e quello di Scozia con l'*Act of Union* del 1707²³⁴, il Regno Unito è diventato uno Stato

²³⁴ Nel 1707, infatti, il Parlamento inglese e quello scozzese siglarono, ciascuno, un *Act of Union*, una sorta di accordo bilaterale, nel quale entrambe le assemblee dichiaravano la propria volontà di autosciogliersi per fondersi in un unico parlamento, l'attuale *Westminster*. È interessante ricordare che i due *Acts of Union* vengono annoverati oggi fra gli atti che contribuiscono a creare la Costituzione britannica *unwritten*: sul punto, per esempio, C. ASHTON, V. FINCH, *Constitutional Law in Scotland*, Edimburgo, 2000, pp. 26-47. Gli autori fanno rientrare fra gli atti scritti che contribuiscono a creare l'assetto costituzionale inglese, *inter alia*, anche lo *Human Rights Act 1998*, lo *Scotland Act 1998*, il *Northern Ireland Act 1998* e il *Government of Wales Act 1998*. Cfr. anche I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit. p. 739, nonché P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*,

decentrato dal 1998, con l'emanazione da parte del Parlamento di *Westminster* dello *Scotland Act*, del *Northern Ireland Act* e del *Government of Wales Act*²³⁵.

Tali atti legislativi hanno delineato un «assetto istituzionale diversificato»²³⁶, dal quale deriva una netta asimmetria tra le quattro entità territoriali individuate, che si sono viste attribuire – pur in modo differenziato – poteri normativi attraverso l'istituzione (o restaurazione) di assemblee rappresentative.

Fra tutte, probabilmente è la Scozia ad aver ricevuto la più ampia forma di autonomia. Lo *Scotland Act* ha infatti previsto l'istituzione di un'assemblea monocamerale, attraverso la formula con cui l'atto legislativo si apre, «There shall be

Torino, 2005, pp. 4 ss.; C. TURPIN, A. TOMKINS, *British government and the constitution : text and materials*, Cambridge, 2007, pp. 180 ss.

²³⁵ In questa sede si presterà maggiore attenzione alla *devolution* scozzese, per ragioni di sintesi, limitandosi a un mero rinvio bibliografico per quanto concerne la situazione dell'Irlanda del Nord e del Galles. Per una descrizione della *devolution* in termini generali e con riferimento all'intero Regno Unito cfr. G. POGGESCHI, *La Devolution in Scozia*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1998, p. 937; A. PAGE, C. REID, A. ROSS, *A guide to the Scotland Act 1998*, Edinburgh, 1999; A. VEDASCHI, *La devolution of powers in Scozia e in Galles*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, 1, p. 104; N. BURROWS, *Devolution*, Londra, 2000; R. HAZELL (a cura di), *The State and the Nations. The first year of devolution in the United Kingdom*, Thoverdon, 2000; P. LEYLAND, *L'esperimento della devolution nel Regno Unito: uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale?*, in *Le Regioni*, 2000, 2, p. 341; A. TORRE, «On devolution». *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2000, 2, p. 203; A. TRENCH (a cura di), *The State of the Nations 2001. The second year of devolution in the United Kingdom*, Thoverdon, 2002; A. TORRE, *La devolution dei poteri, nuovo punto di accesso all'Unione europea? Note per una ricerca sul caso britannico*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale Comune europeo*, Napoli, 2002, vol. I, tomo II, p. 729; A. ZORZI GIUSTINIANI, *La metamorfosi dello Stato unitario: «décentralisation» francese e «devolution» britannica a confronto*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 269; A. TORRE, *Evoluzione istituzionale dello stato e dell'Unione europea – Cronache: Regno Unito: il terzo voto della devolution in Scozia e Galles*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, 4, p. 1589; S. PAROLARI, *Il Regionalismo inglese: the dark side of devolution*, Cedam, Padova, 2008.

²³⁶ A. ZORZI GIUSTINIANI, *La metamorfosi dello Stato unitario*, cit., p. 312.

a Scottish Parliament»²³⁷, composta da 129 membri, che restano in carica per quattro anni e che sono eletti attraverso un sistema elettorale ibrido²³⁸.

Il Galles, attraverso il *Government of Wales Act 1998*, ha ottenuto l'istituzione dello *Welsh Assembly*, un'assemblea legislativa, anch'essa monocamerale, composta da sessanta membri. Essa, tuttavia, ha funzioni meno estese rispetto a quelle del Parlamento scozzese, a dimostrazione dell'asimmetria della devoluzione britannica. La sua attività è infatti subordinata all'intervento legislativo primario da parte di *Westminster*; ciò proietta i suoi effetti anche sul grado di autonomia dell'esecutivo gallese²³⁹.

Analogamente alla Scozia, il procedimento relativo alla *devolution* nell'Irlanda del Nord presenta radici profonde, che si innestano, fra l'altro, anche in elementi culturali, religiosi e linguistici dell'area geografica. Si tratta di una lunga storia, segnata pure – come noto – da momenti particolarmente critici a livello storico e politico²⁴⁰. Con le elezioni del giugno 1998 fu creato il *New Northern Ireland Assembly*, che realizzò quanto previsto dal cosiddetto *Good Friday Agreement* del 10 aprile 1998²⁴¹. Tale esito è il frutto di un processo durato decenni e fortemente condizionato dalle tensioni etiche, religiose e sociali che caratterizzano il Nord Irlanda.

²³⁷ Sez. 1 dello *Scotland Act*.

²³⁸ Per dettagli sul sistema elettorale del Parlamento scozzese, si veda A. TORRE, *Evoluzione istituzionale dello stato e dell'Unione europea – Cronache: Regno Unito: il terzo voto della devolution in Scozia e Galles*, cit., p. 1589.

²³⁹ Per un maggiore approfondimento, si veda A. TORRE, «On devolution». *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, cit., pp. 268 ss.

²⁴⁰ Un'approfondita analisi è svolta in N. BURROWS, *Devolution*, cit., pp. 10 ss.

²⁴¹ Il cosiddetto Accordo del Venerdì Santo, o anche *Belfast Agreement*, siglato dai rappresentanti dei governi del Regno Unito, della Repubblica d'Irlanda e dai rappresentanti dell'Irlanda del Nord il 10 aprile 1998 costituisce la base della *devolution* nord-irlandese. *The Agreement reached in multi-party negotiations* Cm 4292 (1998).

Per comprendere a fondo il valore della *devolution* scozzese, si rende necessario, a questo punto, aprire una breve parentesi sui passi che portarono alla riforma del 1998.

In Scozia, l'autonomia legislativa è stata raggiunta in modo più diretto rispetto all'Irlanda del Nord e ciò è probabilmente dovuto al funzionamento di una sorta di *devolution* amministrativa, che si è realizzata grazie all'espansione del ruolo del Ministro per la Scozia e alla creazione dello *Scottish Office*²⁴².

Il primo tentativo di devoluzione legislativa, nel 1978, fallì poiché fu bocciato da un referendum popolare. Il risultato negativo, però non arrestò la campagna politica a favore della restaurazione del Parlamento scozzese, tanto che si arrivò all'istituzione nel 1988 della *Scottish Constitutional Convention*, la cui relazione finale²⁴³ era a favore della creazione di un organo legislativo dotato di autonomia. Le richieste scozzesi non furono tuttavia ascoltate dal Governo conservatore britannico dell'epoca, in quanto la *devolution* non rientrava tra le priorità della coalizione di maggioranza. Il cambio di Governo del 1997, da conservatore a laburista, permise di riprendere in mano la “questione scozzese”, fino alla pubblicazione dello *Scotland's Parliament White Paper* nel 1997. Le proposte in esso contenute furono sottoposte all'approvazione popolare, attraverso il referendum del settembre 1997, che diede esito positivo. Di conseguenza, alla fine del 1997, dalle fucine di *Westminster* uscì lo *Scotland Bill*, che ricevette il *Royal Assent* nel novembre 1998. Le prime elezioni del Parlamento scozzese si tennero nel maggio 1999²⁴⁴.

Quello che appare essere un elemento particolarmente interessante riguarda proprio il concetto di *devolution*: non si tratta di una forma di federalismo, bensì di una sorta di decentramento fortemente asimmetrico, concesso dal Parlamento di *Westminster* alle entità territoriali.

²⁴² Cfr. N. BURROWS, *Devolution*, cit. p. 15.

²⁴³ *Scotland's Parliament: Scotland's Right*, 1995.

²⁴⁴ Per maggiori dettagli sulla ricostruzione della (ri)nascita del Parlamento scozzese, cfr. N. BURROWS, *Devolution*, cit., pp. 15 ss.

A prima vista, potrebbe forse sembrare che il destino della *devolution* sia totalmente dipendente dalla volontà politica centrale, che in ogni momento la potrebbe ritrattare, semplicemente in virtù di un'applicazione rigorosa del principio fondamentale dello stato costituzionale di diritto britannico, ovvero il principio della sovranità del Parlamento²⁴⁵. In base ad esso, infatti, i rapporti tra le fonti primarie sono basati sul criterio cronologico: non pare esserci un rapporto gerarchico tra le leggi del Parlamento, non vi sono atti legislativi dotati di forza maggiore rispetto ad altri. Dal momento, quindi, che i rapporti tra le fonti primarie si risolvono attraverso il criterio cronologico, la legge successiva potrà sempre prevalere su (e dunque abrogare) quella precedente. Non vi sono garanzie esplicite, a livello costituzionale, che riconoscano una particolare rigidità agli atti devolutivi: non esiste nessuna differenza nella procedura di adozione delle leggi, qualsiasi valenza o contenuto esse abbiano, non vi sono leggi di rango superiore e ciò che vale, come detto, è il criterio cronologico²⁴⁶. Tale principio è stato ribadito nello stesso *Scotland Act*, all'articolo 28 comma 7, in cui si precisa che il potere del Parlamento della Gran Bretagna non sarà limitato dalla *devolution*²⁴⁷.

A ben vedere, però, tale principio non è poi così rigido come appare.

La dottrina britannica, infatti, ha ricostruito un “catalogo” di fonti che concorrono alla creazione del tessuto costituzionale del Regno Unito: fra essi, gli atti di *Westminster* che, nel corso dei secoli, hanno contribuito a delineare l'assetto istituzionale o i rapporti tra i poteri dello Stato, nonché la garanzia dei diritti fondamentali, quali ad esempio i due *Acts of Union 1707*, lo *European Communities Act 1972*, lo *Human Rights Act 1998* e anche lo *Scotland Act 1998*, il *Northern*

²⁴⁵ Secondo Dicey, infatti, la sovranità giuridica del Parlamento è il principio «fondante l'assetto costituzionale britannico». Ne deriva il corollario per cui «le disposizioni di un atto normativo posteriore prevalgono su quelle di un atto anteriore, e che il Parlamento non può vincolare un suo successore». Così P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., pp. 17 ss., che si riferisce a A.V. DICEY, *The law of the constitution*, X ed., Londra, p. 70.

²⁴⁶ Cfr. A.V. DICEY, *The law of the constitution*, Londra, 1897, *passim*.

²⁴⁷ Art. 28, co.7, *Scotland Act 1998*: «This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland».

Ireland Act e il *Government of Wales Act 1998*²⁴⁸. Ne deriva il riconoscimento di un particolare rango di fonti «quasi costituzionali» per gli atti devolutivi, che restano comunque sottoposti alla volontà politica del Parlamento centrale²⁴⁹.

Per quanto, dunque, direttamente concerne la *devolution*, è opportuno tenere a mente che non vi è una particolare rigidità delle fonti, almeno esplicitamente garantita: il decentramento potrebbe comunque essere sempre ritrattato da *Westminster*²⁵⁰.

Ciò resta, ad ogni modo, soltanto una mera ipotesi, dal momento che a più di dieci anni dalla sua entrata in vigore, la *devolution* si è radicata tanto profondamente nell'assetto costituzionale britannico, da far escludere, allo *status quo*, la possibilità di un ritorno alla situazione *quo ante*²⁵¹. A ciò si aggiunge il fatto che, alla luce del sistema costituzionale britannico, una modifica degli atti devolutivi dovrebbe comunque passare attraverso un procedimento di consultazioni politiche e referendarie analogo a quello che condusse all'adozione degli atti.

²⁴⁸ Cfr. C. ASHTON, V. FINCH, *Constitutional Law in Scotland*, Edimburgo, 2000, pp. 26-47; sul punto v. anche I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit. p. 739; P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., pp. 4 ss.

²⁴⁹ Cfr. I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit. p. 743.

²⁵⁰ I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., p. 744.

²⁵¹ Un elemento fattuale che può contribuire a rafforzare tale ipotesi è costituito dal recente incontro tra la Regina e l'attuale *premier* britannico, relativamente al timore che la vittoria del partito nazionalista alle elezioni parlamentari di Edimburgo (5 maggio 2011) possa portare a un referendum per l'indipendenza della Scozia e ad una probabile vittoria dei sì (cfr. l'articolo *Scozia, tentazione referendum. La Regina: "Minerebbe l'unità"*, 29.05.2011 in www.lastampa.it; N. degli Innocenti, *I nazionalisti scozzesi conquistano la maggioranza assoluta. Cameron: la Gran Bretagna resti unita*, 06.05.2011 in www.ilsole24ore.com). Per una più approfondita riflessione sui più recenti sviluppi della *devolution* scozzese, sulla cd. tendenza secessionista e sull'eventualità della proposizione di un referendum per l'indipendenza della Scozia, si rinvia a M. GUIBERNAU, *Devolution and Independence in the United Kingdom: the case of Scotland*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 11, 2010, pp. 56 ss. A Philipp, *Alex Salmond defends referendum question*, 29.01.2012 in www.independent.co.uk; E. Franceschini, *Scozia, un piano per il referendum sognando l'indipendenza da Londra*, 25.01.2012, in www.repubblica.it.

5.2 Il riparto di competenze: materie trattenute e materie devolute

Il Parlamento scozzese ha competenza legislativa su tutte le materie devolute. Esse sono individuate, attraverso il criterio residuale, nelle sezioni 29 e 30 dello *Scotland Act*²⁵², in cui vengono enumerate le cosiddette *reserved matters*, che *Westminster* ha trattenuto per sé. Per tale ragione, l'elenco delle materie devolute è solamente ricavabile per differenza e viene quindi a costituire un catalogo indicativo e non certamente esaustivo²⁵³.

Fra le materie devolute, si annovera la sanità²⁵⁴, mentre fra le materie “trattenute” a livello centrale restano la gestione della spesa pubblica e le previsioni circa la tassazione. Quest'ultimo elemento, in particolare, è in grado di condizionare le politiche sanitarie, poiché *Holyrood*, per quanto libero di legiferare in materia sanitaria, resta pur sempre legato alle risorse finanziarie attribuite dal livello centrale alla Scozia. I finanziamenti pubblici, infatti, provengono quasi tutti da un

²⁵² Scotland Act 1998, art. 29: «Legislative competence. (1)An Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament. (2)A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply: (a)it would form part of the law of a country or territory other than Scotland, or confer or remove functions exercisable otherwise than in or as regards Scotland, (b)it relates to reserved matters, (c)it is in breach of the restrictions in Schedule 4, (d)it is incompatible with any of the Convention rights or with Community law, (e)it would remove the Lord Advocate from his position as head of the systems of criminal prosecution and investigation of deaths in Scotland. (3)For the purposes of this section, the question whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is to be determined, subject to subsection (4), by reference to the purpose of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances. (4)A provision which: (a)would otherwise not relate to reserved matters, but (b)makes modifications of Scots private law, or Scots criminal law, as it applies to reserved matters, is to be treated as relating to reserved matters unless the purpose of the provision is to make the law in question apply consistently to reserved matters and otherwise».

²⁵³ C. PILKINGTON, *Devolution in Britain today*, Manchester, 2002, p. 98; A. ZORZI GIUSTINIANI, *La metamorfosi*, cit., p. 313; A. TORRE, «On devolution», cit., pp. 273 ss.

²⁵⁴ Oltre a educazione, diritto, corti, prigionieri, nomine giudiziarie, sviluppo economico, agricoltura, governo locale, ambiente, edilizia, ecc. cfr. P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 190.

trasferimento diretto operato dal Ministro delle Finanze centrale e calcolato in base alla cd. *Barnett formula*, un sistema di determinazione dell'aumento o diminuzione degli stanziamenti di spesa che viene calcolato, a partire dalle assegnazioni per l'Inghilterra, in proporzione alla popolazione di ciascun territorio²⁵⁵. Il principio generale è dunque quello della gestione centralizzata della tassazione: tutte le tasse del Regno Unito vengono raccolte a Londra, dove vengono ripartite fra i vari territori. Bisogna però tener presente che alla Scozia (e solo a questo territorio) è stato attribuito il non poco rilevante *tax varying power*, in virtù del quale *Holyrood* può intervenire e modificare fino al 3 % il regime fiscale scozzese²⁵⁶. La fiscalità generale, comunque, non ha impedito al Parlamento di Edimburgo di adottare politiche differenziate rispetto al contesto inglese, anche nel settore sanitario²⁵⁷.

²⁵⁵ P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., pp. 197-199. La formula è un *non-statutory instrument*, elaborato nel corso degli Anni Settanta da Joel Barnett, *Chief Secretary* del Ministero del Tesoro. Si tratta di un modo di suddividere in modo proporzionale gli aumenti o le diminuzioni dei programmi di spesa pubblici, basandosi sulla popolazione in ogni area geografica del Regno Unito. Per un ulteriore approfondimento, che non può essere svolto in questa sede, si rinvia a *Research Paper 07/91*, 14 dicembre 2007, *The Barnett Formula*, disponibile all'indirizzo internet www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2007/rp07-091.pdf (29.01.2012); A. MIDWINTER, *The Politics of Needs Assessment: the Treasury Select Committee and the Barnett Formula*, in *Public Money and Management*, April-June 1999, p. 51; D. HEALD, *Territorial Public Expenditure in the United Kingdom*, in *Public Administration*, 1994, 72, p. 147; A. MIDWINTER, *Financing Devolution in Practice: the Barnett Formula and the Scottish Budget, 1999-2003*, in *Public Money and Management*, June 2004, p. 137; A. MIDWINTER, *The New Politics of Local Spending: Central-Local Financial Relations under Scottish Devolution*, in *Public Money and Management*, April-June 2002, p. 37. Per quanto più da vicino riguarda il rapporto tra tassazione e politiche devolute per la salute, cfr. K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS in the UK 1997-2002*, in J. ADAMS, P. ROBINSON (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, Londra, 2002, p. 28.

²⁵⁶ Naturalmente tale potere, insieme alle politiche sanitarie, costituisce sin dalla campagna elettorale per la prima legislatura, uno dei nodi chiave dei programmi politici dei candidati. Esso, tuttavia, non è stato sinora utilizzato da alcuna coalizione di governo. Cfr. P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 199.

Un profilo interessante con riguardo alla *devolution* britannica è il rapporto che si instaura tra le leggi scozzesi e quelle di *Westminster*, nell'ambito delle materie devolute: alle prime è riconosciuta natura di fonti primarie e godono perciò dello stesso rango delle seconde, applicandosi in caso di contrasto il criterio cronologico, salvo naturalmente il limite rafforzato indicato all'art. 29 dello *Scotland Act*²⁵⁸. Anche quest'ultimo è sottratto a qualsiasi intervento modificativo da parte dell'Assemblea rappresentativa scozzese; tale dato contribuisce a rafforzare il valore “costituzionale” dell'atto stesso, riservando al solo Parlamento centrale il potere di modificare l'assetto devolutivo.

Coniugando questo principio con l'osservazione della particolare valenza nel sistema delle fonti dell'*European Community Act 1972* e dello *Human Rights Act 1998*, (che può essere derivata dalla loro stessa forza passiva, come dichiarata nello *Scotland Act*), si può arrivare ad affermare che la cifra fondamentale dello stato costituzionale britannico, ovvero la supremazia del Parlamento, sembra «scricchiolare»²⁵⁹. Infatti,

²⁵⁷ Cfr. N. BURROWS, “New” basic rights under developed Government?, in TORRE A. (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati Unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Torino, 2007, pp. 241 ss, *passim*; I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., p. 741. Per esempio, uno dei primi obiettivi realizzati riguarda l'eliminazione del ticket sulle prescrizioni dei farmaci, su cui più diffusamente *infra*. È comunque importante ricordare, come accennato *supra*, che la *devolution* legislativa raggiunta nel 1997 ha completato un processo iniziato già qualche anno prima, attraverso l'opera dello *Scottish Office* (una sorta di ministero territoriale con il compito di applicare la legislazione emanata da *Westminster* alla Scozia e di farsi portatore delle esigenze di adattamento della legislazione alle peculiarità scozzesi). Quest'ultimo, istituito nel 1885, si è fatto più recettivo delle esigenze scozzesi, soprattutto verso la fine degli Anni Settanta, tanto da parlarsi di *devolution* amministrativa. Cfr anche I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese: unus rex unus grex una lex?*, in *Le Regioni*, 2004, 6, p. 1270.

²⁵⁸ Come si desume dallo *Scotland Act*, art. 29, secondo cui una legge del Parlamento scozzese deve rispettare i limiti della competenza e gli altri limiti indicati all'articolo stesso. Alcuni esempi sono i due *Acts of Union 1707* (par. 1), lo *European Communities Act 1972* (par. 1), lo *Human Rights Act 1998* (par. 1), e naturalmente tutto l'elenco delle materie riservate (par. 2). Cfr. anche I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., p. 748.

²⁵⁹ Sul punto cfr. I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., p. 746.

secondo quanto previsto dallo *European Act*, le Corti interne possono disapplicare una legge britannica che sia in contrasto con il diritto comunitario, indipendentemente dal criterio cronologico. Mentre, in virtù dello *Human Rights Act*, qualora un giudice rilevi una incompatibilità tra una legge interna e l'atto stesso o, comunque, con le previsioni della CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, potrà emettere una «declaration of incompatibility», che potrà indurre il Governo ad adottare misure urgenti per eliminare tale contrasto²⁶⁰. Per quanto poi riguarda più da vicino la *devolution*, lo *Scotland Act*, il *Northern Ireland Act* e il *Governement of Wales Act* potrebbero essere considerate delle fonti rinforzate rispetto alle leggi ordinarie, per gli elementi sopra indicati e per il fatto che dall'assetto devolutivo derivano limiti al Parlamento britannico, che resta però il «controllore ultimo» dell'autonomia territoriale, detenendo la competenza per modificare gli atti stessi²⁶¹.

Peraltro, è necessario evidenziare che è la *devolution* stessa a garantire e tutelare il ruolo del Parlamento centrale, dal momento che, per esempio, l'art. 28 comma 7 dello *Scotland Act* prevede che il quadro delle competenze in esso determinato non limiti il potere del Parlamento della Gran Bretagna di emanare leggi per la Scozia. Quindi, qualora una legge scozzese risulti “poco gradita” a Londra, pur rientrando fra le materie devolute, è possibile pensare ad un intervento di *Westminster*, che non configurerebbe necessariamente una “centralizzazione” della materia, poiché Londra ha il potere di emanare anche leggi che si applichino soltanto a una delle giurisdizioni nazionali (e ciò costituiva una prassi prima del 1998²⁶²). Viene in tal

²⁶⁰ Sul rapporto tra sovranità parlamentare, *European Community Act* e *Human Rights Act*, cfr. P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., pp. 22 ss.

²⁶¹ Si veda in particolare l'art. 29, comma 7 dello *Scotland Act*, nonché il ruolo e il significato della *Sewel convention*, che impone un previo accordo tra i due legislativi, in caso di intervento di *Westminster* in materie devolute. Per un maggiore approfondimento cfr. N. BURROWS, *Devolution*, cit., pp. 181 ss.; I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese: unus rex unus grex una lex?*, cit., pp. 1267 ss.

²⁶² L'esempio più efficace in tal senso è dato proprio dal *National Health Service Act 1977*, che trovava (e a maggior ragione trova tuttora) applicazione solamente in Inghilterra e Galles, e

modo salvaguardato il principio della sovranità del Parlamento, a dispetto della ripartizione in materie delle competenze legislative²⁶³.

Venendo poi all'assetto delle competenze, il modello prescelto per effettuare la distinzione tra le materie devolute e quelle invece restanti in capo al Parlamento centrale è il cosiddetto *retaining model*: vengono elencate le materie di competenza legislativa centrale, lasciando a una determinazione in via residuale l'oggetto della competenza devoluta.

L'impianto generale è perciò simile allo schema adottato in Italia con la riforma costituzionale del Titolo V nel 2001. Vi sono, tuttavia, alcune differenze strutturali degne di nota: la scelta italiana ha condensato nell'articolo 117 Cost. l'elenco delle materie di competenza legislativa statale, attraverso una lista – seppur articolata per un testo costituzionale – piuttosto sintetica, mentre lo *Scotland Act* utilizza una lista (allegata all'atto) assai elaborata e dettagliata²⁶⁴. Quest'ultimo fattore non deve, però, essere sopravvalutato né frainteso: esso è semplicemente addebitabile allo “stile” delle previsioni legislative nella tradizione di *common law*, in cui si cerca di non lasciare uno spazio troppo ampio all'interpretazione delle disposizioni, che vengono sovente redatte con la maggiore dovizia di particolari possibile.

dall'omologo *National Health Service (Scotland) Act 1978*. Risalendo proprio alla fondazione del sistema sanitario, possono essere rinvenuti il *National Health Service Act 1946* (che trovava applicazione solamente in Inghilterra e Galles) e il *National Health Service (Scotland) Act 1947*. I contenuti erano sostanzialmente identici, ma risulta importare evidenziare come sin da principio l'istituzione dei sistemi sanitari sia stata operata parzialmente.

²⁶³ A questo proposito, un'ipotesi di conflitto di competenze legislative è raffigurata in I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., p. 765, nel caso in cui accada che *Westminster* legiferi su una materia devoluta. Una successiva legge scozzese potrebbe “sanare” il mancato rispetto del principio di competenza, anche se poi il Parlamento di Londra potrebbe legiferare di nuovo, andando a creare un vero e proprio «ping pong» legislativo. Sul punto cfr. anche A. PAGE, C. REID, A. ROSS, *A guide to the Scotland Act 1998*, cit. p. 55; B. WINETROBE, *Scottish devolved legislation and the courts*, in *Public Law*, 2002, p. 31; S. BAER, *Umpiring the ping-pong game: the courts and legislative conflict between Edinburgh and Westminster*, in *The Juridical Review*, 2002, p. 49

²⁶⁴ Le disposizioni di riferimento sono gli artt. 28, 29 e 30 e le sezioni 4 e 5 per la competenza legislativa; gli artt. 52, 53, 54 e 63 per le competenze dell'esecutivo.

Un'ulteriore differenza tra l'assetto britannico e il quadro costituzionale italiano riguarda la non previsione, nel primo, di competenze concorrenti.

A suffragare l'opera del costituzionalista che intenda ricostruire il catalogo delle materie devolute alla Scozia è d'ausilio il *White Paper Scotland's Parliament 1997*²⁶⁵, dal quale si ricava che la salute (ad eccezione di alcuni particolari aspetti, su cui *infra*) rientra tra esse²⁶⁶. Questo documento, comunque, non è in grado di fornire certezze assolute, soprattutto nel caso in cui una determinata disciplina si collochi in una “zona grigia”, a cavallo tra competenze centrali e competenze scozzesi²⁶⁷.

Al fine di completare lo studio del riparto di competenze tra legislativo centrale e devoluto, è d'uopo considerare anche la cosiddetta *Sewel Convention*, secondo la quale il Parlamento di Londra non può legiferare su una materia devoluta, senza aver ottenuto il previo consenso da parte della Scozia²⁶⁸. Questa *constitutional convention*

²⁶⁵ Una sorta di documento preparatorio all'atto vero e proprio che funge da ausilio interpretativo anche alla dottrina britannica, poiché attraverso di esso è possibile ricostruire l'elenco delle competenze di *Holyrood*. È disponibile all'indirizzo internet: web.archive.org/web/20110606160835/http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/scpa-00.asp (29.01.2012).

²⁶⁶ *White paper: “Scotland's Parliament”* (presentato al Parlamento dal Ministro per la Scozia, luglio 1997), capo II, art. 2.4: «All matters that are not specifically reserved [...] will be devolved. Devolved matters over which the Scottish Parliament will have legislative power include: health generally including overall responsibility for the National Health Service in Scotland and public and mental health; also the education and training of health professionals and the terms and conditions of service of NHS staff and general practitioners; [...]»

²⁶⁷ Un esempio di quanto sia frequente e complesso da gestire il rischio di sovrapposizioni tra materie è illustrato in I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., p. 763 e riguarda il caso della protezione degli animali, una materia che spetterebbe al Parlamento scozzese, la cui competenza però è esclusa nel caso di protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, in quanto la relativa competenza legislativa è detenuta a livello centrale. Un altro caso interessante è quello relativo all'aborto, materia di competenza centrale: poiché fra le materie devolute vi sono sia la salute, sia il diritto privato scozzese, non è da escludersi che alcune scelte di Edimburgo potrebbero incidere sensibilmente sulla disciplina. Gli esempi, comunque, sono numerosi.

²⁶⁸ Si tratta di una *convention* in base alla quale, appunto, il Parlamento di *Westminster* si asterrà dal legiferare su una materia devoluta (attività non esplicitamente esclusa dallo *Scotland Act*), a meno di

sembra essere lo strumento che ha fatto salvo il Parlamento scozzese dai possibili rischi contenuti nell'art. 28, comma 7, dello *Scotland Act* e che ha permesso – almeno a prima vista – un efficace funzionamento della *devolution* scozzese²⁶⁹.

Oltre agli elementi sopra citati, non pare ravvisabile una clausola comparabile all'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione italiana né una categoria di materie trasversali, che permettano al Parlamento centrale di coprire con la propria legislazione anche materie devolute.

Le ipotesi di sovrapposizione, seppur possibile, sono dovute, come si è visto *supra*, a possibili intersezioni tra materie “trattenute” e materie decentrate. Inoltre, dal punto di vista della sanità, la scissione tra le due giurisdizioni sembra avere contorni ben definiti. Ciò è dovuto anche al fatto che, a causa della devoluzione amministrativa che aveva preceduto quella legislativa, la Scozia aveva già la possibilità di organizzare autonomamente il proprio sistema sanitario (pur nel limite delle risorse economiche ad essa attribuite da Londra) e, almeno in tale settore, la *devolution* legislativa sembra aver completato un percorso già iniziato. Vi sono sempre state, infatti, alcune differenze, soprattutto dal punto di vista organizzativo e amministrativo nelle politiche sanitarie nei vari territori del Regno Unito²⁷⁰. Inoltre, per quanto più da vicino riguarda la Scozia, l'esistenza di un sistema giuridico *sui generis* ha richiesto, in questa materia, così come in altre, una legislazione *ad hoc*, non aver ottenuto il previo consenso da parte di *Holyrood*. Sulla *Sewel Convention* cfr. diffusamente I. RUGGIU, *Devolution scozzese*, cit., pp. 766 ss.; I. RUGGIU, *Aspetti recenti della devolution nel Regno Unito: uno Stato territoriale «a metà» tra occasionalismo riformista, asimmetria e pax partitica*, in *Le Regioni*, 2005, 6, pp. 1164 ss.; B. WINETROBE, *Counter-Devolution? The Sewel Convention on devolved legislation at Westminster*, in *Scottish Law and Practice Quarterly*, 2001, p. 286; N. BURROWS, *This is Scotland's Parliament: let Scotland's Parliament legislate*, in *The Juridical Review*, 2002, p. 213; A. PAGE, A. BATEY, *Scotland's other Parliament: Westminster legislation about devolved matters in Scotland since devolution*, in *Public Law*, 2002, p. 501; B. WINETROBE, *A Partnership of the Parliaments? – Scottish Law Making Under the Sewel Convention at Westminster and Holyrood*, in R. HAZELL, R. RAWLINGS (a cura di), *Devolution, Law Making and the Constitution*, Exeter, 2005, p. 39; A. ZORZI GIUSTINIANI, *La metamorfosi*, cit., p. 314.

²⁶⁹ Cfr. I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese*, cit., p. 1273.

²⁷⁰ Per ulteriori dettagli cfr. C. HAM, *Health Policy in Britain*, IV ed., Houndmills, 1999.

anche prima del 1997; ne è esempio proprio la legge sul servizio sanitario, *National Health Service (Scotland) Act* del 1978.

Il quadro delineato, seppur in modo sintetico, mostra fattori interessanti, soprattutto dal punto di vista comparatistico: il disegno costituzionale italiano, infatti, ha attribuito poteri legislativi alle Regioni attraverso una modifica costituzionale garantita per mezzo della rigidità stessa della Carta costituzionale. Il sistema delle competenze, tuttavia, è messo alla prova dal numero significativo di ricorsi presentati alla Corte costituzionale, per violazione delle competenze.

All'interno del Regno Unito, un certo equilibrio nel riparto di competenze viene mantenuto attraverso un gioco di *constitutional conventions*, senza ricorrere necessariamente all'intervento delle corti. Questa soluzione, volta a prevenire l'insorgere di eventuali conflitti di competenze tra legislatore centrale e territoriale, deve essere necessariamente posta in relazione al contesto politico nel quale opera: si è parlato, in tal senso, di una sorta di *pax partitica*²⁷¹ tra i territori devoluti, che permetterebbe il funzionamento del sistema della *Sewel convention*. Nei primi anni di *devolution*, infatti, si è assistito ad una coabitazione politica²⁷² tra centro e territori devoluti (pur tenendo in considerazione una lieve tendenza al cambiamento nel corso della terza legislatura, confermata poi nelle recenti elezioni del maggio 2011). Tale fattore, peraltro, può essere polivalente, prestandosi ad una duplice lettura. Da un lato, la convergenza delle tendenze politiche tra centro e periferia può qualificarsi come un potenziale fattore di impoverimento delle possibilità offerte dalla *devolution*²⁷³, poiché potrebbe determinare una sorta di appiattimento delle scelte politiche dei territori devoluti su quelle centrali. Dall'altro lato, invece, tale elemento potrebbe essere interpretato come un incentivo al dialogo istituzionale costruttivo²⁷⁴,

²⁷¹ I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese: unus rex unus grex una lex?*, cit., p. 1267

²⁷² Cfr. N. BURROWS, "New" *Basic Rights under Devolved Government?*, in A. TORRE (a cura di), *Processi di Devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari. Dal Regno Unito all'Europa*, Torino, 2007, p. 256.

²⁷³ Cfr. I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese*, cit., p. 1274.

²⁷⁴ Sul punto cfr. anche N. BURROWS, "New" *basic rights*, cit., p. 256 e S. BAILEY, M. ELLIOTT, *Taking local government seriously: democracy, autonomy and the constitution*, in *Cambridge Law Journal*,

permettendo di puntare ad una collaborazione interterritoriale in cui si valorizzino le differenziazioni e le peculiarità del livello decentrato, pur nel perseguimento di finalità comuni a quelle centrali²⁷⁵.

Come si vedrà di seguito, tuttavia, le considerazioni appena espresse si prestano solo in parte ad un'applicazione nel campo della tutela della salute. Un dato certo, infatti, parrebbe esserci: la Scozia ha fatto propria la *devolution* nel campo sanitario²⁷⁶. La salute era uno fra i temi avvertiti come più rilevanti durante la prima fase del processo devolutivo; per tal ragione, al fine anche di mantenere la promessa politica fatta ai cittadini, sin da subito la Scozia ha proceduto in una direzione per certi versi differente rispetto alle scelte inglesi²⁷⁷.

5.3 Materie “ritenute” e tutela della salute

Come già accennato, fra le materie “ritenute”, ve ne sono alcune connesse con la materia sanitaria. Fra esse, l'esempio sicuramente più efficace è l'interruzione volontaria di gravidanza: l'*Abortion Act 1967*, che regola l'aborto in tutto il Regno Unito, trova applicazione anche in Scozia. Inoltre, il Parlamento scozzese non può adottare alcun atto normativo che vada a modificare la disciplina (eguale su tutto il territorio nazionale), anche se può intervenire con lo strumento legislativo, al fine di

2009, p. 443.

²⁷⁵ Il cambiamento determinato, tuttavia, dalle ultime elezioni scozzesi pare condurre ad una terza lettura, dati i *rumors* politici riguardanti un probabile referendum per l'indipendenza della Scozia voluto dal partito nazionalista scozzese che ha ottenuto la maggioranza.

²⁷⁶ Alcuni esempi sono il *Community care and health (Scotland) Act 2002* e il *Mental Health Act 1999*.

²⁷⁷ Esempio della realizzazione di tale volontà politica e dell'adozione di una delle più caratterizzanti *flag policies* è l'eliminazione dei ticket sulle prescrizioni dei farmaci. La fonte legislativa che ha escluso i ticket sui medicinali è il *Community Care and Health (Scotland) Act 2002*, adottato sulla base di una raccomandazione di una *Royal Commission* del 1999, secondo la quale, appunto, i trattamenti sanitari personali avrebbero dovuto essere gratuiti. Sul punto cfr. N. BURROWS, “New” *Basic Rights*, cit. p. 252.

favorire l'effettiva applicazione delle disposizioni sul territorio. Questo può avvenire, per esempio, modificando alcune delle previsioni legislative di diritto privato scozzese, quali il momento di acquisizione di personalità giuridica. Tale intervento, tuttavia, può avere il solo fine di coordinare il quadro legislativo scozzese in relazione a quanto previsto a livello nazionale, nelle discipline delle materie riservate. Nel caso in cui una norma territoriale vada a incidere negativamente sulle previsioni in tema di aborto, le note esplicative prevedono il potere di intervento del Ministro della Salute²⁷⁸.

Altre categorie di materie riservate che hanno rilevanza in ambito di salute sono gli xenotrapianti (sez. J2)²⁷⁹, *embryology, surrogacy and genetics* (sez. J3), il controllo dei medicinali (sia per gli esseri umani, sia per gli animali), il loro prezzo, nonché quanto relativo ai veleni (sez. J4). Oltre ad esse si annoverano l'abuso di droghe, la regolamentazione delle professioni sanitarie, la ricerca scientifica sugli animali e la chirurgia veterinaria²⁸⁰.

6. *Devolution e politiche per la tutela della salute*

Sotto il profilo politico, il rapporto tra la *devolution* e le decisioni in materia sanitaria può essere così riassunto: «The prominence of health and NHS policy amongst the responsibilities of the devolved administrations means that making a success of them could be an important determinant of public views on the overall achievements of devolution; and making a success of health policy is commonly understood to require distinctive policies suited to the circumstances of each country, reflected for instance in slogans like “Made in Wales” and “Scottish solutions for Scottish problems”»²⁸¹.

²⁷⁸ Su questo si veda *Scotland Act 1998 c. 46, Explanatory Note*, section J1.

²⁷⁹ Su cui al momento della *devolution* non esisteva disciplina nazionale. Il Parlamento scozzese ha però competenza sul trapianto di organi umani.

²⁸⁰ Cfr. *Scotland Act 1998 c. 46, Explanatory Note*.

²⁸¹ K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS*, cit., p. 28.

Il successo della *devolution* è dunque visto dalla dottrina giuridica d'oltre Manica come un'efficace risposta alla richiesta di differenziazione nei servizi sanitari, per poter fornire risposte adeguate alle istanze locali.

Soprattutto nelle prime fasi di operatività della decentralizzazione legislativa, la possibilità di diversificare scelte, politiche e servizi in materia sanitaria era visto come un dato positivo e come una buona opportunità fornita al legislatore, così come all'esecutivo devoluto, di allocare in modo più efficiente le risorse finanziarie nel campo della salute, in modo da migliorare le offerte per i cittadini in questo settore. Il timore di probabili tensioni tra il livello centrale e quello territoriale, soprattutto relative alle risorse economiche, non pare essere stato un elemento di preoccupazione, nemmeno da parte della dottrina: infatti, il preciso sistema di ripartizione delle competenze, nel quale inevitabilmente può essere individuata qualche zona grigia, pare escludere possibili conflitti²⁸². In effetti, così è stato: nel primo decennio della *devolution*, alla conclusione della terza legislatura, il conflitto di competenze non è mai stato all'ordine del giorno né si è verificata la paventata ipotesi di «ping-pong» legislativo.

Il terreno scivoloso rimane quello della distribuzione del bilancio in relazione alle prestazioni sanitarie. Storicamente, ciascun paese nel Regno Unito, una volta ricevuti gli stanziamenti dal Governo centrale²⁸³, ha da sempre usato la propria “formula” per allocare le risorse nel campo della salute, basandosi sui principi stabiliti dal *Resource Allocation Working Party*; dopo la *devolution*, tale sistema è stato rifinito e aggiornato, al fine di creare un sistema per distribuire le risorse in modo proporzionale alle necessità. Vi sono state, comunque, alcune critiche, dovute alla non totale capacità di queste formule di rispondere appieno alle esigenze della popolazione e, soprattutto con riguardo alla Scozia, alla dispersione territoriale²⁸⁴.

²⁸² «[T]he UK has less of these difficulties than some other countries for the approach to devolution reserved few issues to Westminster and this reduced the potential for inter-governmental disputes», K.J. Woods, *Health Policy and the NHS*, cit., p. 28.

²⁸³ Distribuiti, come visto *supra*, sulla base della *Barnett formula*.

²⁸⁴ K.J. Woods, *Health Policy and the NHS*, cit., p. 34.

All'indomani della *devolution*, dunque, uno dei punti chiave del programma politico dei neoeletti laburisti fu proprio quello di riadattare le formule adottate in ciascuno dei territori devoluti, in modo tale da renderle indipendenti le une dalle altre e da poter così rispondere meglio ai bisogni di ciascuna popolazione.

Un ulteriore elemento che può essere considerato in termini positivi, a livello politico, è la rapidissima approvazione del *Mental Health (Public Safety and Appeals) (Scotland) Act 1999*. Tale documento legislativo, supportato sia dalla maggioranza sia dall'opposizione, è stato licenziato dal Parlamento in brevissimo tempo ed ha ottenuto il *Royal Assent* in solo una settimana. Siffatto raggiungimento, a così breve distanza dall'entrata in vigore della *devolution*, venne percepito come molto significativo, in quanto la legge andava a colmare una lacuna divenuta ormai insostenibile in Scozia e dimostrava che la *devolution* era lo strumento migliore per risolvere in tempi brevi i *problemi scozzesi con soluzioni scozzesi*²⁸⁵.

Un buon terreno di verifica per la riuscita della *devolution* in Scozia e per la garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie per i cittadini è quello dell'assistenza agli anziani. Nel Regno Unito, ma non solo, le cure e le terapie per la terza età costituiscono uno dei punti fondamentali a livello politico, amministrativo ed economico.

A causa della conformazione geografica, soprattutto nei territori del nord, dove i collegamenti non sono facili e frequenti, e a causa della bassa densità di popolazione rispetto alla vastità territoriale, la garanzia di assistenza alla popolazione della terza età non si dimostra sempre facile, dal momento che molte zone del paese (fatta eccezione per le aree contigue alle due maggiori città, Edimburgo e Glasgow) si caratterizzano tutt'oggi per i piccoli insediamenti rurali, collegati tra loro e con le grandi città da strade di scarsa importanza²⁸⁶. Il territorio delle Highlands, in

²⁸⁵ Maggiori dettagli sull'approvazione della legge sono disponibili in K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS*, cit., p. 37; cfr. anche I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese*, cit., p. 1277.

²⁸⁶ Dal punto di vista demografico, la Scozia conta più di 5.200.000 abitanti, con una densità media di 67 abitanti per chilometro quadrato. Mentre la maggior parte della popolazione risiede nella "cintura" industriale e metropolitana tra Glasgow ed Edimburgo (ove risiedono più di un milione di abitanti), nelle zone rurali e insulari del nord si registra una densità di popolazione di circa 19 ab./km². Dat

particolar modo, presenta difficoltà del tutto peculiari, essendo costituito in prevalenza da villaggi di modeste dimensioni, in prossimità delle coste frastagliate o sulle numerosissime isole. A tal proposito, può essere interessante il riferimento ad una relazione del marzo 2010, stilata da un gruppo di coordinamento tra diversi NHS Boards scozzesi, sulla difficoltà etica di decisioni allocative in Scozia²⁸⁷, in cui si fa esplicitamente riferimento al caso delle Highlands, come esempio in cui si è scelto di stabilire a priori una serie di principi etici ben definiti, seppur non ordinati gerarchicamente, che possano orientare l'amministrazione sanitaria al momento della decisione. Tali principi sono l'impegno di tutti i soggetti coinvolti o interessati, la flessibilità dell'organizzazione, l'instaurazione di un buon sistema di relazioni tra l'amministrazione e gli utenti, la trasparenza dell'attività amministrativa, il rispetto del principio di non discriminazione e di uguaglianza sostanziale, l'impegno a realizzare il più alto livello qualitativo possibile, in relazione alle disponibilità finanziarie e un approccio realistico rispetto ai limiti effettivi contro i quali si scontra inevitabilmente l'attività dell'amministrazione.

Il tema dell'assistenza agli anziani costituisce dunque uno dei terreni di maggior attenzione politica nel Regno Unito. Il primo segno della volontà di intervenire fu dato nel 2000 dal Governo centrale, e più precisamente da un accordo tra il Ministero della Salute britannico e il settore privato, al fine di garantire cure gratuite agli anziani. Il motto di tale accordo recitava così: «There should be no organisational or ideological barriers to the delivery of high quality healthcare free at the point of delivery to those who need it, when they need it»²⁸⁸. Tale accordo, per le ragioni sopra esposte, si applicava soltanto all'Inghilterra, la quale fu così in grado di

relativi al 2010. Fonte General Register Office for Scotland, www.gro-scotland.gov.uk (30.01.2012).

²⁸⁷ *Making Difficult Decisions in NHS Boards in Scotland. Report of a short life working group*, www.healthcareimprovementscotland.org (30.01.2012).

²⁸⁸ *Department of Health, For the Benefit of Patients: A Concordat with the Private and Voluntary Healthcare Provider Sector*, Londra, Ministero della Salute; *Scottish Executive, Our National Health: A Plan for action, A Plan for Change*, Edimburgo, 2000; *Scottish Executive Department of Health, Fair Care for Older People – care Development Group Report*, 14 settembre 2001, Scottish Executive, Edimburgo; cfr. K.J. Woods., *Health Policy and the NHS*, cit., p. 46

fronteggiare la crescente domanda di assistenza cui il settore pubblico della sanità non era più in grado di rispondere in tempi e con mezzi ragionevoli. In Scozia, nonostante un'iniziale scetticismo riguardo alla politica inglese, condizionato dalla limitatezza del settore privato scozzese rispetto a quello inglese, si decise di adottare nel territorio una soluzione simile²⁸⁹.

Significativo a tal proposito è anche il caso delle cure sanitarie per i lungo-degenti: si tratta di una politica adottata in Scozia, ulteriore rispetto alle previsioni “standard” del NHS, che ha sollevato un aspro dibattito al momento della sua adozione. Essa si distanzia in modo considerevole dalle omologhe politiche inglesi e comporta, naturalmente, un maggior impiego di risorse pubbliche. Il dibattito politico si è concluso con l'adozione del *Community Care and Health (Scotland) Act 2002*, che si pone come uno degli esempi più significativi di differenziazione dopo la *devolution*²⁹⁰.

*6.1 Tutela della salute e raccomandazioni sui farmaci di nuova brevettazione: il funzionamento dello Scottish Medicines Consortium*²⁹¹

Per quanto concerne il contesto scozzese, un organismo che svolge un'attività paragonabile a NICE è lo Scottish Medicines Consortium (SMC), sede di incontro di tutti i soggetti aventi un interesse nell'area farmaceutica²⁹². Il suo ruolo è quello di compiere una valutazione di *cost-effectiveness* su tutti i medicinali di nuova

²⁸⁹ Cfr. K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS*, cit., p. 46.

²⁹⁰ Sul tema si veda C. CASONATO, C. PICIOCCHI, *Devolution, diritti e identità: la tutela della salute fra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in TORRE A. (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati Uniti*, Torino, 2007, pp. 259 ss.; G. MOONEY, L. POOLE, “A land of milk and honey”? *Social policy in Scotland after devolution*, in *Critical Social Policy*, 2004, 24(4), p. 458; G. MARNOCH, *Scottish devolution: Identity and Impact and the Case of Community Care for the Elderly*, in *Public Administration*, 2003, 81, 2, p. 254; N. BURROWS, “New” *Basic Rights*”, cit., p. 252.

²⁹¹ Parte dei contenuti del seguente paragrafo costituiscono il risultato di un'intervista effettuata a Glasgow nell'aprile del 2011 con il Prof. Ken Paterson, Presidente di SMC (Scottish Medicines Consortium).

brevettazione, al fine di poterli raccomandare per l'utilizzo e soprattutto per il finanziamento pubblico all'interno del NHS scozzese. Il risultato di tale compito consta nel fornire, alle autorità sanitarie locali scozzesi (NHS Boards) e ai loro comitati interni responsabili per i farmaci, tutte le informazioni rilevanti su un nuovo medicinale, in comparazione anche con prodotti già esistenti. SMC si propone altresì di svolgere il suo incarico entro un termine quanto più breve possibile, in modo tale da permettere un aggiornamento in tempo reale dei prontuari; in particolare, il tempo massimo entro il quale il consorzio emette la propria raccomandazione su un nuovo prodotto è di diciotto settimane dall'inizio del procedimento.

La consultazione si svolge intorno ad un tavolo, al quale siedono i medici, i rappresentanti dei quattordici distretti sanitari scozzesi (NHS Boards), i rappresentanti delle industrie farmaceutiche e i rappresentanti delle associazioni dei pazienti.

Al termine del procedimento di consultazione, durante il quale tutti i soggetti coinvolti hanno diritto di parola, SMC esprimerà la propria valutazione tramite raccomandazioni²⁹³, tutte rese note al pubblico senza ritardo, in modo da facilitare la pubblicità e la trasparenza delle decisioni. Tali raccomandazioni possono essere di tre distinti tipi: una prima ipotesi è che il medicinale venga completamente accettato per l'utilizzo all'interno del sistema sanitario; un secondo caso riguarda la raccomandazione “ristretta” del farmaco²⁹⁴; vi sono infine i casi in cui il nuovo medicinale non viene raccomandato. Ciò può dipendere dall'esito negativo della valutazione del rapporto costi-benefici dello stesso oppure perché si ritiene che esso sia equivalente ad altro medicinale già presente sul mercato e meno costoso²⁹⁵.

²⁹² Il sito internet dello Scottish Medicines Consortium, sul quale viene riportata per intero l'attività dell'ente è: www.scottishmedicines.org.uk (30.01.2012). Vale la pena sottolineare l'indipendenza (a differenza di NICE che è un organismo interno al Minister for Health) di SMC dal Governo scozzese.

²⁹³ E non linee guida, diversamente da quando accade per NICE.

²⁹⁴ In questo caso, nel testo della raccomandazione verranno indicate le condizioni o le categorie di pazienti per i quali il farmaco dovrebbe essere reso accessibile e le ipotesi di esclusione.

²⁹⁵ Le raccomandazioni di questo tipo ammontano a circa un terzo del totale.

In quest'ultima ipotesi, esiste la possibilità di ottenere, da parte dell'autorità sanitaria locale di riferimento, l'autorizzazione alla prescrizione, in via eccezionale, attraverso la formulazione da parte del medico curante di un *Individual Patient's Treatment Request*, a beneficio di un singolo paziente. In caso di diniego da parte dell'amministrazione, l'individuo avrà a disposizione il rimedio giurisdizionale del *judicial review*²⁹⁶. Il medesimo strumento potrà essere utilizzato anche dai pazienti esclusi dall'accesso al farmaco; in questo caso, tuttavia, il controllo da parte dei giudici sarà limitato alla verifica del rispetto delle regole procedurali da parte dell'autorità sanitaria.

Il fatto che la decisione circa l'adozione di un nuovo medicinale sia presa a livello locale comporta il rischio di un certo livello di disuguaglianza nella distribuzione delle risorse economiche in ambito sanitario, oltre che nell'effettività della garanzia del diritto alle prestazioni. Questa è la ragione per la quale è stato istituito NICE nel 1999 e, a distanza di poco tempo, lo Scottish Medicines Consortium, nel 2002. Per le ragioni sopraesposte, le raccomandazioni di SMC non hanno natura vincolante; in linea di massima, però, esse sono tendenzialmente adottate e seguite dalle autorità sanitarie locali. Ciò dipende da un duplice fattore: da un lato, queste ultime sono parte del procedimento per l'adozione della raccomandazione e dall'altro, nel caso in cui desiderassero distanziarsi da una raccomandazione, dovrebbero fornire le motivazioni della loro scelta al Governo scozzese. Quest'ultima eventualità, comunque, non si è mai verificata e va invece registrato un alto livello di adeguamento da parte delle amministrazioni sanitarie locali alle raccomandazioni, a indicare l'efficace funzionamento di procedimenti ispirati al coinvolgimento e alla partecipazione di tutti i soggetti interessati²⁹⁷.

²⁹⁶ Il controllo da parte dei giudici, però sarà limitato alla verifica del rispetto dei parametri procedurali e di ragionevolezza, come visto in generale in riferimento alla giurisprudenza inglese in tema di accesso alle prestazioni sanitarie.

²⁹⁷ È da registrare anche la positività del cd. *public involvement*, grazie al quale ad oggi si sono evitati ricorsi giurisdizionali avverso l'attività svolta da SMC. Tale fattore è di assoluta rilevanza, poiché, di per se stesso considerato, costituisce una fonte assai significativa di risparmio di risorse economiche. Il consorzio ha in animo di puntare sull'incremento della partecipazione dei cittadini, dal momento che

I principi etici e le valutazioni di carattere più strettamente economico che guidano l'adozione delle raccomandazioni, nello specifico, sono analoghi a quelli adottati da NICE.

L'attività svolta da SMC ha permesso, nell'arco del suo primo decennio di vita, di riuscire a eliminare la cd. *postcode lottery*, seppur limitatamente al settore farmaceutico. I medicinali che possono essere ottenuti dai cittadini all'interno del NHS scozzese sono i medesimi. Questo è un fattore sicuramente positivo dal punto di vista dell'effettività della garanzia del *right to healthcare* e del funzionamento del sistema sanitario, nonostante, comunque, permangano, soprattutto a livello assistenziale, ancora svariati nodi da sciogliere e delle significative differenze intersoggettive nel livello di protezione e garanzia.

Per quanto invece concerne le diseguglianze territoriali all'interno del Regno Unito, tra inglesi e scozzesi, risulta determinante il fatto che tali tipi di raccomandazioni o linee guida siano prese da due organismi tra loro indipendenti. In particolar modo, la pratica ha dimostrato che possa accadere che NICE e SMC giungano a conclusioni differenti, se non opposte, circa la prescrittibilità di un nuovo farmaco da parte del servizio sanitario: come conseguenza, un farmaco sarà reso disponibile ai pazienti scozzesi (nel caso in cui SMC l'abbia ritenuto raccomandabile), mentre invece non lo sarà per i pazienti inglesi²⁹⁸.

Un caso paradigmatico riguarda un ricorso per *judicial review* presentato in Inghilterra dall'associazione dei malati di morbo d'Alzheimer contro l'esclusione di un particolare farmaco dal regime di rimborsabilità pubblico²⁹⁹; il medesimo medicinale è invece fornito dal sistema sanitario in Scozia.

attualmente gli interventi afferiscono a circa il 50 % del totale delle decisioni emesse.

²⁹⁸ Sul punto cfr. anche N. BURROWS, "New" Basic Rights under Devolved Government?, in A. TORRE (a cura di), *Processi di Devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari. Dal Regno Unito all'Europa*, Torino, 2007, p. 250.

²⁹⁹ Si tratta del cd. caso *Eisai: Eisai Ltd, R (on the application of) v National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE)* [2008] EWCA Civ 438, su cui cfr. *supra.*, nel paragrafo *Verso una tutela dell'eguaglianza attraverso il procedimento?*.

È doveroso, tuttavia, notare che risultati simili sono possibili a causa della devoluzione delle competenze legislative e organizzative in materia di sanità alla Scozia. Le risultanti di un processo devolutivo ormai giunto ad uno stadio piuttosto avanzato di differenziazione, però, non devono essere attribuiti *in toto* alla *devolution*, in quanto sono in gran parte dovuti alla struttura organizzativa del sistema sanitario britannico, che sottrae di fatto alla discrezionalità del legislatore la decisione sulla garanzia di accesso per i cittadini a prestazioni o trattamenti sanitarie, rinviandone l'onere all'amministratore dell'unità sanitaria territoriale.

Come si è visto in riferimento al contesto inglese, infatti, la *postcode lottery* è possibile e di fatto esiste anche in micro-aree geografiche tra loro contigue, dal momento che sono i Trusts (in Inghilterra) o i Boards (in Scozia) i responsabili diretti dell'allocazione delle risorse in campo medico³⁰⁰, e che sono essi a poter decidere quali prestazioni debbano essere garantite dal NHS all'interno del territorio di loro competenza, contemperando le necessità della loro popolazione con le inevitabili – e spesso drastiche – scelte legate all'intrinseca scarsità di risorse economiche.

Infine, la soluzione che a livello centrale e soprattutto politico ci si propone di adottare per far fronte al problema di una sin troppo accentuata differenziazione nei livelli di tutela e di effettività di diritti fondamentali come quelli correlati alla salute, pare seguire la strada della *policy*, piuttosto di quella sicuramente molto più intricata, tortuosa e costosa, degli strumenti giurisdizionali: «The response to date has been to try to improve services by policy rather than legal means»³⁰¹.

³⁰⁰ Dello stesso avviso anche N. BURROWS, “New” *Basic Rights*, cit., p. 250.

³⁰¹ N. BURROWS, “New” *Basic Rights*, cit., p. 251.

SEZIONE TERZA
IL QUADRO SPAGNOLO

1. Il quadro spagnolo: il riparto delle competenze tra Stato e Comunità Autonome

L'individuazione di un equivalente funzionale della clausola di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione italiana è un'operazione più agevole nel contesto costituzionale spagnolo, rispetto a quello britannico. Il Titolo VIII della Costituzione del 1978 (CE) è infatti dedicato all'organizzazione territoriale dello Stato e contiene le previsioni relative al riparto di competenze tra Stato centrale e Comunità Autonome (CCAA).

Con riguardo al tema oggetto della trattazione, sono rilevanti, in modo particolare, alcune previsioni di questa sezione della Carta fondamentale spagnola che rimandano al nostro Titolo V e che possono essere d'ausilio ai fini della proposizione di un modello di “sistema sanitario” (inteso come complesso del riparto di tutte le competenze tra Stato e livelli decentrati), che si qualifichi per un alto grado di rispetto dell'autonomia dei livelli diversi da quello centrale, da un lato, e per il mantenimento di un certo grado di “eguaglianza sostenibile” nell'accesso e nella garanzia delle prestazioni sanitarie per tutti i soggetti all'interno dell'ordinamento, dall'altro lato.

Sono in tal senso particolarmente rilevanti alcune disposizioni della Carta costituzionale. *In primis*, l'art. 139 CE contiene una clausola di eguaglianza nel godimento dei diritti e nel rispetto delle obbligazioni imposte dall'ordinamento per tutti i cittadini sull'intero territorio nazionale; ad esso si aggiunge la previsione di cui al secondo comma, in base alla quale è fatto divieto alle pubbliche autorità di

imporre limiti alla libera circolazione sul territorio spagnolo³⁰². Giova peraltro evidenziare il fatto che questa disposizione costituzionale è stata interpretata in senso “restrittivo”, poiché con essa non si esige una totale uniformità di posizioni giuridiche per i cittadini, ma piuttosto che le norme attraverso le quali si prevedono differenziazioni tra residenti e non residenti in un dato territorio siano comunque ispirate al principio di ragionevolezza³⁰³.

In secondo luogo, in combinato disposto con questo articolo, vanno lette le previsioni di cui all'art. 149 della Costituzione, che rappresentano il vero e proprio equivalente funzionale del nostro art. 117: si tratta, infatti, della disposizione costituzionale espressamente dedicata alla competenza esclusiva dello Stato.

L'indicatore di competenze nel settore della salute è rappresentato dal combinato disposto dell'art. 149.1.1, «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», e dal 149.1.16, «Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos», sulla cui interpretazione, applicazione ed effettività si concentrerà l'analisi.

Il punto 1 dell'art. 149, comma 1, della Costituzione spagnola è stato a lungo interpretato in senso restrittivo, poiché si riteneva che esso non indicasse una vera e propria competenza statale, ma che fosse piuttosto un «criterio interpretativo», con il valore di rafforzare le altre clausole competenziali statali. Fino alla fine degli anni Novanta, non è possibile ravvisare una vera e propria dottrina del Tribunale costituzionale sull'art. 149.1.1; esso veniva sovente utilizzato, in una molteplicità di contesti tra loro differenti, per individuare il fondamento dell'intervento legislativo

³⁰² Art. 139 CE: «1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. 2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español».

³⁰³ In questi termini T. FONT, *L'effettività del principio d'eguaglianza nel sistema spagnolo*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN, *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, p. 95.

statale e per restringere il corrispondente spazio d'azione delle CCAA, senza però giungere ad un orientamento sistematico sulla disposizione³⁰⁴.

Recentemente, con una sorta di *revirement* della giurisprudenza costituzionale³⁰⁵, è stato effettivamente riconosciuto il valore della disposizione di cui all'art. 149.1.1 della Costituzione spagnola, come una vera e propria competenza del legislatore statale, che permette un intervento uniforme anche nei settori che non sarebbero di sua diretta spettanza³⁰⁶. La sentenza n. 61/1997 riveste ancora oggi un valore fondamentale nell'interpretazione costituzionale, dal momento che segna il punto di partenza per l'elaborazione di una dottrina del Tribunale costituzionale applicabile in termini generali a tutti i casi in cui vi sia un frizione tra le competenze autonome e quelle statali con riferimento alle condizioni «di base» di uguaglianza per i cittadini³⁰⁷.

Anche prima dell'intervento del Tribunal constitucional (TC), però, il valore intrinseco della clausola costituzionale di cui ora si tratta non era sminuito per il fatto di essere inteso in termini di criterio interpretativo delle “altre” competenze statali:

³⁰⁴ L'art. 149.1.1 veniva in effetti sempre utilizzato come una sorta di rafforzativo degli artt. 14 e 139.1 CE. Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Artículo 149.1.1*, in M.E. CASAS BAAMONDE, M. RODRIGUEZ - PIÑERO Y BRAVO – FERRER (a cura di), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2008, p. 2266; J. PEMÁN GAVIN, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Zaragoza, 1992, pp. 231 ss.

³⁰⁵ Tribunal constitucional, sent. n. 61/1997, in tema di legislazione statale sull'urbanistica. La sentenza ha, dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale, un valore sostanzialmente analogo alla sentenza n. 282/2002 della Corte costituzionale italiana. In essa, infatti, i giudici delle leggi hanno svolto un particolare sforzo interpretativo al fine di individuare in termini generali l'ambito di applicabilità di questa clausola costituzionale. Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Artículo 149.1.1*, cit., pp. 2267 ss.

³⁰⁶ In questi termini T. FONT, *L'effettività del principio d'eguaglianza nel sistema spagnolo*, cit., p. 96. L'autore segnala che il Tribunale costituzionale ha comunque ricordato che lo Stato non può, attraverso l'art. 149.1.1 CE, intervenire in modo tale da impedire che le singole Comunità Autonome adottino discipline differenziate. Si avrà modo di verificare in questa sede se tale principio abbia valore anche nel settore della sanità e in quale misura.

³⁰⁷ Il raggiungimento dell'eguaglianza, come finalità dell'ordinamento, costituisce così il fondamento di una competenza statale esclusiva. Cfr. M.I. GONZÁLEZ PASCUAL, *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, Bilbao, 2007, pp. 83 ss.

autorevole dottrina già segnalava che attraverso tale disposizione, la Costituzione spagnola “metteva al sicuro” il rispetto dell'eguaglianza tra i cittadini, proteggendola «al di sopra» del riparto di competenze tra Stato e Comunità Autonome³⁰⁸.

Il significato attualmente attribuito all'art. 149.1.1 CE può essere indicato come una sorta di «regola di chiusura» del sistema di distribuzione delle competenze. In altri termini, lo Stato può sempre intervenire al fine di assicurare le «condiciones basicas» volte a garantire l'eguaglianza tra i cittadini sull'intero territorio nazionale; inoltre, la definizione di cosa debba essere inteso come «basico» spetta ai poteri dello Stato, in relazione alla portata di ciascuno dei diritti costituzionali cui si intende dare attuazione³⁰⁹. Nelle parole del Tribunale costituzionale, le condizioni di base sono in stretta relazione con i diritti che la Costituzione riconosce e fanno riferimento al «contenuto primario del diritto», che attribuisce al legislatore statale il potere di determinare le «facoltà elementari, i limiti essenziali, i doveri fondamentali, le prestazioni di base». Questi costituiscono condizioni imprescindibili per la garanzia di uguaglianza sostanziale sul territorio nazionale³¹⁰.

Appare evidente la corrispondenza tra sentenza del TC n. 61/1997 e la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 282/2002. Vi sono, però, alcuni passaggi che segnalano delle sfumature interpretative che conducono a una diversificazione nell'interpretazione delle due clausole costituzionali equivalenti.

Innanzitutto, il TC spagnolo evidenzia il fatto che, nonostante lo stretto legame tra i diritti proclamati dalla Costituzione e l'art. 149.1.1, non si debba operare un'identificazione totale delle condizioni di base con il contenuto essenziale dei diritti, ex art. 53.1 Cost. sp³¹¹. Quest'ultima disposizione, infatti, mira a proteggere il cittadino da eventuali abusi dei poteri pubblici, nel caso in cui essi comprimano il cd.

³⁰⁸ J. PEMÁN GAVIN, *Igualdad de los ciudadanos y autonomias territoriales*, cit., p. 228.

³⁰⁹ Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Artículo 149.1.1*, cit., p. 2265.

³¹⁰ Tribunal constitucional, sent. n. 61/1997, ottavo fondamento giuridico.

³¹¹ Art. 53.1 CE: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a».

«contenuto essenziale dei diritti costituzionali»³¹², che pare poter essere avvicinato al nucleo irriducibile dei diritti, come elaborato dalla Corte costituzionale italiana. Il TC, infatti, afferma nitidamente che il rispetto del «contenuto essenziale dei diritti» è un'obbligazione spettante tanto al legislatore statale quanto a quello autonomo. A chi scrive pare quindi possibile sostenere che quello che nel contesto spagnolo è identificato con il contenuto essenziale dei diritti corrisponda alla teoria del nucleo irriducibile elaborata dalla Consulta, poiché da entrambi i concetti emerge l'elemento di indisponibilità da parte del legislatore, pena la violazione di uno dei principi fondamentali su cui la Costituzione (in entrambi i contesti) si regge.

In secondo luogo, il Tribunale costituzionale, pur ravvisando la potenzialità trasversale della disposizione di cui all'art. 149.1.1, sottolinea che attraverso di essa, comunque, il legislatore statale non può giungere a svuotare di contenuto le competenze delle Comunità Autonome: in altri termini, la clausola costituzionale non può essere avvertita come una proibizione di differenziazioni dovute all'autonomia territoriale, ma si tratta di una clausola teleologica dell'ordinamento, che indica le finalità che sempre e comunque devono orientare l'attività dei pubblici poteri³¹³.

Il dato letterale della Costituzione permette di indicare sin d'ora la fondamentale linea di comunanza tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo, con riguardo alla garanzia di effettività del diritto alla salute all'interno di una forma di Stato

³¹² Così si esprime il TC, sent. n. 61/1997, settimo fondamento giuridico: «las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 C.E.), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho». L'articolo 53 CE trova applicazione solo con riferimento ai diritti riconosciuti agli artt. 14-29 CE.

³¹³ Tribunal constitucional, sent. n. 61/1997, settimo fondamento giuridico.

caratterizzata da una distinta propensione alla decentralizzazione: si tratta della tensione e del rapporto particolare che si crea tra il livello centrale e quelli decentrati (regionali o autonomici a seconda dell'ordinamento), che si caratterizza – come ora si vedrà – per una sorta di sistema di “rincorse” tra centro e periferia, in virtù del quale si assiste a due fenomeni tra loro opposti e – almeno – apparentemente inconciliabili. Da un lato, infatti, le istanze dello Stato centrale tendono a imporre un livello sempre più alto, qualitativamente e quantitativamente, di prestazioni il cui godimento sia garantito sull'intero territorio nazionale, come attuazione del principio d'eguaglianza, ma soprattutto come istanza di unitarietà e di identità nazionale.

Dall'altro lato, al contempo, si assiste – tanto in Spagna quanto in Italia – alla volontà dei livelli cd. periferici di caratterizzare con elementi “tipici” l'offerta disponibile all'interno del proprio territorio, sia per attuare concretamente quell'autonomia ad essi attribuita e garantita dalla Costituzione, sia per compiere la “differenziazione positiva” attraverso la quale si realizza la forma di Stato a decentramento asimmetrico che connota i due ordinamenti.

In tale prospettiva si può osservare, dunque, la volontà di garantire sempre di più e sempre meglio sull'intero territorio nazionale. Al contempo, ciascuna realtà territoriale si fa portatrice e rappresentante di interessi particolari, mirando alla realizzazione in concreto della propria autonomia e cercando, in tal modo, di rispondere in modo pronto ed efficace a istanze o bisogni avvertiti in modo pregnante a livello territoriale.

2. Tendenze centripete e centrifughe nella tutela della salute

Nel contesto spagnolo è possibile osservare una differenziazione territoriale per certi aspetti asimmetrica come quella britannica; nel testo costituzionale le norme di riferimento sono l'art. 149.1.1 (che riserva allo Stato la competenza nella «regolazione delle condizioni di base che garantiscano l'uguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nel compimento dei doveri costituzionali» e che – come si è visto – può essere accostata nella comparazione all'art. 117, co. 2, lett. m),

della Costituzione italiana), e l'art. 149.1.16, che riserva allo Stato la determinazione delle norme «di base» e di coordinamento nella sanità. Esse si conciliano con la competenza delle Comunità Autonome attraverso quanto previsto dalla legge di coesione e qualità del sistema sanitario nazionale del 2003³¹⁴, che ha istituito come luogo di decisione e di definizione dei *bases* della sanità un organismo paragonabile alla nostra conferenza Stato-Regioni, il Consejo Interterritorial del sistema Nacional Salud, luogo di coordinamento e comunicazione dei servizi sanitari delle CCAA e dello Stato. Tale sistema si è dimostrato negli anni efficace, dal momento che ha reso la materia sanitaria un tema sostanzialmente “pacificato” nel dibattito costituzionale, tanto che si registrano poche pronunce significative da parte del Tribunal constitucional, rese in conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome, equiparabili dal punto di vista quantitativo a quelle della nostra Consulta aventi per oggetto l'art. 117, co. 2, lett. m), Cost³¹⁵.

Nella giurisprudenza costituzionale spagnola, il punto di ancoraggio tra l'art. 149.1.1 e l'art. 43 CE è stato segnato dalla sentenza n. 32/1983³¹⁶. In quest'ultima possono essere letti dei moniti rivolti dai giudici al legislatore, circa la configurazione del sistema sanitario. Innanzi tutto, dalla correlazione tra gli artt. 43, 149.1.1 e 149.16 CE discende l'esigenza costituzionale di esistenza di un sistema sanitario di carattere nazionale, da disporsi attraverso una legge dello Stato³¹⁷. Tale affermazione da parte

³¹⁴ L. n. 16/2003, *Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*.

³¹⁵ Il dato è emerso anche nel corso dei colloqui con i professori Joaquim Tornos Mas e Andrés Navarro Munuera. Si registrano, peraltro, pronunce del Tribunal Supremo, in sede di contenzioso amministrativo.

³¹⁶ Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983, resa su di un conflitto di competenze sollevato dal governo dei Paesi Baschi contro i regi decreti statali con i quali si definivano le competenze dell'amministrazione statale in materia sanitaria. La sentenza è citata da J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, in *Derecho y Salud*, 2008, 16, p. 50; J. TORNOS MÀS, *Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud*, in *Revista de Derecho y Salud*, 2002, 1, p. 9; J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bologna, 1989, pp. 172 ss.

³¹⁷ Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983, secondo fondamento giuridico: «De la interpretación sistemática de todos esos preceptos se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema

del giudice delle leggi ha segnato *in primis* un monito rivolto al legislatore statale, il quale ha fornito una risposta normativa con la l. n. 14/1986, legge generale della sanità (LGS) e, in secondo luogo, costituisce il fondamento costituzionale del servizio sanitario iberico, i cui principi fondamentali e la cui esistenza sono costituzionalmente vincolati, necessari e necessitati.

Il TC prosegue sottolineando che, però, tale vincolo non dice nulla di concreto circa il riparto di competenze tra Stato e Comunità Autonome, che deve essere perciò ulteriormente indagato: salvo quanto espresso dall'art. 149.1.1 CE, infatti, non si trova alcun altro indicatore di quali poteri debbano in concreto spettare allo Stato per la fissazione delle condizioni minime d'eguaglianza fra i cittadini a livello nazionale³¹⁸. Per questa ragione, viene in rilievo sia la disposizione dell'art. 149.1.16 della Costituzione, che indica con maggiore precisione l'ambito delle competenze del legislatore statale nel settore sanitario, sia lo Statuto d'Autonomia dei Paesi Baschi (parte ricorrente).

Ne segue che i *bases*, nel settore della sanità debbano essere intesi come una «regolazione normativa destinata ad essere applicata sull'intero territorio nazionale, in quanto atta a fornire un denominatore comune alla sanità nazionale, a partire dal quale ciascuna Comunità possa sviluppare le proprie competenze»³¹⁹.

Per raggiungere tale finalità, lo strumento indicato dal TC è quello del coordinamento, poiché attraverso il sistema di relazioni che si instaura per mezzo di esso, è possibile giungere a soluzioni omogenee, che permettano a ciascuno degli attori di svolgere in pienezza le proprie attribuzioni³²⁰.

normativo de la sanidad nacional».

³¹⁸ Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983, secondo fondamento giuridico. Cfr. R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, in *Derecho y salud*, 2010, 19, p. 23.

³¹⁹ Cfr. Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983, secondo fondamento giuridico, riconfermato anche nella sentenza n. 42/1983. Cfr. E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, p. 279.

La dottrina del Tribunale costituzionale inaugurata nel 1983 è stata più recentemente confermata nella sentenza n. 98/2004³²¹, nel corso della quale i giudici hanno avuto occasione per definire che cosa si debba intendere per «condiciones basicas» nel campo della salute. Queste ultime sono definite come i principi normativi generali sui quali la materia si regge, volti a garantire l'unità minima delle posizioni giuridiche soggettive; delimitano la competenza statale e al contempo rappresentano il punto di partenza per l'intervento delle CCAA. In tal modo, come tiene a precisare il Tribunal constitucional, si evita che i poteri delle autonomie decentrate siano svuotati di contenuto, definendo così anche un limite all'intervento del legislatore statale³²². I *bases*, nel contesto spagnolo, paiono dunque costituire un «minimo funzionale omogeneo» volto ad assicurare parità di posizioni di partenza per i cittadini, cui seguiranno gli interventi *in melius* da parte delle Comunità Autonome, chiamate anche a dare risposta alle esigenze particolari che emergono all'interno dei propri ambiti territoriali³²³.

³²⁰ Il TC dichiara quindi la parziale illegittimità dei decreti impugnati. Per le parti ritenute legittime si rende necessaria da parte dei giudici delle leggi un'interpretazione costituzionalmente orientata. Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 174.

³²¹ Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004, su cui più diffusamente *infra*.

³²² Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004, sesto fondamento giuridico: «Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma». Sul punto J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, Pamplona, 2005, pp. 66 ss.

³²³ Così anche J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, cit., p. 69. A chi scrive pare che la configurazione dei livelli essenziali come limite per le Regioni sia ben definito nel contesto italiano; ciò che però pare mandare (e su cui si avrà modo di tornare in sede di conclusioni) è il fatto che essi non sembrano essere considerati come reciproci limiti di intervento per il legislatore statale, spesso intervenuto in modo tanto “assorbente” da travolgere talora le competenze regionali.

La valorizzazione della competenza statale si lega all'interpretazione estensiva fornita alle clausole costituzionali attraverso le quali viene riservata allo Stato la legislazione in materia sanitaria. In Spagna, per esempio, il titolo trasversale dell'art. 149.1.1 (del tutto assimilabile all'art. 117, comma 2, lett. m) è stato di gran lunga preferito all'art. 149.1.16, nonostante quest'ultimo sia espressamente dedicato al settore sanitario. La ragione sta nel dato letterale: la disposizione dell'art. 149.1.1, infatti, è finalizzata alla regolamentazione e garanzia delle *condizioni fondamentali di uguaglianza per tutti i cittadini spagnoli nell'esercizio dei loro diritti e doveri costituzionali*. In tal maniera, nel momento in cui la disciplina di una materia travalica l'ambito delle competenze di una Comunità Autonoma, poiché incide su interessi e diritti che spettano a tutti i cittadini spagnoli, si applica la clausola trasversale, consentendo allo Stato di legiferare anche in ambiti originariamente riservati alle CCAA³²⁴. Il medesimo fenomeno accade nel contesto italiano, anche se con sfumature talora differenti: nel momento in cui il legislatore statale dichiara che la disciplina di una data materia (pur riconducibile alla tutela della salute) è adottata in virtù della disposizione che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, il margine di intervento regionale è ridotto notevolmente, poiché ciò che rimane al livello territoriale è la semplice possibilità di garantire qualcosa di ulteriore e aggiuntivo rispetto a quanto richiesto dallo Stato, sempre qualora vi siano le risorse all'uopo necessarie.

3. Autonomia e centralità: l'evoluzione del servizio sanitario spagnolo

L'interpretazione fornita dal Tribunale costituzionale spagnolo sulla portata dell'art. 149.1.1 CE ha subito una progressiva evoluzione nel corso degli anni, muovendosi dalla tesi iniziale, relativa alla lettura della disposizione costituzionale come una norma interpretativa, come un limite negativo alle competenze autonome, verso

³²⁴ Su questo punto Cfr. E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, cit., p. 280.

un'interpretazione più simile a quella fornita dalla nostra Corte all'art. 117, co. 2, lett. m) nella nota sentenza n. 282/2002.

Secondo la giurisprudenza più recente del *Tribunal Constitucional*, infatti, la norma dell'art. 149.1.1 costituisce una vera e propria competenza trasversale, idonea ad investire anche le materie nelle quali lo Stato non detiene la competenza materiale, fino ad arrivare a sostenere l'importante ruolo della norma per la garanzia di eguaglianza interterritoriale³²⁵.

Si può far riferimento alla sentenza n. 239/2000³²⁶, relativa a una legge andalusa sugli aiuti contributivi ai pensionati, fatta salva dal Tribunale, dal momento che la materia assistenza sociale rientra fra le competenze regionali. Tuttavia, nelle motivazioni si legge che lo Stato, se lo ritiene opportuno, può intervenire al fine di porre dei limiti alle differenze che possono derivare dalla legislazione autonoma, in modo tale da garantire almeno un livello minimo d'eguaglianza tra i cittadini, a dispetto della loro appartenenza regionale. Tali limiti possono concretizzarsi in previsioni circa le soglie agli aiuti aggiuntivi regionali.

La differenza tra l'orientamento del Tribunale costituzionale spagnolo e l'attuale assetto italiano può essere letta in termini di livelli – rispettivamente – massimi o minimi di tutela³²⁷. La competenza statale italiana, infatti, ex art. 117, comma 2, lett. m), idonea ad investire tutte le materie, ivi comprese quelle esclusive regionali, si attua nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, una soglia di partenza che deve comunque essere garantita a tutti i cittadini sul territorio nazionale; ogni intervento al di sopra di tale livello è permesso alle Regioni, purché non si vada ad intaccare in negativo quanto stabilito a livello statale. Pare, invece, che nel contesto spagnolo allo Stato sia riconosciuto il potere di intervento *ex post*, poiché le determinazioni del legislatore statale si inseriscono in un contesto in cui le CCAA

³²⁵ A questo proposito, si veda la già citata sent. n. 98/2004 e per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, cit., pp. 23 ss.

³²⁶ Cfr. T. FONT, *L'effettività del principio d'eguaglianza nel sistema spagnolo*, cit., p. 96.

³²⁷ Cfr. T. FONT, *L'effettività del principio d'eguaglianza nel sistema spagnolo*, cit., pp. 98 ss.

hanno già provveduto a dare attuazione ai propri servizi sanitari. La finalità delle attribuzioni statali è dunque l'individuazione di una sorta di tetto massimo alle differenziazioni che possono risultare dalla normativa territoriale.

Al fine di comprendere quanto ora affermato, è opportuno ripercorrere sinteticamente i passaggi normativi che hanno condotto all'attuale configurazione del sistema della salute in Spagna. Il decentramento delle politiche sanitarie si è compiutamente realizzato nel 2002³²⁸. Si è trattato di un procedimento piuttosto articolato, iniziato nel corso degli anni Ottanta, che è proceduto «per blocchi»³²⁹.

Un primo stadio di trasferimento ha avuto principalmente per oggetto le funzioni dell'amministrazione statale relative alle materie igiene e sanità. Queste, per esempio, furono “devolute” ai Paesi Baschi e alla Catalogna con due decreti regi del 1979³³⁰, che costituirono il modello per trasferimenti analoghi successivi ad altre Comunità³³¹. Il secondo blocco riguardava invece il trasferimento delle competenze relative ai centri assistenziali non inclusi nel sistema di previdenza sociale; ne fu “pioniera” la Comunità Autonoma di Catalogna nel 1980³³², che fu seguita nello stesso anno da altre, fra le quali le Baleari, Castiglia-La Mancha, Estremadura e Murcia³³³.

Il terzo blocco di trasferimenti, infine, concerneva i centri assistenziali ricompresi nel sistema di previdenza sociale, integrati nell'Istituto Nazionale di Salute (INSALUD): esso, inizialmente, fu possibile solo per quelle Comunità che avevano già raggiunto un elevato livello di autonomia, *in primis*, la Catalogna³³⁴. Tali atti hanno segnato

³²⁸ Cfr. E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, cit., p. 252.

³²⁹ Sul punto J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 164.

³³⁰ Decreto regio n. 2209 del 7 settembre 1979 e decreto regio n. 2210 del 7 settembre 1979.

³³¹ Per esempio, regio decreto n. 1118 del 24 aprile 1981, con il quale si trasferirono all'Andalusia le competenze, funzioni e i servizi in materia di sanità; regio decreto n. 331 del 15 gennaio 1982 che trasferì le medesime competenze alla Comunità di Castiglia-la Mancha. Sul punto cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 165.

³³² Regio decreto n. 1949 del 31 luglio 1980.

³³³ Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 165.

³³⁴ Per quanto riguarda la Catalogna, si tratta del regio decreto n. 1517 dell'8 luglio 1981. Per un'analisi più approfondita si rinvia a J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*,

l'istituzione dei servizi sanitari pubblici nelle Comunità Autonome, costituendo un presupposto fondamentale per l'adozione della legge generale della sanità del 1986 e per il funzionamento del servizio a livello statale.

Di conseguenza, già dai primi anni Ottanta le Comunità “storiche” avevano già in gestione l'intero sistema sanitario, mentre per tutte le altre il cammino fu leggermente più lento e si completò definitivamente nel 2002, con la soppressione dell'INSALUD e il trasferimento integrale delle relative competenze alle CCAA. Tale passaggio ha segnato il superamento dell'asimmetria relativa alla materia salute e si è passati ad un modello di assistenza sanitaria basato su un riparto univoco di competenze tra Stato centrale e Comunità Autonome, pur all'interno della garanzia di una sistema universalistico, ispirato al modello *Beveridge*³³⁵.

Vi è dunque un duplice ordine di fattori che ha condotto all'istituzione del SNS in Spagna: da un lato il progressivo trasferimento di competenze (prima amministrative, poi anche legislative) da parte dello Stato alle Comunità Autonome, avvenuto a diverse velocità a seconda del grado di autonomia raggiunto da ciascuna; dall'altro lato, l'intervento del *Tribunal constitucional*, per mezzo della sentenza n. 32/1983, con la quale è stato confermato che il sentiero intrapreso dallo Stato era costituzionalmente corretto. Per completare il quadro – segnalava il giudice delle leggi – si rendeva necessario l'adeguamento nazionale al fine di assicurare un livello minimo comune di uniformità di prestazioni e di offerte in tutto lo Stato.

L'adozione della LGS del 1986, quindi, non può essere vista come un atto “imposto dall'alto” o voluto dallo Stato per raggiungere il livello minimo di eguaglianza richiesto dalla Costituzione; essa piuttosto si inserisce in un percorso già iniziato, recependo e uniformando soluzioni già elaborate dalle autonomie territoriali, da un lato, unitamente alle indicazioni della giurisprudenza del TC, dall'altro lato. Sono stati peraltro introdotti degli elementi di novità, pur sempre entro le indicazioni della giurisprudenza, come nel caso dell'istituzione dell'organo di coordinamento per la sanità.

cit., pp. 165-166.

³³⁵ Cfr. E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, cit., p. 257.

La finalità principale perseguita dalla legge è quella di superare la frammentarietà nel settore della sanità che connotava l'ordinamento spagnolo³³⁶, attraverso la composizione, all'interno del medesimo quadro, dei singoli servizi della salute delle Comunità Autonome, per mezzo del perseguimento di canoni e principi comuni³³⁷.

Il sistema generale della salute, inoltre, è concepito per far coesistere armoniosamente la necessità di uniformare i livelli di base delle prestazioni, come richiesto dalla Costituzione per assicurare l'eguaglianza dei cittadini, e i principi del decentramento della sanità, che rispecchiano la struttura autonoma dell'ordinamento spagnolo. Come vengono quindi fatti coesistere due elementi che a prima vista paiono essere inconciliabili? Lo strumento elaborato dal legislatore, in seguito al monito – come si è visto – della giurisprudenza costituzionale, è quello del «coordinamento generale della sanità»: ciò significa che le decisioni su quanto e cosa garantire e come in concreto metterlo in pratica vengono elaborate in seno ad un organo al quale prendono parte tutti gli attori istituzionali coinvolti³³⁸.

La legge, quindi, crea un modello generale, in cui si garantisce un livello minimo di prestazioni per i cittadini: esso costituisce la definizione di uno *status* giuridico degli utenti del SNS, di eguale applicazione per tutti, senza differenziazioni territoriali. Il minimo comune denominatore così individuato a livello statale non può essere disconosciuto dalle Comunità Autonome³³⁹. Tale principio costituisce la garanzia di eguaglianza, che però ha necessitato di alcuni aggiornamenti ed integrazioni nella successiva legge del 2003³⁴⁰.

³³⁶ J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 199.

³³⁷ Si veda in particolare l'art. 1.1 della legge, secondo il quale l'obiettivo principale perseguito è quello di operare una regolazione generale che permetta di rendere effettivo il diritto alla protezione della salute.

³³⁸ Così anche J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 203.

³³⁹ Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Derecho a la salud y administración sanitaria*, cit., p. 206.

³⁴⁰ Ad esempio, si prevedeva già nella legge del 1986 la libertà di scelta del medico, i diritti di partecipazione degli utenti, i diritti alla libertà terapeutica e all'informazione per i pazienti, ma si è dovuto aspettare il 2003 per vedere il riconoscimento normativo del diritto alla libera circolazione dei pazienti sul territorio nazionale (su cui più diffusamente *infra*).

4. *Catalogo di prestazioni e carta dei servizi: l'importanza della cooperazione e del coordinamento*

4.1. *Il concetto di prestazione sanitaria: che cosa va garantito?*

Il contenuto concreto della portata dell'assistenza sanitaria è rappresentato dalle prestazioni che vengono offerte a tutti gli utenti del servizio sanitario. A livello normativo, esse sono previste dalla l. n. 16/2003 e dal Regio Decreto n. 1030/2006, recante la carta dei servizi.

Il quadro così delineato contempla, quindi, un catalogo di prestazioni, da garantire uniformemente sul territorio nazionale, stabilito a livello legislativo attraverso la determinazione dei contenuti fondamentali e concretizzato dal Regio Decreto di attuazione della fonte primaria³⁴¹. Quest'ultimo è concepito come una fonte il cui aggiornamento frequente è costituzionalmente e scientificamente necessario³⁴².

A questo punto, si rende necessaria una precisazione circa il significato e la portata che il concetto di «prestazione sanitaria» riveste nel contesto spagnolo. Come si è sottolineato *supra*, la Costituzione del 1978, come interpretata dal Tribunal

³⁴¹ Il quale costituisce lo sviluppo analitico del catalogo, che determina l'insieme delle tecniche, tecnologie o procedimento per rendere effettive le prestazioni sanitarie, secondo quanto disposto dall'art. 20.1 della l. n. 16/2003. sul punto cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, cit., p. 51.

³⁴² Il fatto che il contenuto concreto delle prestazioni garantite dalla legge sia determinato attraverso una fonte secondaria non è una novità rispetto alla legge generale della sanità del 1986, che prevedeva il medesimo meccanismo. Ciò che però è stato introdotto con la legge del 2003 riguarda i principi della garanzia che fungono da fondamento al regolamento attuativo. Essi sono la garanzia di accessibilità, mobilità, tempo, informazione, sicurezza e qualità e sono previsti agli artt. 23-29 della l. n. 16/2003, su cui *infra*. Sul punto si veda E.M. ÁLVAREZ GONZALEZ, *El sistema nacional de salud como sistema: realidad y carencias*, in *Derecho y Salud*, 2007, 1, pp. 10 ss.; J. VIDA FERNÁNDEZ, *El sistema sanitario público spagnolo: la ley 28 mayo 2003, n. 16, de coesione e qualità del sistema nazionale di salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 10, p. 973.

constitucional³⁴³, ha segnato un momento di svolta nella concezione di sistema sanitario nell'ordinamento, poiché il cambiamento radicale determinato dall'istituzione dello Stato sociale di diritto in Spagna si è accompagnato ad una – probabilmente necessaria – rivisitazione anche del sistema sanitario. Questa la ragione per cui si è transitati progressivamente da un sistema *bismarckiano* ad uno di modello *Beveridge*, che ha preso ispirazione da quello italiano e – seppur indirettamente – da quello britannico³⁴⁴.

Tale mutamento ha raggiunto il suo acme nei primissimi anni Duemila, quando è stato completato il trasferimento a tutte le Comunità Autonome delle competenze in materia sanitaria, è stato introdotto il *sistema de financiación autonómico* e, soprattutto, con l'introduzione della legge di coesione e di qualità del SNS³⁴⁵. In particolare, il primo di questi passaggi è stato segnato dalla contestuale adozione di dieci Decreti Regi, di istituzione dei servizi sanitari delle CCAA alle quali la competenza non era ancora stata trasferita dallo Stato centrale³⁴⁶. Quanto invece all'aspetto dell'autonomia finanziaria, la sua importanza rispetto al settore sanitario è determinata dal fatto che con l'adozione della l. n. 21/2001³⁴⁷ ciascuna Comunità può finanziare autonomamente le prestazioni fornite dal proprio sistema sanitario.

³⁴³ Il riferimento è soprattutto alla citata sentenza del 1983.

³⁴⁴ Sul punto di veda M. D'ANGELOSANTE, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 51.

³⁴⁵ Il trasferimento è avvenuto per mezzo dei Regi Decreti dal n. 1471/2001 al n. 1480/2001; il sistema fiscale è stato riformato con la legge n. 21/2001. Su tali mutamenti si veda J. VIDA FERNÁNDEZ, *Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios*, in L. PAREJO, A. PALOMAR, M. VAQUER (a cura di), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesion, calidad y estatutos profesionales*, Madrid – Barcellona, 2004, p. 41.

³⁴⁶ Esse sono: Asturie, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragona, Castiglia-La Mancia, Estremadura, Isole Baleari, la Comunità di Madrid e Castiglia e Leon.

³⁴⁷ Legge n. 21/2001, recante la regolamentazione delle misure discali e amministrative del nuovo sistema di finanziamento delle Comunità Autonome, in vigore dal 1° gennaio 2009.

In tal maniera, è possibile per il Regno di Spagna dare completa attuazione al dettato costituzionale, mettendo definitivamente “a riposo” gli ultimi tratti del sistema mutualistico rimasti vigenti sino alla conclusione della riforma sanitaria³⁴⁸ e garantire ai cittadini le prestazioni rese dal servizio sanitario nazionale (SNS) che si compone tanto del livello statale quanto di quelli autonomici.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, nulla di concreto viene detto sulla natura delle prestazioni sanitarie all'interno della Carta fondamentale³⁴⁹; si potrebbe dire che esse costituiscano il mezzo attraverso il quale si riempie di contenuto il diritto alla protezione della salute (art. 43 CE), ma la determinazione precisa di che cosa si debba intendere per prestazione nel campo della salute è rimesso al legislatore. Questo è dovuto alla natura di diritto di prestazione che è stata attribuita all'articolo 43 della Costituzione spagnola sulla quale ci si è concentrati nel Primo Capitolo della questa trattazione. Il diritto alla protezione della salute è tradizionalmente considerato un diritto sociale, nell'ordinamento spagnolo, poiché esso non è autonomamente esercitabile nei rapporti tra privati o nei confronti dello Stato, salvo però nel caso in cui la mancata previsione di un *certo* tipo di prestazioni sanitarie non comporti la lesione di un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione (i.e. diritto alla vita o diritto all'integrità fisica).

Dal punto di vista normativo, le prestazioni sanitarie sono menzionate e indicate sia nella Legge generale della sanità (LGS, l. n. 14/1986) sia nella più recente legge di coesione e qualità del *Sistema Nacional de Salud* (l. n. 16/2003) che non abroga, ma integra e perfeziona la precedente³⁵⁰. Tramite la prima si fa mandato a tutti i poteri pubblici della realizzazione del dettato di cui all'art. 43 CE, attraverso la garanzia

³⁴⁸ Viene infatti soppresso l'INSALUD, su cui *supra*.

³⁴⁹ Salvo quanto previsto all'art. 53.3 CE, che contiene un mandato al legislatore a dare attuazione all'art. 43: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen».

³⁵⁰ Cfr. J. VIDA FERNÁNDEZ, *Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios*, cit., p. 45.

dell'eguaglianza dell'offerta sanitaria per tutti gli utenti del SNS e mirando al superamento degli squilibri territoriali e sociali. In modo particolare, può essere individuata una sorta di definizione di «prestazione» nel complesso dei servizi, medicinali e prodotti ritenuti necessari per *promuovere, conservare, o ristabilire* la salute; la norma è indirizzata a tutte le diverse amministrazioni pubbliche sanitarie³⁵¹. La seconda riforma avvenuta per via legislativa, riconfermando il principio di eguaglianza intersoggettiva, sociale e territoriale che deve sempre guidare le scelte in abito sanitario³⁵², aggiunge alcuni elementi alla definizione sopra individuata. Preme porre in evidenza l'articolo 7 della legge, che prevede l'istituzione del catalogo di prestazioni che devono essere garantite attraverso il SNS e che sono individuate nel complesso dei servizi e nell'insieme delle azioni preventive, diagnostiche, terapeutiche, riabilitative e di promozione e mantenimento della salute per i cittadini. Oltre alla definizione generale, la legge indica anche alcune categorie di prestazioni che devono corrispondere, ad esempio, all'assistenza primaria e specialistica, all'assistenza sociosanitaria e in caso di urgenza, oltre alle prestazioni farmaceutiche, ortopediche, dietetiche e al trasporto sanitario³⁵³.

Alla luce del dato normativo, possono essere mossi due ordini di considerazioni.

³⁵¹ L. n. 17/1986, art. 10: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: [...]: 14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado».

³⁵² L. n. 16/2003, art. 2.a: «La prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad, evitando especialmente toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias».

³⁵³ L. n. 16/2003, art. 7, catalogo di prestazioni: «1. El catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. Se consideran prestaciones de atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos. El catálogo comprenderá las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario».

La prima riguarda il fatto che in tal modo viene riempita di contenuto la disposizione costituzionale e viene realizzato il mandato ai poteri pubblici di stabilire tutte le misure ritenute necessarie alla protezione della salute, individuale e collettiva, di cui all'art. 43, comma 2, CE. Esso è inteso in termini ampi e soprattutto eterogenei e plurali³⁵⁴. In questo modo si fa sì che l'ordinamento riesca a rispondere ai differenti tipi di esigenze di “protezione della salute” che possono sorgere in capo a ciascun soggetto sul territorio nazionale, in ragione della particolarità della situazione in cui ognuno si trova. In questa prospettiva, l'articolazione territorialmente decentralizzata del sistema nazionale può sortire effetti positivi, dal momento che – stanti i livelli di uniformità nazionale – è possibile per ogni Comunità Autonoma prevedere i tipi di intervento ritenuti più *appropriati* a soddisfare i *bisogni* peculiari di ciascun territorio. A chi scrive pare che vi possa essere una lettura in termini positivi di questo aspetto: la previsione della possibilità di differenziare l'offerta prestazionale sul territorio costituisce una garanzia di tutela del pluralismo. Vi è, però, al contempo, anche un'altra faccia della medaglia: il pericolo da fugare è sempre quello di una irragionevole differenziazione territoriale che rechi come conseguenza la cd. *postcode lottery* contro la quale si sta battendo il Regno Unito, al fine di tornare a soddisfare gli obiettivi originari del NHS.

In secondo luogo, in termini comparati, si può osservare un certo parallelismo tra il quadro italiano e quello spagnolo. In ambedue gli ordinamenti, infatti, la definizione di prestazioni svolge il medesimo ruolo, quello di riempire di contenuto la clausola costituzionale. Tale compito viene adempiuto in modo elastico: entrambe le definizioni ricostruite, infatti, non sono autosufficienti. Con tale espressione si intende sottolineare il fatto che in entrambi i casi il mandato che la Costituzione attribuisce al legislatore non si esaurisce per il solo fatto di aver individuato in via legislativa un sistema sanitario, il suo funzionamento e i mezzi attraverso i quali garantire il diritto costituzionale alla salute. Le prestazioni sanitarie sono intese in termini tanto ampi – o se si vuole – volutamente incompleti, in modo tale che

³⁵⁴ In questa prospettiva anche J. VIDA FERNÁNDEZ, *Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios*, cit., p. 49.

l'intervento legislativo non sia in sé sufficiente a completare la materia, poiché si rende necessario un intervento continuativo di aggiornamento del catalogo. Quanto a quest'ultimo aspetto, in entrambi i contesti – così come anche in quello britannico, seppur in modo differente – emerge un dato comune, ovvero il fatto che nella determinazione del contenuto delle prestazioni il legislatore non possa operare da solo, dovendosi comunque confrontare con tutti gli attori coinvolti, sia dal punto di vista normativo e amministrativo sia sotto il profilo tecnico-scientifico, al fine di garantire un'offerta non soltanto efficace ed efficiente, ma anche adeguata al livello di avanzamento della scienza medica.

4.2. Il modo della garanzia: mobilità e circolazione

Uno degli elementi di novità all'interno del sistema sanitario spagnolo introdotti con la legge del 2003 è la garanzia di mobilità sull'intero territorio nazionale: in tal modo, tutti gli utenti del servizio sanitario possono ottenere le prestazioni cui hanno diritto indipendentemente dal luogo in cui si trovano (art. 24)³⁵⁵. La disposizione legislativa prevede l'obbligo per tutte le amministrazioni sanitarie di garantire l'accesso alle prestazioni offerte a tutti gli utenti del SNS, a prescindere dall'appartenenza all'una o all'altra Comunità Autonoma. Il principio così espresso svolge la funzione di integrare le previsioni costituzionali, soprattutto con riguardo al principio d'eguaglianza stabilito all'art. 14 CE³⁵⁶; in tale prospettiva esso mira a completare lo statuto di cittadinanza della salute degli spagnoli, ai quali viene assicurata uniformità di posizioni giuridiche rispetto all'accesso al sistema sanitario sul territorio. La

³⁵⁵ L. n. 16/2003, art. 24, comma 1: «El acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley se garantizará con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares». J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada, 2005, p. 239.

³⁵⁶ Cfr. J.M. ANTEQUERA VINAGRE, *El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla*, in *Ciudadanía sanitaria*, 2007, 15, p. 80.

disposizione va infatti letta in combinato disposto con l'articolo 23, secondo il quale tutti gli utenti del SNS hanno diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie previste in attuazione della legge stessa in condizione di eguaglianza effettiva³⁵⁷.

L'introduzione della garanzia di mobilità sull'intero territorio nazionale rappresenta una novità rispetto alla Legge generale di sanità del 1986 ed è stata pensata per migliorare la qualità del sistema sanitario, anche se – a ben vedere – non si tratta di una novità assoluta: previsioni sulla possibilità di fruire di prestazioni sanitarie anche al di fuori del territorio della propria Comunità esistevano già in alcuni servizi sanitari autonomici³⁵⁸. La reale portata innovativa sta, invece, nella volontà del legislatore statale di uniformare tale tipo di garanzia nella nuova legge «di base» sul SNS, in modo tale da attribuire ad essa una particolare “forza”. Ne segue che la mobilità interterritoriale è divenuta uno degli elementi dei *bases* della sanità spagnola; nessuna Comunità Autonoma potrà perciò limitare tale principio.

Tale elemento rappresenta un ulteriore fattore di parallelismo tra l'ordinamento italiano e quello spagnolo, che permette di giungere al superamento di una rigidità che risulta essere difficilmente sostenibile – a parere di chi scrive – all'interno di un sistema sanitario di impianto pubblicistico, pur operante in un regime di differenziazione territoriale. Come si è già avuto modo di sottolineare *supra*, infatti, la possibilità di ottenere prestazioni sanitarie in condizioni di eguaglianza a livello nazionale costituisce un fattore di positiva elasticità del sistema che, oltre a garantire la libertà di scelta terapeutica degli utenti, può contribuire – se sfruttato in termini *fisiologici* – ad incrementare un profilo di federalismo cooperativo tra i diversi attori del decentramento, spingendo ciascuna delle realtà territoriali interessate a migliorarsi e specializzarsi, nell'ottica di una reciproca collaborazione. Anche in tale settore, tuttavia, esiste un rovescio della medaglia, che può anche costituire un rischio di “fusione” del sistema sanitario, dal momento che l'esperienza pratica (soprattutto con riferimento al contesto italiano) dimostra che il buon funzionamento

³⁵⁷ L. n. 16/2003, art. 23: «Todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva».

³⁵⁸ Come indicato in J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 240.

dell'organizzazione sanitaria in *alcune* Regioni potrebbe portare, se non arginato debitamente, alla difficoltà anche per le Regioni “virtuose” di mantenere elevata l'offerta qualitativa di cui dispongono.

È però opportuno sottolineare che questo diritto vale solamente per le prestazioni *di base* della salute e non si estende alle prestazioni ulteriori, sulle quali decidono comunque le CCAA. In altri termini, quanto viene garantito dal SNS a livello statale spetta a tutti gli utenti del servizio, sull'intero territorio nazionale, senza alcun tipo di distinzione basata sulla residenza; se invece all'interno dei singoli sistemi sanitari autonomici sono previste particolari prestazioni, ulteriori rispetto al catalogo nazionale, è legittimo che l'accesso a queste ultime *possa* essere precluso o limitato sulla base del criterio di residenza³⁵⁹.

4.3. *Il tempo della garanzia: il problema delle liste d'attesa*

La legge di coesione e qualità del SNS, inoltre, prevede anche la fissazione di tempi massimi per le liste d'attesa per l'accesso alle prestazioni³⁶⁰. Anche questo, entro certi limiti, è un elemento di garanzia non soltanto di uguaglianza del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie in ciascuna Comunità Autonoma, ma costituisce di per se stesso un fattore di uniformità del grado di qualità del sistema a livello nazionale.

È il Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud l'organo all'interno del quale vengono stabiliti i tetti massimi di tempo per l'accesso alle prestazioni sanitarie garantite a livello nazionale; sulla base di essi, ciascuna Comunità Autonoma potrà

³⁵⁹ Cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, cit., p. 313.

³⁶⁰ L. n. 16/2003, art. 25: «1. En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. 2. Quedan excluidas de la garantía a la que se refiere el apartado anterior las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe».

stabilire i propri criteri di priorità, senza però fuoriuscire dal quadro tracciato in sede statale³⁶¹.

La *ratio* della disposizione è quella di assicurare l'effettività del *diritto soggettivo* ad accedere alle prestazioni fornite dal SNS; la fissazione dei tempi massimi d'attesa è stata letta, dal legislatore spagnolo, come condizione necessaria al soddisfacimento del diritto stesso. Ciò trae origine dai rapporti presentati annualmente dagli uffici del difensore civico di talune Comunità Autonome, all'interno dei quali si segnalava proprio il fatto che questo fosse uno degli elementi percepiti come maggiormente limitativi della garanzia di effettività del servizio³⁶²: per alcuni cittadini, infatti, una distanza di più di un anno tra la diagnosi e l'accesso effettivo alla terapia significa – come è anche logico aspettarsi – una non effettiva garanzia del diritto alla salute. A tale aspetto è stata fornita una risposta legislativa, anche in ragione del fatto che all'interno dell'ordinamento non erano (e non sarebbero) configurabili strumenti giuridici idonei finalizzati a contrastare un elemento del servizio sanitario che si caratterizza in termini organizzativi, ma che produce rilevanti effetti dal punto di vista della garanzia del diritto³⁶³.

³⁶¹ Può essere interessante notare che da tali tetti massimi risultano però escluse, in virtù del secondo comma dell'articolo citato i tempi d'attesa per il trapianto d'organi, poiché in questo caso si è ritenuto che il fattore tempo non fosse disciplinabile né prevedibile a priori, restando strettamente legato non soltanto alla disponibilità dell'organo, ma anche al soddisfacimento dei requisiti di compatibilità da donatore e ricevente.

³⁶² Sul punto si veda J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 101, il quale si riferisce in particolare ai rapporti (*Informe del Defensor del Pueblo*) degli anni 1996, 1997, 1998 e 1999 e agli equivalenti catalani (*Informe del Síndic de Greuges de Catalunya*) degli anni 1996, 1997 e 1999 (*sub nota* 122).

³⁶³ Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 102. L'unica soluzione percorribile individuata dall'autore è quella della circolazione dei pazienti. Chi deve aspettare un tempo irragionevole per l'accesso alle prestazioni sanitarie necessarie, potrà ottenere le stesse in un altro contesto, salvo poi ottenere dal proprio servizio sanitario il rimborso delle spese mediche sostenute. Non sono però assenti elementi di criticità collegati a tale aspetto, dal momento che comunque dal punto di vista del diritto positivo il rimborso di tali costi prevede una serie di limitazioni non trascurabili. Ciò si lega fortemente con la questione della mobilità transfrontaliera dei

La legge, dunque, prevede che lo spazio di tempo massimo per l'accesso a una data prestazione sia fissato in modo uniforme per l'intero SNS, a seguito di un accordo da raggiungersi in seno al Consejo Interterritorial e sia approvato con un Regio Decreto, consolidando in tal maniera un ulteriore «livello minimo» per tutti gli utenti del sistema sanitario; le CCAA, nel prevedere i propri livelli ulteriori, potranno mirare a ridurre i tempi d'attesa, all'interno del proprio territorio³⁶⁴.

In prospettiva comparata, può essere utile sottolineare il fatto che vi sia una sostanziale equivalenza di attenzione per il contenimento dei tempi massimi d'attesa anche nel contesto italiano, attraverso l'individuazione di linee guida e procedimenti condivisi per la determinazione delle priorità cliniche. La ragione dell'intervento “multi-livello” delle istituzioni della Repubblica, per mezzo di atti normativi e regolamenti, attraverso accordi raggiunti in sede di Conferenza Stato-Regioni e con linee guida, si fonda sull'assunto per cui il tempo che intercorre tra l'emersione del bisogno per l'individuo e l'effettiva risposta del servizio sanitario che rende la prestazione costituisce uno dei principi fondamentali della tutela dei diritti «in tema di accesso alle cure e di eguaglianza nell'ambito del Servizio Sanitario»³⁶⁵.

Ai fini della trattazione, emergono alcuni elementi di interesse.

In primo luogo, è opportuno evidenziare il fattore della cooperazione e del coordinamento: il legislatore spagnolo, avvertita come pregnante la necessità di

pazienti nell'Unione Europea, che sarà oggetto del Capitolo seguente. Si veda anche, in prospettiva *de iure condendo*, J. PEMÁN GAVIN, *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, in *Derecho y Salud*, 2001, 2, pp. 121 ss.

³⁶⁴ La prima attuazione è immediatamente successiva alla legge, con il Real Decreto 605/2003, «por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud».

³⁶⁵ Così il Decreto del Presidente della Repubblica 23 maggio 2003, di Approvazione del Piano sanitario nazionale 2003-2005 (progetto 2.1). Negli stessi termini anche il d.P.C.M. 16 aprile 2002: «Considerato che il criterio dell'appropriatezza e quindi anche l'erogazione delle prestazioni entro tempi appropriati alle necessità di cura degli assistiti rappresenta una componente strutturale dei livelli essenziali di assistenza». Su cui *supra*, in questo Capitolo, nella sezione dedicata all'ordinamento italiano.

garantire la qualità del servizio sanitario *anche* per mezzo dei tempi d'accesso alle prestazioni, interviene istituendo un sistema nazionale di determinazione degli stessi che sia il frutto di un accordo raggiunto intorno ad un tavolo ove siedono i rappresentanti delle CCAA e dello Stato. Il fatto di approvare i contenuti dell'accordo tramite una fonte secondaria permette di assicurare anche una tutela all'individuo attraverso un doppio binario di garanzie: in primo luogo, una tutela giurisdizionale al cittadino, nel caso in cui tali criteri non vengano rispettati o adempiuti; in secondo luogo, al contempo, la fonte secondaria può essere modificata attraverso un nuovo accordo, cui far seguire una nuova approvazione, rendendo il procedimento di aggiornamento sufficientemente adatto a modificazioni da eseguirsi in modo *relativamente* veloce, qualora ciò sia reso necessario dal mutamento delle condizioni del servizio della salute.

Ne possono derivare due ordini di considerazioni. La previsione della tutela giurisdizionale, innanzi tutto, va a rafforzare la certezza del diritto e dei diritti nel settore della salute, che costituisce un importante fattore di garanzia dell'effettiva *qualità* del sistema sanitario e che fa sentire l'utente del SNS maggiormente coinvolto nei procedimenti decisionali e organizzativi dell'amministrazione sanitaria, rendendolo un partecipante *attivo* dello stesso³⁶⁶. La certezza del diritto nel settore della salute, in secondo luogo, è una caratteristica fondamentale di un *buon* servizio sanitario: nel corso dell'analisi del sistema italiano, infatti, vi è stato modo di osservare quanto un'eccessiva stratificazione di fonti del diritto volte a regolare il settore della salute, unitamente ad un riparto di competenze legislative ed amministrative in cui giocano un ruolo fondamentale tanto il livello centrale quanto quelli regionali, possa essere talora foriero di conflitti giurisdizionali di complessa risoluzione³⁶⁷.

³⁶⁶ Su una valutazione in termini positivi del fatto che attraverso la previsione legislativa si garantisca anche la tutela giurisdizionale per gli utenti del SNS, cfr. J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, cit., p. 65.

³⁶⁷ Non sono peraltro del tutto assenti degli elementi di criticità. Cfr., per esempio, E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El sistema nacional de salud como sistema: realidad y carencias*, cit., p. 23, che evidenzia come uno degli profili di insoddisfazione degli utenti del SNS riguarda proprio le liste d'attesa e la

5. La sostenibilità finanziaria della salute, nodo critico del terzo millennio

Nel contesto spagnolo, il riparto di competenze tra Stato centrale e Comunità Autonome nel campo della salute può quindi essere ricostruito alla luce dell'interpretazione dell'art. 149 della Costituzione e, soprattutto, grazie alla legge di coesione e qualità del *Sistema Nacional de Salud* del 2003 che costituisce non soltanto il punto di riferimento per lo studio e la comprensione del servizio sanitario spagnolo, ma anche il punto di partenza per la verifica delle garanzie esistenti per gli utenti del servizio. Come si è visto, la legge pone i principi fondamentali che – come i livelli essenziali delle prestazioni nell'ordinamento italiano – devono sempre e comunque essere garantiti sull'intero territorio nazionale e non possono subire alcuna sorta di differenziazione.

Una volta in cui i livelli stabiliti dallo Stato siano assicurati, alle Comunità Autonome resta aperta la possibilità di prevedere e garantire livelli ulteriori e prestazioni aggiuntive. I *bases* della sanità non sono soltanto previsti da una legge statale; la loro definizione e determinazione è il risultato di un procedimento di collaborazione tra i diversi livelli di governo e si pone pertanto come il frutto di un'opera di coordinamento (piuttosto che non di imposizione) svolta dallo Stato. In tale prospettiva, pare quindi potersi affermare che i *bases* della sanità costituiscono il minimo comune denominatore frutto di una condivisione tra le autonomie territoriali; si tratta di un livello *minimo*, a partire dal quale *inizia* lo spazio d'intervento delle CCAA, che possono offrire ai propri utenti le prestazioni che riflettono le istanze e i bisogni peculiari degli utenti stanziati su di un determinato territorio³⁶⁸.

scarsità di informazioni. A questo proposito è possibile osservare il fatto che la previsione legislativa esplicita relativa all'individuazione di criteri omogenei per le priorità cliniche sia indice di un problema, la cui soluzione è avvertita come necessaria a livello sociale. In questi termini, dunque, pur essendo valutabile in termini positivi l'esistenza di una disposizione sul punto, non è detto che il superamento della criticità possa per ciò stesso avvenire in tempi brevi.

³⁶⁸ Così anche J. VIDA FERNÁNDEZ, *Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios*, cit., p. 57.

Il ruolo e, al contempo, la *ratio* della disciplina legislativa statale sono quelli di garantire l'unitarietà del servizio sanitario nazionale, riuscendo in tal modo a concretizzare l'articolazione delle competenze tra Stato e CCAA prevista dall'art. 149 CE, allo scopo anche di prevedere conflitti di competenza o interpretativi, attraverso l'utilizzo degli strumenti del coordinamento e della cooperazione³⁶⁹.

I principi che reggono il servizio sanitario spagnolo sono quelli dell'universalità, dell'eguaglianza e dell'accessibilità del sistema, cui si aggiunge il dovere di garantire un livello *di base* necessario e sufficiente di prestazioni. Come si è avuto modo di constatare attraverso l'analisi delle disposizioni legislative, tale garanzia deve presentarsi, tanto dal punto di vista formale, quanto sotto quello sostanziale e contenutistico, capace di evolvere in ragione dei mutamenti scientifici e sociali, in modo tale che alla domanda di salute dei cittadini corrisponda una risposta sufficientemente *elastica* da parte del servizio sanitario³⁷⁰.

Viene a tal proposito in rilievo una sentenza del Tribunal constitucional, con la quale veniva risolto un ricorso di costituzionalità sollevato dallo Stato contro una legge della Comunità Autonoma delle Canarie, in tema di assistenza sanitaria pubblica per violazione degli artt. 149.1.1 e 149.1.16 CE, in combinato disposto con l'articolo 43³⁷¹. Lo Stato riteneva che fosse stata violata la propria competenza esclusiva di

³⁶⁹ Cfr. anche E. GRIGLIO, *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, cit., p. 297.

³⁷⁰ In R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, cit., p. 22, si sottolinea che la funzione di evoluzione del sistema sanitario deve essere in grado di rispondere alla domanda sociale avanzata in qualsiasi momento, anche in relazione alla disponibilità delle risorse economiche, sempre nel rispetto del principio della dignità umana.

³⁷¹ Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004. Per quanto interessa ai fini della trattazione, va segnalato che lo Stato presentava ricorso per la violazione degli artt. 149.1.1 e 149.1.16 della Costituzione, in relazione all'art. 43 CE contro la legge delle Canarie n. 5/1996, legge in materia di programmazione del bilancio per il 1997. Sulla sentenza si vedano R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, cit., p. 22; J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *¿Sistema nacional de salud o asistencia sanitaria de seguridad social?*, in *Ciudadanía sanitaria*, 2007, 15, pp. 27 ss.; J. VIDA FERNÁNDEZ, *Un paso decisivo en la intervención de*

determinazione delle condizioni di base per la garanzia dell'eguaglianza di tutti i cittadini nell'esercizio del proprio diritto alla salute (art. 149.1.1 e 43 CE) e in materia di legislazione sui prodotti farmaceutici (art. 149.1.16 CE), poiché nella legge impugnata si attribuiva al governo delle Canarie il potere di fissare i prezzi di riferimento dei farmaci.

La Comunità Autonoma, dal canto suo, si difendeva sostenendo la costituzionalità della disposizione impugnata, avente come finalità la razionalizzazione della spesa pubblica in campo sanitario all'interno del servizio autonomico; si evidenziava, inoltre, che la disposizione non produceva alcun effetto sul SNS, prevedendo semplicemente come prezzo di riferimento per i farmaci quello del medicinale generico esistente sul mercato e intervenendo comunque all'interno del quadro tracciato dal legislatore statale.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, al fine di risolvere il conflitto di competenze, ricostruisce il quadro delle fonti in materia sanitaria e rileva l'esistenza di una norma di carattere *basico* del legislatore statale che attribuisce al Ministero della salute la competenza di stabilire il regime di rimborsabilità dei farmaci all'interno del SNS, in seguito ad un accordo raggiunto in seno al Consejo Interterritorial³⁷². Tale disposizione prevede che sia questo il procedimento da adottare per stabilire come prezzo di riferimento per i farmaci forniti dal servizio sanitario nazionale quello del medicinale generico³⁷³.

Il primo passo al fine di ricostruire in modo completo il quadro normativo necessario alla risoluzione del conflitto di competenze consiste nel comprendere se la disposizione in materia di soglie di riferimento per il prezzo dei farmaci rientri o meno nel contesto del servizio sanitario nazionale. La finalità principale di

las Comunidades Autónomas sobre la configuración prestacional del derecho a la protección de la salud: Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, núm. 98/2004, in Revista General de Derecho Administrativo, 2004, 7, p. 1

³⁷² Si tratta della legge n. 25/1990, art. 94, come modificato dalla legge n. 13/1996. La disposizione è stata, infine, inserita con aggiornamenti nella L. n. 16/2003, nella terza disposizione finale.

³⁷³ La sentenza presenta interessanti elementi di similarità con la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 44/2010.

quest'ultimo è quella di garantire la protezione della salute dei cittadini, ex art. 43 Cost., attraverso la previsione di un insieme di servizi di carattere preventivo, terapeutico, diagnostico, di riabilitazione e di promozione e mantenimento della salute³⁷⁴. Fra di esse, il Tribunale costituzionale fa rientrare (non a sorpresa) anche le prestazioni farmaceutiche fornite dal SNS, poiché assolvono al compito di ristabilire o mantenere il livello di salute di ciascuno degli utenti del servizio, in relazione al quadro clinico individuale. Per questa ragione, la disposizione impugnata, pur avendo come oggetto la razionalizzazione della spesa pubblica, si situa nell'alveo della tutela della salute, dal momento che la finalità della disposizione è anche quella di regolare uno degli aspetti attraverso i quali si concretizza la garanzia di accesso alla prestazioni sanitarie³⁷⁵.

Nel ricondurre la risoluzione della questione di costituzionalità al solo art. 149.1.16 CE, il Tribunale continua individuando – come si è visto sopra – che cosa debba intendersi per condizioni di base determinate dallo Stato nel settore della salute. In queste ultime viene fatta rientrare anche la competenza nella determinazione dei prezzi di riferimento dei farmaci, in quanto si considera che essa integri uno degli aspetti del catalogo di prestazioni sanitarie previsto dalla legge. I giudici, poi, vanno oltre, collegando la necessità dell'individuazione di una soglia uniforme per la rimborsabilità dei farmaci all'interno del SNS ai principi cardine sui quali si fonda il servizio sanitario iberico. Solamente attraverso la determinazione uniforme di *ciascuno* degli aspetti che caratterizzano l'offerta prestazionale, infatti, si può garantire l'uguaglianza tra tutti i cittadini, indipendentemente dal territorio di residenza³⁷⁶.

³⁷⁴ Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004, quinto fundamento jurídico.

³⁷⁵ Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004, quinto fundamento jurídico.

³⁷⁶ Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004, settimo fundamento jurídico: «De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por

Alla luce dell'esigenza di garantire un servizio sanitario universale ed egualitario, ma al contempo ispirato ai principi del decentramento, quindi, i giudici costituzionali procedono a valutare se realmente la disposizione impugnata si ponga in contrasto con la Costituzione. I passaggi per svolgere tale sindacato sono in primo luogo la ricostruzione del sistema delle fonti e delle competenze di ciascuno degli enti coinvolti, che vengono ponderati alla luce dei precetti costituzionali, e in seconda istanza la valutazione, alla luce del quadro normativo così "ricomposto", della legittimità della legge³⁷⁷.

Solamente a questo punto è possibile leggere con le giuste lenti la disposizione impugnata e i giudici evidenziano l'esistenza di due possibili interpretazioni: da una prospettiva strettamente letterale, la legge attribuisce al governo delle Canarie il potere di stabilire i prezzi di riferimento dei farmaci in modo del tutto svincolato rispetto alle disposizioni del legislatore statale; seguendo invece un'interpretazione costituzionalmente orientata, la legge delle Canarie deve comunque rispettare i minimi indicati a livello statale³⁷⁸. Come conseguenza, con una sentenza

parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad».

³⁷⁷ L'impostazione seguita dal Tribunale costituzionale per la decisione non pare essere molto distante dall'approccio utilizzato dai giudici della Corte costituzionale italiana nei casi analoghi che sono stati sopra commentati.

³⁷⁸ Vale la pena di riportare testualmente il passaggio: «En el presente supuesto el precepto impugnado admite dos interpretaciones. Partiendo de su estricta literalidad, cabe entender que la norma recurrida atribuye al Gobierno de Canarias la posibilidad de regular, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud, la fijación de los precios de referencia en relación a las diversas especialidades farmacológicas, sean cuales sean dichos precios y, en consecuencia, respeten o no los mínimos establecidos por la norma básica. Interpretada de ese modo, la norma impugnada sería inconstitucional. Ahora bien, en segundo lugar también cabe efectuar una interpretación conforme a la Constitución entendiendo que la facultad que atribuye al Gobierno de Canarias el art. 51.1 de la Ley canaria 5/1996, lo es sólo para fijar precios de referencia, siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal. Así entendida, la Ley canaria sería conforme a la Constitución pues, como hemos argumentado en los fundamentos jurídicos 6 y 7, las bases tienen el significado de mínimos a respetar por la legislación

interpretativa di rigetto, fondata sulla lettura della legge della Comunità Autonoma alla luce della normativa che fissa le condizioni di base statali (che funge in tal modo da parametro interposto), si sceglie di affermare la costituzionalità della legge³⁷⁹.

Vi è infine un ultimo elemento di parallelismo con il sistema italiano, e in parte con quello britannico: la previsione di ticket per l'accesso a determinate prestazioni. Fino ad ora³⁸⁰, in Spagna si è optato per la gratuità dei servizi e delle prestazioni rese, tranne nel caso della compartecipazione degli utenti al costo dei prodotti farmaceutici. Probabilmente, tenuta anche in considerazione la «fase di congiuntura economica eccezionalmente negativa»³⁸¹, anche nell'ordinamento spagnolo si renderà necessario ripensare in termini almeno relativi la gratuità del sistema, tenuti anche in considerazione i crescenti costi economici che il sistema sanitario si trova a dover sopportare.

In questi termini, autorevole dottrina si è dimostrata critica riguardo la soluzione scelta dal legislatore, di escludere dalla compartecipazione alla spesa farmaceutica gli ultra-sessantacinquenni³⁸²: Juan Pemán Gavin sostiene, in modo assai condivisibile, che si sia trattato di un'opzione adottata in un contesto storico e sociale nel quale l'aspettativa media di vita era di gran lunga inferiore a quella attuale e nella quale la condizione di “anziano” avesse delle sensibili differenze rispetto a quella

autonómica», Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004, settimo fondamento giuridico.

³⁷⁹ Sul punto si veda anche G. ESCOBAR ROCA, *Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales*, versione provvisoria della relazione presentata al IX Congresso dell'Associazione dei Costituzionalisti spagnoli, “*Derechos sociales y principios rectores*”, Santa Cruz de Tenerife, 27-28 gennaio 2011, originariamente disponibile sul sito internet dell'Asociación de Constitucionalistas de España, www.acoes.es; J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, cit., p. 59.

³⁸⁰ Pare però essere in corso un dibattito sull'opportunità di introdurre quote di compartecipazione anche per l'accesso a prestazioni di assistenza sanitaria (consulti, esami diagnostici, interventi chirurgici, ecc.), seguendo il modello italiano. Sul punto cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, cit., p. 55.

³⁸¹ C. cost., sent. n. 10/2010, punto 6.3 del considerato in diritto.

³⁸² Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, cit., p. 56, che tratta di «*gratuidad total de la prestación farmacéutica de la que se benefician todos los pensionistas*».

percepita oggi giorno. Al fine di ottenere il risultato inizialmente perseguito dal legislatore, egli propone perciò di innalzare la soglia d'età almeno oltre il compimento dei settant'anni, fissando al contempo una percentuale di compartecipazione anche per questa particolare categoria di cittadini, in misura però ridotta rispetto a quella degli altri lavoratori.

6. Un potenziamento della collaborazione interterritoriale: una lezione per l'Italia?

Uno degli elementi di forza del sistema sanitario spagnolo che può costituire una “buona lezione” per l'ordinamento italiano è rappresentato dal fondamentale ruolo giocato dal Consejo Interterritorial, quale luogo di incontro, di collaborazione e di co-decisione delle politiche sanitarie di livello statale.

Il fatto che le determinazioni relative ai *bases* della sanità debbano essere assunte in tale sede era già stato indicato dal TC in pronunce precedenti all'adozione della legge generale della sanità del 1986³⁸³: esso è considerato uno strumento attraverso il quale è possibile integrare le diversità tra le parti e creare un sistema efficiente, all'interno del quale sia possibile superare le disfunzioni che limitano o impediscono l'effettività nel godimento del diritto per i cittadini.

Questa la ragione per cui il Consiglio è stato originariamente istituito già dall'art. 47 della LGS (oggi sostituita dalle disposizioni della l. n. 16/2003); esso si profila come un organo il cui funzionamento è ispirato al principio del coordinamento svolto dallo Stato intorno ad un tavolo paritetico cui prendono parte tutti i rappresentanti delle CCAA³⁸⁴. Una volta stipulato un accordo, spetta poi ai livelli decentrati dare ad esso attuazione. A tali aspetti va aggiunto il dato circa le funzioni che l'organo ha svolto sino all'approvazione della legge di coesione del SNS del 2003: nonostante la l. n. 14/1986 attribuisse al Consiglio il potere di svolgere compiti di coordinamento, in realtà in dottrina è stato segnalato che, nel suo primo periodo di esistenza, l'organo avesse agito come luogo di incontro delle diverse istanze decentrate

³⁸³ In particolare, dalla già citata sentenza n. 32/1983 e dalla successiva sentenza n. 42/1983.

³⁸⁴ Si veda in particolare l'art. 70 della l. n. 14/1986.

dell'ordinamento, piuttosto che non come collettore e coordinatore di una molteplicità di realtà tra loro distinte³⁸⁵.

L'analisi di come la legge di coesione e qualità del SNS abbia profilato e in parte innovato i modi di funzionamento e la composizione del Consejo Interterritorial permette di svolgere alcune considerazioni circa la natura giuridica dell'organo e il peso che esso gioca nel sistema sanitario e nella garanzia di effettività del diritto alla salute nell'ordinamento spagnolo.

La composizione del Consiglio Interterritoriale è stata modificata dall'articolo 70 della l. n. 16/2003, che ha sostituito il precedente art. 47 della LGS. Mentre prima del 2003, nell'organo sedevano un rappresentante per ogni Comunità Autonoma e altrettanti rappresentanti statali, ora, invece, il Consejo è costituito dal Ministro della Sanità (che lo presiede) e da un consigliere competente in materia per ogni Comunità (fra i quali viene eletto il vicepresidente)³⁸⁶. Ciò, probabilmente, permette un funzionamento più “snello” dell'organo e al contempo ha condotto ad un ribilanciamento dei ruoli istituzionali in seno al Consiglio, dal momento che la previsione di una composizione “paritetica” in termini di eguaglianza numerica di rappresentanti statali e delle Autonomie, forse, spostava troppo verso il centro l'ago della bilancia delle valutazioni da doversi assumere³⁸⁷.

³⁸⁵ Cfr. J. TORNOS MÁS, *Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 10.

³⁸⁶ Si è quindi passati da una composizione di diciassette rappresentanti statali più diciassette autonomici, ad una più ridotta di diciassette più uno. Di fatto, i rappresentanti delle CCAA sono in genere i responsabili della sanità a livello territoriale, o persone da loro delegate. Così anche J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 208. Si segnala, peraltro, la mancanza di rappresentanti degli enti locali, quanto meno per mezzo dell'intervento dei rappresentanti delle associazioni che li riuniscono. Cfr. M. VAQUER CABALLERÍA, *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, in L. PAREJO, A. PALOMAR, M. VAQUER (a cura di), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesion, calidad y estatutos profesionales*, Madrid – Barcellona, 2004, p. 111.

³⁸⁷ Per quanto, invece, attiene all'organizzazione interna dell'organo, esso funziona per Commissioni delegate, ciascuna delle quali è competente a preparare i documenti e i rapporti preparativi per le decisioni, così come anche ad adottare risoluzioni proprie, agendo in tal modo in veste sostitutiva del Consejo. Cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 209.

All'interno dell'organo, va altresì segnalato il ruolo del Comité Consultivo, come garanzia di partecipazione delle parti sociali alle decisioni del Consiglio, secondo quanto previsto dall'art. 67 della l. n. 16/2003. Si tratta di un organismo, dipendente dal Consejo, che svolge la funzione di rendere effettivo il coinvolgimento sociale nel SNS, avente poteri consultivi e propositivi. La sua composizione dimostra la stretta dipendenza dal Consejo e pare di non potersi affermare che esso permetta una reale ed effettiva inclusione delle componenti della società e della cittadinanza al suo interno. Sembra trattarsi, piuttosto, di uno strumento attraverso il quale acquisire pareri da parte delle forze sociali, quali i rappresentanti del mondo aziendale e sindacale, risultando del tutto assenti le associazioni di cittadini e di pazienti³⁸⁸. In questo senso, vi può essere spazio, *pro futuro*, per una maggiore e più completa integrazione di tutte le reali componenti della società spagnola, in modo tale da garantire maggiormente una risposta coordinata e condivisa a istanze che possano essere presentate e discusse in termini effettivamente pluralistici.

Le competenze del Consejo Interterritorial del SNS sono descritte all'art. 71 della legge, che va però letto in combinato disposto con altre disposizioni della stessa legge che richiedono i pareri o le raccomandazioni dell'organo. Tale elemento permette di comprendere la funzione fondamentale svolta dal Consiglio all'interno del servizio nazionale della salute e per i singoli servizi autonomici: si può sostanzialmente affermare che nulla possa essere deciso senza il suo previo coinvolgimento, a dimostrare ancora una volta l'importanza non soltanto dei procedimenti da seguire per raggiungere determinazioni condivisibili nel settore sanitario, ma anche dell'acquisizione del punto di vista delle Comunità Autonome, alle quali è poi demandato il compito di realizzare in concreto quanto stabilito a

³⁸⁸ Secondo quanto previsto dall'art. 67, comma 2, della l. n. 16/2003, infatti, esso si compone di sei rappresentanti delle amministrazioni statali, sei delle Comunità Autonome, quattro designati dalle amministrazioni locali, oltre a otto rappresentanti delle organizzazioni aziendali e altrettanti di quelle sindacali. Sul Comité cfr. J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 209; M. VAQUER CABALLERÍA, *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 134.

livello nazionale³⁸⁹. I modi di intervento del Consiglio sono di molteplice natura, proprio perché vari e differenti sono i compiti che esso è chiamato a svolgere: il Consejo si può quindi esprimere attraverso pareri e raccomandazioni non vincolanti, può raccogliere informazioni, può presentare rapporti e relazioni anche al fine di stimolare l'attività legislativa e può e deve esprimersi in maniera vincolante, ove ciò sia richiesto dalla legge³⁹⁰.

Un ulteriore elemento che desta interesse, con riguardo al funzionamento del Consejo Interterritorial è il modo di adozione delle deliberazioni: la legge prevede che esso decida «por consenso»³⁹¹. Non è ben chiaro che cosa giuridicamente debba intendersi con tale espressione, nemmeno per la dottrina spagnola³⁹². L'espressione in sé conduce a intendere che le decisioni debbano essere prese o per acclamazione o all'unanimità. La soluzione cui pare di poter giungere è che in sede legislativa si sia scelto di indicare il consenso come modo di adozione delle raccomandazioni del Consiglio poiché, probabilmente, l'indicazione di una maggioranza (relativa o assoluta) per adottare un atto avrebbe condotto a ricercare quali fossero i soggetti “in minoranza”. A questo proposito, si può notare che, all'interno di un organo

³⁸⁹ Per un *excursus* quasi completo delle competenze del Consejo Interterritorial si veda J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., pp. 210 ss., in cui si afferma che il Consiglio ha una competenza quasi universale nel SNS, tanto che nessuna determinazione sul funzionamento di quest'ultimo gli sia estranea.

³⁹⁰ Uno dei principali esempi di quest'ultimo tipo di funzioni è quello della redazione della carta dei servizi (art. 8, l. n. 16/2003), contenente i livelli di base del servizio sanitario che devono essere garantiti in modo uguale sul territorio nazionale, oppure l'individuazione dei tetti massimi di tempo per le liste d'attesa (art. 25.1 della legge). Si veda anche J. PEMÁN GAVIN, *La nueva configuración del Sistema Nacional de Salud tras la Ley de Cohesión y Calidad (Ley 16/2003, de 28 de mayo)*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2005, 71, pp. 191 ss.

³⁹¹ Art. 73.2, l. n. 16/2003: «Los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso».

³⁹² In termini critici anche E.M. ÁLVAREZ GONZALEZ, *El sistema nacional de salud como sistema: realidad y carencias*, in *Derecho y Salud*, 2007, 1, p. 18; J. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 213; M. VAQUER CABALLERÍA, *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 130.

presieduto dal Ministro della Salute, con la funzione di raggiungere il coordinamento tra i sistemi sanitari autonomici e di indicare i livelli uniformi delle prestazioni e dei servizi offerti sul territorio nazionale, la scelta legislativa in un certo senso “ambigua” ha permesso di soprassedere al controllo dei voti contrari³⁹³. Peraltro, la scelta del legislatore appare poter essere valuta anche in termini neutri, dal momento che può essere condivisibile il fatto che le decisioni di organo il cui compito è quello di assicurare l'uniformità e l'eguaglianza nella salute risultino essere il frutto di un lavoro interamente collegiale, evitando al contempo che il veto posto da un solo membro “paralizz” l'adozione delle deliberazioni.

In definitiva, il ruolo del Consiglio Interterritoriale è quello di coordinare e uniformare il servizio sanitario nazionale e armonizzare quelli delle autonomie; a chi scrive, alla luce dell'analisi svolta, sembra che tale compito, almeno dal 2003 in poi, sia stato svolto tenendo in considerazione la finalità fondamentale per la quale le deliberazioni venivano assunte, riuscendo a comporre all'interno di un organo amministrativo poli-funzionale i probabili conflitti che le decisioni in campo sanitario recano. Probabilmente, dunque, è da attribuire ad una buona riuscita del compito di coordinamento la – finora – scarsa incidenza della materia sanitaria nei conflitti di competenze tra Stato e Comunità Autonome, che invece hanno avuto un impatto elevato nell'ordinamento italiano. Del resto, è stata proprio la Corte costituzionale a indicare la strada della composizione e “anticipata risoluzione” dei conflitti che inevitabilmente si possono creare in tale settore, all'interno della Conferenza Stato-Regioni³⁹⁴.

L'esito positivo del coinvolgimento dei vari livelli in cui lo Stato si articola, all'interno dell'ordinamento spagnolo, potrebbe costituire una buona lezione per

³⁹³ Si nota in M. VAQUER CABALLERÍA, *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, cit., p. 131 che se si fosse scelto di prevedere deliberazioni a maggioranza, probabilmente il legislatore avrebbe dovuto richiedere che vi fosse comunque l'approvazione del rappresentante statale.

³⁹⁴ Per una disanima del funzionamento e delle competenze della Conferenza Stato-Regioni si veda la monografia G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, 2006.

l'ordinamento italiano, ad alcune condizioni. Lo strumento dell'acquisizione del parere (obbligatorio)³⁹⁵ della Conferenza Stato-Regioni nel momento in cui il legislatore statale desidera intervenire sui livelli essenziali delle prestazioni rappresenta sicuramente un dato importante per il coinvolgimento delle *parti* di cui la Repubblica si compone e può – se ben utilizzato – aiutare a prevenire alcuni dei conflitti che la Corte si trova a dover risolvere. Il coinvolgimento della Conferenza, tuttavia, in questi anni, è stato voluto – e in un certo senso imposto – da un legislatore statale che ha scelto di continuare ad intervenire quasi come se la novella del Titolo V non fosse stata approvata³⁹⁶. In altre parole, la Conferenza (o meglio, le Conferenze, dato che quanto ora si dice si può applicare in modo trasversale, anche al di là del settore sanitario) è stata sinora quasi sempre chiamata ad esprimere il proprio parere da parte di un legislatore che aveva già scelto il verso delle determinazioni da assumere, consapevole del fatto che l'acquisizione del parere (peraltro non vincolante) fosse un passaggio necessario per il completamento formale dell'atto³⁹⁷.

La lezione che, forse, può essere appresa dall'ordinamento spagnolo, è quella di un coinvolgimento *ex ante* di organismi che abbiano la funzione di creare una base di soluzioni condivise e concertate, al fine di condurre all'adozione di una legge statale, pur anche di carattere trasversale, che risulti rispettosa del pluralismo, così come anche delle diverse istanze emergenti a livello territoriale. Questo obiettivo potrebbe essere raggiunto attraverso una valorizzazione della funzione propulsiva e propositiva che caratterizza la concertazione, al fine di rafforzare in modo effettivo la leale collaborazione.

Un aspetto che, invece, potrebbe essere ulteriormente incentivato e migliorato *pro futuro* in tutti gli ordinamenti considerati è quello del coinvolgimento e della

³⁹⁵ Come richiesto da C. cost., sent. n. 134/2006, su cui *supra*, nella prima sezione di questo capitolo.

³⁹⁶ In questi termini, I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, 2011, 2-3, pp. 533-534.

³⁹⁷ In I. RUGGIU, *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, cit., p. 537 si segnala anche che non sempre le Conferenze siano riuscite a “convincere” il Governo e che, inevitabilmente, gli atti legislativi così adottati siano giunti davanti alla Consulta.

compartecipazione della cittadinanza, al fine di realizzare un circuito virtuoso di decisioni profondamente democratiche. In parte, questo pare essere già uno degli obiettivi perseguiti all'interno del NHS britannico, sia nel contesto inglese sia in quello scozzese, anche se pare essere ancora lunga la strada verso una completa integrazione di tutte le componenti dello Stato sociale.

CAPITOLO TERZO

ACCESSO ALLE PRESTAZIONI SANITARIE NELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa: il quadro delle competenze dell'Unione in materia di salute e sanità e l'evoluzione delle previsioni dei Trattati

La disciplina relativa alla salute, nell'Unione Europea, ha subito un'evoluzione sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale che ha preso le mosse dall'applicazione delle regole del mercato interno¹. Nel corso degli anni, si è assistito ad un ampliamento delle politiche *della e per la* salute nel contesto europeo e, soprattutto con riferimento all'ultimo decennio, si può parlare di un'evoluzione nell'approccio delle Istituzioni dell'Unione: passando attraverso il riconoscimento l'interpretazione delle libertà di circolazione su cui si fonda il diritto del mercato interno, si è approdati – come si vedrà – alla tutela dei diritti individuali. Ci si propone di analizzare questo sviluppo, tenendo in considerazione le diverse prospettive da cui si può guardare al fenomeno, e di proporre una lettura dello stato dell'arte delle garanzie, in particolar modo relative all'uguaglianza e all'accesso alle prestazioni sanitarie, disponibili nel quadro del diritto dell'Unione.

Una maggiore disponibilità di informazioni, data dalla loro velocità di circolazione e immediata reperibilità, una elevata facilità di movimento interterritoriale e, non ultimo, il fatto che sono i pazienti stessi a cercare di conoscere e comprendere il proprio stato di salute e a valutare le possibili alternative sono i fattori che hanno

¹ Per una prospettiva in termini generali si veda J.K. MASON, G.T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, VIII ed., Oxford, 2011, pp. 48 ss.; cfr. inoltre R. BELLAMY, *The Liberty of the Post-Moderns? Market and Civic Freedom within the EU*, LSE “Europe in Question”, Discussion paper series, 2009, 1; D. CHALMERS, *Gauging the Cumbersomeness of EU Law*, LSE “Europe in Question”, Discussion paper series, 2009, 2.

portato ad un sensibile aumento, negli ultimi decenni, della mobilità dei pazienti all'interno dell'Unione europea². Il fenomeno è comunemente conosciuto come *turismo sanitario*, anche se la perifrasi, come si avrà modo di vedere qui di seguito, si dimostra imprecisa e descrive in modo incompleto la realtà effettiva della questione³. In seguito a un incremento degli spazi di intervento e a un'espansione delle competenze delle Istituzioni europee nel campo della salute, ivi compreso il ruolo di non poco conto della Corte di Giustizia, i cittadini dell'Unione si sono visti attribuire progressivamente uno spettro di diritti sempre più ampio.

Tutto ciò può prestarsi a due letture, fra loro tendenzialmente antitetiche: da un lato, l'intervento sempre più rilevante dell'Unione nelle politiche di e per la salute e nelle scelte relative all'organizzazione dei sistemi sanitari viene considerato una rischiosa interferenza nell'equilibrio interno dei singoli Stati membri, che potrebbe addirittura condurre alla corrosione dei sistemi di solidarietà sociale⁴; d'altro canto, tuttavia, tali interventi sono motivati dalla volontà di garantire un certo livello di eguaglianza nella garanzia di effettività dei diritti all'interno dell'Unione. Il diritto alla salute, in particolare, nel corso degli anni ha assunto un ruolo sempre più importante sia a livello interno, sia a livello sovranazionale, oltre che internazionale.

Analizzando l'emersione di una garanzia di diritti individuali nel campo della salute per tutti i cittadini dell'Unione senza discriminazioni, parte della dottrina ha

² Cfr. il sondaggio *Cross-border health services in the EU – Analytical Report* del giugno 2007, disponibile all'indirizzo internet ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_210_en.pdf (28.01.2012).

³ Più precisamente, la perifrasi si presta ad essere intesa in termini negativi, conducendo a intendere il fenomeno come se si trattasse di una sorta di «abuso di diritti», nel senso di un utilizzo del diritto oltre i limiti per i quali tale facoltà è conferita. È preferibile dunque parlare di «libera circolazione dei pazienti nell'Unione Europea», poiché in tal modo il fenomeno può essere inteso quale esso è realmente: un diritto soggettivo dei cittadini europei, che si coniuga con l'obbligazione al suo rispetto e alla sua garanzia per gli Stati membri e le Istituzioni dell'Unione. In questi termini si veda J. HEULIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos*, in *Derecho y Salud*, 2011, 21, p. 85.

⁴ Su questa tesi si veda, per esempio, C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, 43, p. 1645.

cominciato a parlare di diritti della «bio-cittadinanza europea»⁵: «A new kind of citizenship is taking shape in the age of biomedicine, biotechnology and genomics»⁶. Così come per altre dimensioni della cittadinanza, l'insieme delle situazioni giuridiche riguardanti la salute, intesa in senso lato, sta attraversando una fase di riqualificazione e rivalutazione e un processo di ri-territorializzazione nelle dimensioni locale, nazionale e sovranazionale. Nel rapporto tra individuo e la propria salute, il collegamento con lo Stato nazionale sembrerebbe ormai superato, alla luce dei progressi della medicina e delle biotecnologie: la dimensione territoriale della cittadinanza della salute resta connessa alle istanze territoriali o nazionali in virtù di un legame dipendente dalle scelte discrezionali del legislatore per forgiare, conformemente alla struttura del contesto giuridico e costituzionale in cui si opera, una disciplina sostenibile in termini di rispetto dei principi etici e morali cui lo Stato si ispira, di coerenza interna del sistema e di economicità. Tuttavia, come è accaduto e sta accadendo nel contesto dell'Unione Europea, tutto ciò non può più essere valutato e tenuto in considerazione in una prospettiva meramente nazionale o territoriale: si rende necessario sempre più il dialogo, il confronto e – probabilmente anche – il coordinamento con altre realtà statali o sovranazionali.

Ci si propone qui di ricostruire l'evoluzione dell'approccio dell'Unione Europea in tema di accesso alle prestazioni sanitarie, con particolare attenzione alla disciplina del diritto ad ottenere trattamenti sanitari in uno Stato membro diverso da quello di residenza. Questo del tutto peculiare profilo della libera circolazione dei cittadini europei, disciplinato da un Regolamento comunitario sin dal 1971, ha dimostrato la sua notevole importanza nel quadro comunitario, tanto da essere stato in molteplici occasioni oggetto di pronunce da parte della Corte di Giustizia.

⁵ L'espressione si deve a M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 239, ove si applica il concetto di «biological citizenship», su cui N. ROSE, C. NOVAS, *Biological citizenship*, in A. ONG, J. COLLIER (a cura di), *Global Assemblages*, Oxford, 2005, p. 439, al fenomeno della mobilità sanitaria nello spazio europeo.

⁶ N. ROSE, C. NOVAS, *Biological citizenship*, cit., pp. 439-440.

Molto recentemente, infine, è stata approvata una direttiva volta all'armonizzazione delle discipline nazionali riguardanti l'accesso e il rimborso delle terapie ricevute in altro Stato membro⁷, con previsioni *ad hoc* per quanto concerne l'istituzione di centri europei di eccellenza per la cura di malattie rare e il reciproco riconoscimento delle prescrizioni mediche e farmaceutiche. Attraverso lo studio di tale atto normativo si tenterà di dimostrare l'effettivo spostamento di prospettiva nel diritto dell'Unione Europea e la sempre maggiore attenzione accordata ai diritti individuali; si cercherà anche di valutare il possibile impatto della nuova normativa sugli ordinamenti interni e, in particolar modo, su quelli presi in considerazione in corso di analisi.

Una buona “lente” per comprendere l'impatto e il valore degli interventi dell'Unione nel settore oggetto d'indagine è costituita dalla ricostruzione della prospettiva attinente al tema della tutela della salute all'interno del contesto europeo ad opera della Corte di Giustizia: i trattamenti sanitari, come si vedrà, sono stati considerati «servizi» secondo l'accezione dei Trattati e per tal ragione ad essi sono stati applicati i principi che disciplinano le libertà fondamentali di circolazione nel diritto dell'Unione Europea. Ciò è stato recentemente confermato anche nella sentenza C-211/08 del 15 giugno 2010, *Commissione europea contro Regno di Spagna*: «Per quanto riguarda, da una parte, i servizi sanitari, va ricordato che, per giurisprudenza costante della Corte, le prestazioni mediche fornite a fronte di un corrispettivo rientrano nella sfera di applicazione delle disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi, ivi compresa l'ipotesi in cui le cure siano dispensate in ambito ospedaliero. Del resto, una prestazione medica non perde la sua qualifica di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 CE per il fatto che il paziente, dopo aver retribuito il prestatore straniero per le cure ricevute, solleciti successivamente l'assunzione di tali cure da parte di un servizio sanitario nazionale»⁸.

⁷ Si tratta della direttiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, su cui più diffusamente *infra*.

⁸ C-211/08, *Commissione europea v. Regno di Spagna*, 15 giugno 2010, par. 47 della decisione. Su cui cfr. A. COSTA, *Rimborso delle spese mediche impreviste sostenute all'estero e salvaguardia dell'equilibrio finanziario dei sistemi sanitari nazionali*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*,

La mobilità transfrontaliera dei pazienti all'interno dell'Unione Europea può correre su due differenti binari: vi sono coloro che necessitano di cure, già non trovandosi nel loro Stato d'origine (o di affiliazione) e coloro che, invece, si spostano proprio al fine di ottenere trattamenti sanitari all'estero. Quanto alla prima categoria (coloro che prima circolano nel territorio dell'Unione e poi, per una molteplicità di fattori, abbisognano di cure o di assistenza), trovano applicazione le disposizioni contenute nel Regolamento 1408/71, volto a disciplinare il diritto all'assistenza e alle prestazioni sanitarie per i lavoratori che si trovano temporaneamente sul territorio di un altro Stato membro⁹.

Con riferimento, invece, alla seconda categoria, il fenomeno del cd. *turismo sanitario*, che riguarda tutti quei cittadini europei che si recano in un altro Stato membro per ottenere un trattamento medico, è in continua crescita¹⁰ e può dipendere

2010, 3, p. 661.

⁹ Si rinvia all'articolo 22 del Reg. 1408/71, sul regime delle autorizzazioni per coloro che si trovano temporaneamente all'estero, nonché alle disposizioni del medesimo Regolamento, riguardanti i diritti di chi necessita di cure urgenti. Anche con riferimento a tale disciplina vi sono state delle importanti pronunce della Corte di Giustizia (cfr. C-145/03, *Keller*, del 12 aprile 2005), che non saranno oggetto d'approfondimento in questa sede. Per un'analisi più dettagliata si rinvia a W. PALM, I.A. GLINOS, *Enabling Patient Mobility in the EU: between free movement and coordination*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T.K. HERVEY (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, pp. 509 ss.

¹⁰ Si segnala, a questo proposito, il *Cross-border health services in the EU – Analytical Report* del giugno 2007, ove sono raccolti alcuni dati circa la mobilità transfrontaliera dei pazienti in Europa e un sondaggio circa la conoscenza degli stessi delle modalità e circa la disponibilità a recarsi all'estero per ottenere trattamenti sanitari. Qui si segnala che una media del 4% dei pazienti abbia ricevuto cure in uno Stato membro diverso dal proprio nell'arco dell'anno precedente al sondaggio. Con riferimento, invece, alla spesa sanitaria per la mobilità transfrontaliera, dai dati diffusi dall'Unione Europea contestualmente all'adozione della direttiva 2011/24/UE, si apprende che «la domanda di assistenza sanitaria transfrontaliera rappresenta soltanto l'1% della spesa pubblica per la sanità che corrisponde attualmente a circa 10 miliardi di euro. Tale stima comprende l'assistenza sanitaria transfrontaliera non pianificata preventivamente dai pazienti (ad esempio, le cure d'emergenza)». Fonte: [europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/32&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en)

[reference=MEMO/11/32&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/32&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en) (28.01.2012).

da diverse variabili, quali l'esistenza di lunghe liste d'attesa nel proprio Paese, il divieto o le restrizioni apposte a una determinata prestazione dalla normativa nazionale, la ricerca di trattamenti scientificamente o tecnologicamente più avanzati o, più semplicemente, ragioni economiche¹¹. Nel caso di impossibilità di ottenere una cura nel proprio Stato membro, sia perché essa non è fornita dal sistema sanitario, sia perché essa è proibita o sottoposta a restrizioni, si può pensare, solo per fare alcuni esempi, ai casi di accesso alle tecniche di fecondazione assistita, da parte di pazienti italiani in Spagna, oppure dalla Svezia alla Danimarca, o ancora ai casi di donne irlandesi che si recano nel Regno Unito per l'interruzione volontaria di gravidanza¹². A parità, invece, di offerta di prestazioni in diversi Stati membri, il fenomeno della mobilità può essere osservato nei casi in cui si desidera ottenere un trattamento di qualità superiore e, soprattutto, in tempi più rapidi, saltando le liste d'attesa nel proprio Stato, oppure nei casi in cui, come si è già accennato, il paziente – che nell'ottica del diritto dell'Unione Europea si comporta come un consumatore – si reca all'estero per ottenere un trattamento tecnologicamente e terapeuticamente più avanzato o più specializzato in relazione a particolari patologie¹³.

Per alcuni dati (solamente indicativi) sul numero di pazienti europei che si recano all'estero per trattamenti sanitari, cfr. anche *Mapping Health Services Access: National and Cross-Border Issues (HealthACCESS)*, del novembre 2006, all'indirizzo internet ec.europa.eu/health/ph_projects/2003/action1/docs/2003_1_22_frep_en.pdf (28.01.2012).

¹¹ Cfr. W. PALM, I.A. GLINOS, *Enabling Patient Mobility in the EU*, cit., p. 530, ove si segnala la possibilità che ottenere trattamenti sanitari all'estero possa essere, in alcuni casi, anche più economico per i pazienti.

¹² J. ROTHMARR HERRMANN, *Cross-border Care and the Free Movement of Morality*, in *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 2010, 3, p. 94; J.K. MASON, G.T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, cit., p. 51.

¹³ Su queste ipotesi si focalizzerà maggiormente l'attenzione nel corso della trattazione. Uno dei più chiari esempi di questa seconda categoria di fattispecie è dato dal caso Watts, su cui cfr. più diffusamente *infra*.

2. Il quadro normativo comunitario: l'evoluzione delle previsioni dei Trattati e il Regolamento CE 1408/71

I Trattati dell'Unione Europea hanno subito una ragguardevole evoluzione per quanto concerne la tutela della salute e le politiche sanitarie: tali aspetti, infatti, non erano originariamente inclusi fra le competenze dell'Unione e, passo dopo passo, sono stati gradualmente inclusi tra le sfere d'intervento dell'UE¹⁴.

Il punto di partenza per un riconoscimento, seppur ancora embrionale, di un certo livello di tutela della salute in Europa è stato raggiunto attraverso un'interpretazione estensiva dell'articolo 2 del Trattato di Roma, che pone tra gli obiettivi della Comunità un «miglioramento sempre più rapido del tenore di vita»¹⁵. È stata anche tale previsione, infatti, a rendere possibile per le Istituzioni europee l'adozione delle prime politiche comuni nel campo della salute¹⁶. È importante tener presente che l'inclusione di un primo stadio di politiche in campo sanitario all'interno delle previsioni dei Trattati contribuisce a evidenziare l'interesse delle Comunità prima e dell'Unione poi per la protezione dei diritti soggettivi, oltre che per il mercato comune; tale aspetto si è fatto più evidente soprattutto negli ultimi anni.

Nel 1991, con l'adozione del Trattato di Maastricht, il ruolo europeo nel campo della salute è stato definito in modo più completo, attraverso l'introduzione di una disposizione riguardante la competenza comunitaria nel coordinamento della

¹⁴ Cfr. *inter multis*, J. McHALE, *Fundamental Rights and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T.K. HERVEY (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, p. 282; T.K. HERVEY, J. McHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004; M. McKEE, E. MOSSIALOS, R. BAETEN (a cura di), *The impact of EU Law on Healthcare Systems*, Bruxelles, 2002.

¹⁵ Questo il testo dell'art. 2 del Trattato di Roma: «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano».

¹⁶ Cfr., a questo proposito il primo considerando del Regolamento (CEE) N. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971.

politiche nazionali sull'accesso alle prestazioni sanitarie¹⁷. Ciononostante, la sua applicazione concreta risultava ancora difficoltosa, stante la portata probabilmente troppo circoscritta.

Un intervento volto a rendere tale disposizione suscettibile di concreta applicazione è avvenuto con l'adozione del Trattato di Amsterdam, il cui articolo 152, articolato in cinque paragrafi, risultava più adeguato a definire le competenze dell'UE¹⁸.

Ad oggi, gli Stati membri hanno la propria competenza nella definizione della salute e dei sistemi sanitari interni, integrata e supportata dall'intervento dell'Unione in via di armonizzazione.

Nonostante il ruolo e le competenze dell'Unione Europea nel campo della salute risultino essere ancora in fase di evoluzione e, soprattutto, di definizione, si può registrare un'influenza via via più pregnante in campo sanitario da parte delle Istituzioni, che hanno adottato strumenti volti a garantire la libera circolazione di lavoratori e servizi e che hanno avuto un impatto sulle politiche sanitarie in Europa. Gli interventi in materia di politiche sanitarie, quindi, sono stati dall'origine basati sulla garanzia delle libertà fondamentali del mercato interno e orientati al cd. *market-based approach*.

¹⁷ Articolo 129 del Trattato di Maastricht: «La Comunità contribuisce a garantire un livello elevato di protezione della salute umana, incoraggiando la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendone l'azione. L'azione della Comunità si indirizza in primo luogo alla prevenzione delle malattie, segnatamente dei grandi flagelli, compresa la tossicodipendenza, favorendo la ricerca sulle loro cause e sulla loro propagazione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria. Le esigenze di protezione della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità [...]».

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti circa l'evoluzione del quadro normativo europeo sulla tutela della salute, cfr. V. HATZOPOULOS, *Health law and Policy: the Impact of the EU*, in G. DE BURCA (a cura di), *EU Law and the Welfare State in search of solidarity*, Oxford, 2005, p. 111.

Dal punto di vista normativo, la fonte principale a cui fare riferimento è il Regolamento CE 1408/71¹⁹ e, in particolare, il suo articolo 22²⁰, che disciplina le condizioni alle quali il lavoratore autonomo o subordinato (o i suoi familiari), il cui stato di salute richieda prestazioni mediche durante la dimora in uno Stato membro diverso da quello d'iscrizione al sistema previdenziale o assistenza o che sia stato da quest'ultimo autorizzato ad ottenere assistenza sanitaria in altro Stato membro, ha diritto ad ottenere tali trattamenti. In particolare, il lavoratore ha diritto «alle prestazioni in natura erogate, per conto dell'istituzione competente, dall'istituzione del luogo di dimora o di residenza secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse ad essa iscritto»²¹. La disposizione prevede anche che il provvedimento emesso dallo Stato membro di residenza (o nel quale si svolge l'attività lavorativa) possa essere negato nel caso in cui lo spostamento possa compromettere lo stato di salute dell'interessato. L'autorizzazione a recarsi in altro Stato membro per ricevere le cure adeguate al proprio stato di salute (emessa ai sensi dell'art. 22, paragrafo 1, lett. c) non può essere rifiutata nel caso in cui tali prestazioni siano previste fra quelle fornite dallo Stato membro di appartenenza, «se le cure stesse, tenuto conto dello stato di salute dello stesso nel periodo in questione e della probabile evoluzione della malattia, non possono essergli praticate entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza»²².

A livello normativo, vanno tenute in considerazione anche le previsioni della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Come noto, essa si suddivide in sette

¹⁹ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità

²⁰ Art. 22, Reg. 1408/71: Dimora fuori dello Stato competente — Ritorno o trasferimento di residenza in un altro Stato membro durante una malattia o una maternità — Necessità di recarsi in un altro Stato per ricevere le cure adeguate.

²¹ Art. 22, Reg. 1408/71, comma 1, punto i).

²² Art. 22, Reg. 1408/71, paragrafo 2. Cfr. anche G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009, pp. 209 ss.

capi, dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia e disposizioni generali. Sono più d'una le disposizioni della Carta che possono essere ritenute rilevanti nel campo della salute: senz'altro gli articoli del primo capo, sull'inviolabilità della dignità umana, sul diritto alla vita, sull'integrità fisica e il divieto di tortura contribuiscono a forgiare una concezione europea di salute. Inoltre, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo²³ in casi relativi al diritto ad accedere a trattamenti sanitari (o a rifiutarli), si può ritenere che principi quali il diritto alla protezione della vita privata e familiare e il diritto alla tutela dei dati personali (artt. 7 e 8) possano trovare applicazione nel settore sanitario. Vi sono poi gli articoli del capo terzo, sull'uguaglianza di tutti di fronte alla legge e sul divieto di discriminazione che, qualora collegati al diritto alla salute e all'accesso alle prestazioni sanitarie, potrebbero essere utili per permettere il raggiungimento di un livello omogeneo di tutela della salute e la rimozione di ostacoli che limitano l'eguaglianza sostanziale dei cittadini europei.

La disposizione, però, più significativa è senz'altro l'articolo 35 della Carta²⁴, che rende il diritto d'accesso alle prestazioni sanitarie all'interno dell'Unione Europea un diritto fondamentale, e la cui formulazione è basata sull'articolo 168 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), come si evince dal *memorandum (explanatory document)*²⁵. Ne deriva che a tutti i cittadini dell'Unione è riconosciuto un diritto sia a ricevere trattamenti sanitari sia alla prevenzione; la disposizione,

²³ La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo importante nella definizione del diritto alle prestazioni sanitarie per l'ordinamento britannico. Per le pronunce considerate in questi termini più significative, si veda *supra*, Capitolo primo.

²⁴ Art. 35, Protezione della salute: «Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

²⁵ Nota esplicativa del *Presidium* alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, dell'11 ottobre 2000, spiegazione art. 35: «I principi enunciati in questo articolo si basano sull'articolo 152 del trattato CE [l'attuale art. 168 TFUE], nonché sull'articolo 11 della Carta sociale europea. La seconda frase dell'articolo riproduce il paragrafo 1 dell'articolo 152».

inoltre, fonda l'obbligazione in capo alle Istituzioni dell'Unione a intervenire per dare concreta attuazione ai diritti enunciati nella Carta. Esso potrebbe trovare applicazione nei casi relativi al diritto alla circolazione dei pazienti in Europa, con tutte le implicazioni che da ciò – come si vedrà qui di seguito – derivano, quali il diritto al rimborso delle spese sostenute e a ricevere il medesimo livello di assistenza che spetta ai cittadini iscritti al sistema sanitario dello Stato membro in cui le cure sono ricevute²⁶. In effetti, tale previsione è stata utilizzata, seppur solamente al fine di rafforzare le argomentazioni addotte, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nel caso *Stamatelaki*²⁷, riguardante le restrizioni apposte dal sistema sanitario greco al regime delle rimborsabilità delle prestazioni ricevute in cliniche private stabilite all'estero²⁸. In questo contesto, l'articolo 35 viene richiamato per fondare una limitazione al principio, ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte, secondo il quale le esigenze del contenimento della spesa sanitaria motivate dalla volontà di mantenere un sistema equilibrato e accessibile a tutti possano essere considerate delle restrizioni giustificate alla libera prestazione di servizi: «Ciononostante, sebbene la giurisprudenza assuma come riferimento principale le libertà fondamentali sancite dal Trattato, vi è un altro principio, sempre più importante in ambito comunitario, il diritto dei cittadini di essere curati, proclamato dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,

²⁶ Per un primo commento circa le possibilità applicative dell'art. 35 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, si veda J. McHALE, *Fundamental Rights and Health Care*, cit., pp. 282 ss.

²⁷ C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleutheron Epagelmaton (OAE)*, decisa dalla Corte di Giustizia il 19 aprile 2007. Sulla sentenza cfr. A. DI RIENZO, *L'esclusione assoluta del rimborso delle spese di ricovero all'estero è contraria al diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 1275; E. LONGO, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 3, p. 662; M. MASTRANDREA, *Libera prestazione di servizi e rimborso di spese mediche*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 1078.

²⁸ All'epoca della decisione, però, nel 2007, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea era ancora uno strumento di *soft law*, non essendo ancora intervenuta la ratifica del Trattato di Lisbona.

quindi “[t]rattandosi di un bene superiore, la salute non può essere considerata esclusivamente sotto l’angolazione di costi sociali e difficoltà economiche latenti”²⁹. Tale diritto si configura come un diritto soggettivo, indipendente dal rapporto del singolo con la previdenza sociale, aspetto questo che la Corte di giustizia non può ignorare»³⁰.

È presto ancora per valutare l'impatto che l'articolo 35 della Carta di Nizza avrà sulle politiche sanitarie in Europa e sul grado di armonizzazione delle normative degli Stati membri per quanto attiene alla garanzia di accesso a prestazioni sanitarie e tutela della salute individuale. Ciò che però è certo è che il ruolo dell'Unione Europea in tale ambito si è già notevolmente ampliato rispetto a quanto inizialmente previsto e pone per il futuro degli interrogativi di non facile soluzione: vi è già (e vi sarà sempre di più) un'interazione tra le competenze statali in materia di tutela della salute dei propri cittadini, ivi compresi l'organizzazione, l'attuazione e il finanziamento dei singoli sistemi sanitari e la sfera di intervento dell'Unione Europea. Si è assistito ad un progressivo allargamento delle competenze e viene da chiedersi se ciò porterà in un prossimo futuro (od eventualmente se abbia già portato) ad una erosione dell'autonomia statale relativa alla gestione dei singoli sistemi sanitari e se ciò potrà avere un impatto sull'impianto costituzionale di garanzia dei diritti di ciascuno degli Stati membri e, in caso affermativo, di quale entità.

L'ultimo aspetto meritevole di attenzione concerne l'adozione della recente direttiva sui trattamenti sanitari transfrontalieri³¹.

3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulle cure transfrontaliere

²⁹ L'Avvocato Generale fa qui riferimento al Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «L'assistenza sanitaria», approvato dal plenum il 16 e il 17 luglio 2003 (GU C 234, pag. 36).

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate l'11 gennaio 2007, nella Causa C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleutheron Epagelmation (OAEE)*, paragrafo 40.

³¹ Su cui *infra*.

Al fine di comprendere l'evoluzione delle competenze e degli interventi dell'UE nella sfera dei trattamenti sanitari, così come dell'interpretazione e garanzia di diritti e libertà, è opportuno svolgere la disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa alle cure transfrontaliere.

Nel corso degli ultimi decenni, vi sono stati numerosi casi che riguardavano cittadini europei che avevano ricevuto trattamenti sanitari in un Paese membro diverso da quello di propria residenza (o iscrizione al servizio di previdenza sociale e sanitaria) e che adivano la Corte al fine di verificare l'esistenza del loro diritto a ricevere il rimborso delle spese sostenute da parte del proprio Stato di appartenenza, nonostante si fosse al di fuori delle previsioni dell'art. 22 del Regolamento 1408/71. Le pronunce della Corte hanno sviluppato un vero e proprio diritto *delle* prestazioni sanitarie transfrontaliere di cui risultano beneficiari tutti i cittadini europei, pur mantenendo fermo il principio in base al quale spetta agli Stati – e non può essere loro sottratto dall'Unione – il compito di istituire e organizzare i propri sistemi sanitari e di assistenza. Attraverso progressivi interventi, i giudici europei hanno dato il loro contributo a definire in modo più dettagliato le condizioni in base alle quali le pubbliche amministrazioni nazionali rilasciano le autorizzazioni previste dalla normativa, andando a limitare le ipotesi di diniego e restringendo in tal modo il potere discrezionale delle amministrazioni statali.

In primo luogo, è stato chiarito che le prestazioni sanitarie (ivi inclusa l'ospedalizzazione) debbono essere considerate servizi secondo quanto previsto dall'art. 56 TFUE: trovano pertanto applicazione tutte le norme relative alla libera prestazione e circolazione di servizi³². Dopo una prima affermazione, in un caso che

³² Tale principio fu per la prima volta stabilito nella sentenza sui procedimenti riuniti 286/82 e 26/83, su una domanda di pronuncia pregiudiziale promossa dal Tribunale di Genova, *Luisi e Carbone c. ministero del Tesoro*, 31 gennaio 1984: «Ne consegue che la libera prestazione dei servizi comprende la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni, anche in materia di pagamenti, e che i turisti, *i fruitori di cure mediche* e coloro che effettuano viaggi di studi o d'affari *devono essere considerati destinatari di servizi*», punto 16 del dispositivo. Corsivo aggiunto. Sulla sentenza cfr. P. GRASSI, *Consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di rapporti tra*

solo tangenzialmente riguardava il diritto ad ottenere prestazioni mediche in un altro Stato membro, il principio fu riaffermato esplicitamente e consolidato nel noto caso *Grogan*³³, in cui la Corte chiarì che, senza ombra di dubbio, le prestazioni sanitarie, effettuate in conformità al diritto dello Stato in cui vengono somministrate, debbono essere considerate servizi ai sensi delle disposizioni del Trattato³⁴. In modo particolare, l'interruzione della gravidanza «è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell'ambito di una libera professione, [...] le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell'art. 60 del Trattato [l'attuale art. 56 TFUE]»³⁵.

ordinamento comunitario e diritto valutario nazionale, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1984, p. 481.

³³ C-159/90, *Society for the protection of Unborn Children Ireland, Grogan e altri*, sentenza della Corte del 4 ottobre 1991, avente ad oggetto una domanda pregiudiziale circa l'interpretazione dell'allora articolo 60 del Trattato e, in particolare, sulla questione se una pratica abortiva potesse essere considerata “servizio” ai sensi del Trattato stesso. La Corte stabilì che: «Occorre rilevare che l'interruzione della gravidanza, così come lecitamente praticata in diversi Stati membri, è un'attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell'ambito di una libera professione. In ogni caso, la Corte ha già dichiarato nella sentenza 31 gennaio 1984, *Luisi e Carbone*, punto 16 della motivazione (cause riunite 286/82 e 26/83, Race. Pag. 377) che *le attività mediche rientrano nel campo di applicazione dell'art. 60 del Trattato*», punto 18 della motivazione. Corsivo aggiunto. Cfr. S. O'LEARY S., *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, in *European Law Review*, 1992, p.138.

³⁴ Cfr. punto 21 della motivazione.

³⁵ Cfr. punto 18 della motivazione. Corsivo aggiunto. Pare dunque essere l'elemento del corrispettivo economico a fronte di una prestazione a far sì che i trattamenti sanitari siano considerati servizi.

Il passaggio successivo fu sancito dal caso *Kohll*³⁶, nel quale alla Corte venne sottoposta una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione degli (allora) artt. 59 e 60 del Trattato relativamente al ricorso di un cittadino del Lussemburgo sul diniego dell'autorizzazione, prevista dall'art. 22 del Regolamento comunitario 1408/71, per sottoporre la figlia del ricorrente a un intervento dentistico in Germania. Dopo aver riconfermato che i trattamenti sanitari vanno considerati come servizi, secondo quanto previsto dal Trattato³⁷, la Corte ha affermato che il requisito della previa autorizzazione da parte di un'autorità statale per ottenere una cura in altro Stato membro costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi³⁸, che può trovare giustificazione nell'esigenza di mantenere un servizio medico e ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti e, in definitiva, in ragioni di bilanciamento delle finanze pubbliche³⁹. Nella fattispecie concreta, tuttavia, la Corte ritenne che questi

³⁶ C-158/96, *Kohll* del 28 aprile 1998. La sentenza ha per oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli (allora) articoli 59 e 60 del Trattato. Le questioni poste al vaglio della Corte erano le seguenti: «1) Se gli artt. 59 e 60 del Trattato che istituisce la CEE debbano essere interpretati nel senso che ostano a che una normativa subordini la presa a carico di prestazioni rimborsabili a un'autorizzazione dell'ente previdenziale dell'assicurato, qualora le prestazioni vengano fornite in uno Stato membro diverso da quello di residenza dell'assicurato. 2) Se la soluzione della questione precedente subisca modifiche qualora la normativa abbia l'obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti in una determinata regione». Cfr. J. CANTERO MARTÍNEZ, *Hacia la libre circulación de pacientes en el ámbito de la Unión Europea (a propósito de la sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 y de 12 de julio de 2001)*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2003, 221, p.83.

³⁷ Punto 29 della decisione.

³⁸ In quanto, subordinando l'ottenimento del rimborso delle spese sostenute al requisito della previa autorizzazione, non previsto per chi riceve le medesime prestazioni nello Stato d'iscrizione, la previsione scoraggia gli assicurati dal rivolgersi a prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri dell'Unione Europea e costituisce pertanto un limite alla libera prestazione di servizi. Punto 35 delle motivazioni.

³⁹ C-158/96, *Kohll*, punto 50: «Quanto all'obiettivo di conservare un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, occorre considerare che, anche se è intrinsecamente connesso alle modalità di finanziamento del sistema previdenziale, esso può parimenti rientrare nel regime di deroghe giustificate da ragioni di sanità pubblica previsto dall'art. 56 del Trattato in quanto

presupposti non fossero soddisfatti, in quanto mancava la dimostrazione che la normativa nazionale contestata fosse giustificabile alla luce dell'esigenza di conservazione di un equilibrio interno al sistema sanitario.

Dopo *Kohll*, le decisioni nei casi *Vanbraekel* e *Geraets-Smits e Peerbooms*⁴⁰ furono significative al fine di precisare ulteriormente l'estensione e la portata dei principi stabiliti, in particolar modo, in riferimento alla rimborsabilità delle cure ospedaliere e sull'applicazione dei principi stessi ai sistemi *benefit-in-kind*⁴¹.

Il caso *Vanbraekel*⁴² riguarda l'istanza di rimborso di un cittadino belga per le cure ricevute in Francia, nonostante l'autorizzazione preventiva fosse stata negata dal sistema assicurativo belga. La decisione è incentrata sulla regolamentazione dei

contribuisca alla realizzazione di un livello elevato di tutela della salute».

⁴⁰ C-157/99, *B.S.M. Smits, coniugata Geraets, e Stichting Ziekenfonds VGZ; H.T.M. Peerbooms e Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, del 12 luglio 2001. Cfr. R. ROTIGLIANO, *L'autorizzazione come presupposto per il rimborso delle prestazioni sanitarie erogate da strutture di un altro stato membro: diritto alla salute (della comunità nazionale) versus principio comunitario della libera prestazione dei servizi (Nota a CGCE 12 luglio 2001 (causa C-157/99))*, in *Nuove Autonomie*, 2001, 4-5, p. 606; G. BARCELLONA, *Libertà transfrontaliera di cure ospedaliere e sistema delle convenzioni al vaglio del diritto comunitario*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2002, 1, p. 15.

⁴¹ Nei cd. sistemi *benefit-in-kind* i trattamenti sanitari sono forniti gratuitamente agli utenti da parte di prestatori di servizi convenzionati con il fondo di assicurazione malattia, che provvede a pagare per i servizi. Fra gli Stati membri che hanno adottato questo modello di sistema sanitario possono essere ricordati Austria, Germania e Paesi Bassi.

⁴² C-368/98, *Vanbraekel e altri*, sentenza del 12 luglio 2001, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata da una Corte belga, sull'interpretazione, *inter alia*, dell'art. 22 del Reg. 1408/71 e dell'art. 59 TCE (l'attuale art. 56 TFUE). La causa verteva intorno al diniego da parte dell'ente previdenziale nazionale di procedere al rimborso delle spese di ricovero ospedaliero sostenute da una cittadina belga per un intervento di chirurgia ortopedica subito in un ospedale situato in Francia. Cfr. N. COGGIOLA, *Il libero accesso dei cittadini comunitari alle prestazioni sanitarie erogate in altri Stati membri tra programmazione sanitaria nazionale e principio comunitario della libera circolazione di servizi (Nota a CGCE 12 luglio 2001, causa C-368/98)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 1, p. 87; A. BONOMO, *Programmazione della spesa sanitaria e libertà di cura: un delicato dilemma (Nota a CGCE 12 luglio 2001 (causa C-157/99) CGCE 12 luglio 2001 (causa C-368/98))*, in *Il Foro amministrativo*, 2001, 7-8, p. 1870.

rimborsi delle spese mediche sostenute e, più nel dettaglio, sulla rimborsabilità della differenza esistente tra il regime di intervento previsto dallo Stato membro d'iscrizione (Belgio) e quello applicato dallo Stato in cui le prestazioni sono state ottenute (Francia). Nel caso di specie, le condizioni di rimborso delle spese sostenute erano più vantaggiose nel Paese d'iscrizione, rispetto a quelle previste dalla normativa francese. La Corte, dunque, dando applicazione concreta ai principi già stabiliti astrattamente nella precedente giurisprudenza, decretò che al cittadino spettava il rimborso delle spese nella misura che sarebbe risultata dall'applicazione della normativa dello Stato membro d'iscrizione.

Nelle cause riunite *Smits e Peerbooms*⁴³, due cittadini assicurati nei Paesi Bassi ricevettero trattamenti sanitari all'estero, senza aver prima ottenuto dalla cassa malattie dello Stato d'appartenenza la previa autorizzazione, richiesta dalla normativa nazionale, in conformità al Regolamento comunitario, per l'ottenimento del rimborso delle prestazioni.

L'oggetto della questione pregiudiziale verte sulla compatibilità del regime autorizzatorio previsto dalla normativa nazionale con la libera prestazione di servizi assicurata dal Trattato. Nei casi concreti, le autorizzazioni erano state negate poiché le cure ricevute non erano considerate «usuali negli ambiti professionali interessati» e perciò non erano considerate «prestazioni» ai sensi della normativa nazionale; il

⁴³ C-157/99, *B.S.M. Smits, coniugata Geraets e H. T. M. Peerbooms*, del 12 luglio 2001, avente ad oggetto una domanda pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 59 e 60 TCE (gli attuali artt. 56 e 57 TFUE). Il caso era relativo al rimborso delle spese di ospedalizzazione sostenute rispettivamente in Germania ed in Austria dei ricorrenti, iscritti al regime olandese dell'assicurazione malattia. In particolare, la prima ricorrente (signora Smits), affetta da morbo di Parkinson, aveva ricevuto dalla propria assicurazione malattie il diniego al rimborso dei trattamenti specialistici ricevuti in Germania, considerati dalla stessa vantaggiosi rispetto a quelli offerti nei Paesi Bassi. Il secondo ricorrente (signor Peerbooms), invece, si trovava in stato vegetativo a seguito di un incidente stradale e fu trasferito in una clinica università in Austria per una speciale terapia intensiva, alla quale non sarebbe stato ammesso nei Paesi Bassi e si vide respinta dalla propria assicurazione l'istanza di rimborso delle spese ospedaliere sostenute.

giudice rimettente si chiedeva se fosse rilevante che la cura ricevuta fosse rimborsata in base al sistema di legislazione sociale dell'altro Stato membro⁴⁴.

Il ragionamento della Corte⁴⁵ è basato sul principio di libera circolazione dei servizi e sul regime di rilascio delle autorizzazioni per ottenere cure all'estero. Ferma restando la competenza di ciascuno degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi previdenziali – pur nel rispetto del diritto comunitario – trova senz'altro applicazione la libertà fondamentale relativa alla prestazione di servizi.

L'assicurazione malattia olandese subordinava il rilascio dell'autorizzazione a due condizioni⁴⁶, in assenza delle quali essa doveva essere negata, escludendo pertanto il diritto al rimborso delle spese sostenute all'estero dal paziente. La Corte accerta che siffatta normativa osta senza dubbio ad una delle libertà fondamentali dell'Unione, in quanto costituisce un disincentivo per i pazienti a rivolgersi a prestatori di servizi stabiliti in altro Stato membro. L'unico spazio per ritenere la normativa olandese sottoposta al vaglio della Corte compatibile con il Trattato sta nella sua oggettiva giustificabilità⁴⁷. La richiesta di previa autorizzazione per l'assunzione da parte del

⁴⁴ Paragrafo 40 della decisione.

⁴⁵ Che verte sostanzialmente sulla compatibilità della normativa nazionale che subordina il rimborso delle cure prestate da un istituto ospedaliero in un altro Stato membro al rilascio di una previa autorizzazione della cassa malattia alla quale l'assicurato è iscritto, con diritto europeo. L'autorizzazione *de qua* è concessa solo se sono soddisfatte due condizioni: da un lato, il trattamento deve rientrare tra le prestazioni offerte dal sistema di assicurazione d'iscrizione, e d'altro lato, il trattamento all'estero dev'essere necessario per l'interessato (e quindi si presuppone la mancanza di cure adeguate nello Stato d'origine).

⁴⁶ Ovvero che il trattamento fosse coperto dal regime assicurativo stesso, in quanto «usuale negli ambiti professionali interessati», e che i prestatori di servizi convenzionati nello Stato membro d'iscrizione non potessero assicurare le cure tempestivamente.

⁴⁷ Paragrafi 69-70 della decisione. Nello specifico, la giustificazione alla restrizione della libera prestazione di servizi considerata accettabile dalla Corte risiede nell'interpretazione dell'art. 56 del Trattato, che consente agli Stati membri di limitare tale libertà «qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica, o addirittura per la sopravvivenza, della loro popolazione». Il principio era stato affermato nella sentenza *Kohll* (par. 51) e viene ripreso al par. 74 della sentenza *Smits-Peerbooms*.

sistema nazionale di previdenza sociale degli oneri finanziari delle cure ospedaliere prestate in un altro Stato membro alla Corte pare essere una misura necessaria e ragionevole, mirata alla garanzia di un controllo dei costi e del mantenimento di un certo livello di equilibrio nel sistema assistenziale⁴⁸, anche se resta comunque da verificare che le condizioni che devono risultare soddisfatte al fine del rilascio del provvedimento siano rispettose del principio di proporzionalità. A questo proposito, i giudici di Lussemburgo osservano che i criteri che regolano il rilascio di un'autorizzazione, a sua volta basata su una valutazione discrezionale dell'amministrazione, debbano essere fondati su parametri «oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo» e devono anche basarsi «su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo ed imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale»⁴⁹.

È questo il passaggio della decisione ora in esame che costituisce il fulcro della sentenza e nel quale si possono leggere i principi che regolano il diritto dei cittadini europei ad ottenere prestazioni sanitarie in uno Stato membro diverso da quello d'iscrizione. Sia permesso evidenziare l'attenzione attribuita dai giudici alla garanzia di un procedimento di impugnazione in via giurisdizionale o stra-giudiziale del provvedimento di diniego, oltre alla necessità del rispetto di criteri ben determinati a cui gli Stati dovranno da quel momento in poi conformarsi.

I Giudici procedono dunque applicando al caso di specie i principi individuati in via teorica e astratta e, più precisamente, verificando se le due condizioni cui è sottoposto il rilascio dell'autorizzazione da parte dell'assicurazione olandese li rispettino. La necessità di garantire un'offerta sufficiente, equilibrata e permanente di un servizio medico di qualità, caratterizzato da una certa stabilità finanziaria viene considerata una oggettiva giustificazione alla restrizione apposta da uno Stato membro ad una delle libertà fondamentali dell'Unione.

⁴⁸ Cfr. par. 80 delle motivazioni.

⁴⁹ Paragrafo 90 della decisione.

Ancora una volta, la Corte riconferma il suo orientamento secondo cui le prestazioni sanitarie sono configurabili come servizi e ricadono nell'ambito d'applicazione e nelle finalità degli (allora) articoli 49 e 50 del Trattato, senza bisogno di operare distinzione alcuna tra trattamenti forniti a livello ospedaliero o al di fuori di esso, ma limitandosi a chiarire in modo assai preciso come debbano essere interpretate le condizioni imposte dall'assicurazione dei Paesi Bassi per rilasciare l'autorizzazione, in modo tale che essa stessa possa essere considerata compatibile con il diritto dell'Unione⁵⁰.

Curiosamente, uno degli effetti più “significativi” della sentenza, a livello statale, è stato registrato in Inghilterra, dove l'allora Ministro per la Salute introdusse un piano per inviare i pazienti residenti sulla costa sud-occidentale dell'isola in Francia o in Belgio per interventi «a basso rischio», al fine di ridurre le liste d'attesa⁵¹. Una politica di tal fatta non può essere considerata positivamente in termini di equilibrio dei singoli sistemi sanitari nazionali, cooperazione transfrontaliera e integrazione europea. Essa pare puntare a sfruttare i lati forse un po' più “fragili” della sentenza, al fine di ridimensionare i problemi di organizzazione interna di un sistema sanitario andando a “pesare” su altri sistemi. In una prospettiva europea, un tal tipo di intervento né può considerarsi condivisibile, né sostenibile. Questo fattore contribuisce a illustrare la ragione per la quale la giurisprudenza della Corte di Giustizia successiva a questa e, in particolar modo, la decisione nel caso *Watts* abbia

⁵⁰ La giurisprudenza della Corte è analizzata approfonditamente in V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy*, cit., pp. 129 ss.

⁵¹ Per ulteriori riferimenti e commenti alla strumentalizzazione della sentenza *Smits e Peerbooms* da parte dell'allora Ministro per la Salute inglese si veda P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic service under EC Law*, in E. SPAVENTA, M. DOUGAN (a cura di), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005, pp. 105 ss.; K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS in the UK 1997-2002*, in J. ADAMS, P. ROBINSON (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, London, 2002, p. 28; J. McHALE, *Law, Patient's Rights and NHS Resource Allocation: is Eurostar the answer?*, in *Health Care Anal*, 2006, 14, p. 182 (sub nota 59); J. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 279.

avuto tanto impatto, anche a livello dottrinale, nel Regno Unito e sia stata sovente accolta con diffidenza o perplessità⁵².

Alla Corte di Giustizia si presentò l'occasione di precisare ulteriormente i criteri “procedurali” a cui deve sottostare il regime della previa autorizzazione in una sentenza del 2003.

Il caso *Müller-Fauré e Van Riet*⁵³ ha per oggetto il ricorso di due cittadine olandesi relativo al rimborso delle spese mediche sostenute rispettivamente in Germania e in Belgio per interventi dentistici, senza aver ottenuto la previa autorizzazione⁵⁴.

⁵² Cfr. per esempio J. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospective*, cit., *passim*; C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, cit., p. 1645, *passim*; V. ZIGANTE, *Assessing Welfare Effects of the European Choice Agenda: The case of health care in the United Kingdom*, LSE “Europe in Question”, Discussion paper series, 2011, 35

⁵³ C-385/99, *V.G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, e E.E.M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 13 maggio 2003, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione degli (allora) artt. 49 e 50 del Trattato. Cfr. L. BIGLIA, *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità Europea* (Nota a CGCE sez. V 18 marzo 2004, causa C-8/02; CGCE 13 maggio 2003, causa C-385/99), in *Rivista di diritto industriale*, 2004, 3, p. 230; S. ANTONIAZZI, *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione di servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un diverso paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello Stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute* (Nota a CGCE 13 maggio 2003 (causa C-385/99) e CGCE 23 ottobre 2003 (causa C-56/01)), in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, 2, p. 603.

⁵⁴ In particolare, la signora Müller-Fauré si era sottoposta ad un intervento dentistico durante un periodo di soggiorno per vacanze in Germania e al suo ritorno nei Paesi Bassi aveva richiesto alla propria cassa mutua di assicurazione malattia il rimborso delle spese sostenute, senza aver mai chiesto né ottenuto un'autorizzazione a riguardo. La signora Van Riet aveva invece richiesto l'autorizzazione a sottoporsi ad un'artroscopia in Belgio, in base al fatto che avrebbe ricevuto il trattamento in tempi più brevi. La cassa malattia aveva negato tale autorizzazione e ciononostante la signora aveva ricevuto il trattamento, in parte in regime ospedaliero e in parte al di fuori. La sua richiesta di rimborso delle spese sostenute fu respinta.

La questione pregiudiziale sottoposta al vaglio della Corte è articolata in tre distinte domande: in primo luogo, se le previsioni nazionali relative al regime della previa autorizzazione debbano ritenersi incompatibili con le disposizioni del Trattato sulla libera prestazione di servizi; in caso affermativo, se tale regime possa essere ritenuto oggettivamente giustificato; infine, se sia rilevante che le prestazioni sanitarie siano erogate in tutto o in parte all'interno di una struttura ospedaliera.

Quanto al primo quesito, la Corte conferma ancora una volta la sua consolidata giurisprudenza, in base alla quale le prestazioni mediche debbano essere considerate servizi, non rilevando a tal proposito che si tratti di prestazioni ospedaliere. Rifacendosi inoltre a quanto stabilito nel caso precedente, afferma che il requisito della previa autorizzazione può essere considerato una restrizione alla libera prestazione di servizi, a meno che non sia riscontrabile una oggettiva giustificabilità.

Le ragioni per giustificare l'obbligo di una previa autorizzazione risiedono nella necessità di tutela della sanità pubblica. Il sistema di convenzioni su cui è basata l'assicurazione malattia nei Paesi Bassi garantisce prestazioni in natura ai propri iscritti ed è diretto a garantire un servizio medico di qualità, equilibrato ed accessibile a tutti; qualora tali garanzie risultassero pregiudicate dall'applicazione diretta del diritto dell'Unione relativo alla libera circolazione dei servizi, la giustificazione della necessità di tutela della sanità pubblica risulterebbe sussistente, rendendo accettabile il requisito della previa autorizzazione per rimborsare le spese mediche sostenute all'estero dagli assicurati. I provvedimenti adottati in tal senso, però, devono rispettare il principio di proporzionalità e deve perciò essere dimostrato che si tratta della misura meno incisiva che poteva essere adottata⁵⁵.

Per quanto attiene alle motivazioni che possono oggettivamente giustificare una restrizione alla libera circolazione dei servizi, quale il regime della previa autorizzazione, la Corte riprende i criteri enunciati nella sua precedente giurisprudenza⁵⁶ e coglie l'occasione per precisare la portata del termine

⁵⁵ Cfr. par. 68 delle motivazioni.

⁵⁶ Punto 89 della decisione: «La condizione relativa al carattere necessario del trattamento, prevista dalla disciplina di cui alle cause principali, può giustificarsi con riferimento all'art. [49] del Trattato,

«tempestivamente», che si rivela fondamentale per valutare la compatibilità di un eventuale diniego di autorizzazione con il diritto dell'Unione. La previa autorizzazione, che può essere considerata giustificabile alla luce dell'esigenza del mantenimento di un sistema sanitario equilibrato anche finanziariamente, non dipende *in toto* dalla discrezionalità dell'amministrazione sanitaria nazionale. Quest'ultima, infatti, deve osservare i criteri procedurali enunciati nella sentenza *Smits e Peerbooms*, che ne condizionano sensibilmente il potere decisorio, e può emettere un provvedimento di diniego qualora risulti che un trattamento identico per il paziente possa essere «tempestivamente ottenuto ricorrendo ad un istituto con il quale la cassa malattia dell'assicurato ha concluso una convenzione»⁵⁷.

Si presenta quindi l'occasione per precisare in termini più dettagliati il significato dell'avverbio «tempestivamente»: nel valutare tale criterio temporale, infatti, le autorità nazionali dovranno prendere in considerazione tutte le circostanze relative al caso concreto, e in particolar modo l'intero quadro clinico del paziente in relazione al decorso e alla natura della patologia⁵⁸. L'attenzione sarà pertanto data alla situazione soggettiva del paziente che emerge dall'analisi della situazione clinica specifica e individualmente considerata. Quindi, negare una previa autorizzazione

purché essa sia interpretata nel senso che l'autorizzazione a sottoporsi ad un trattamento in un altro Stato membro può essere negata per tale motivo solo quando un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto ricorrendo ad un istituto con il quale la cassa malattia dell'assicurato ha concluso una convenzione». Tale principio era stato affermato al punto 103 della sentenza *Smits e Peerbooms*.

⁵⁷ Par. 89 delle motivazioni.

⁵⁸ Paragrafo 90 della decisione: «Al fine di valutare se un trattamento che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere *tempestivamente* ottenuto in un istituto che abbia concluso una convenzione con la cassa malattia alla quale appartiene l'assicurato, le autorità nazionali sono tenute a prendere in considerazione l'insieme delle circostanze che caratterizzano ogni caso concreto, tenendo nel dovuto conto non solamente il quadro clinico del paziente nel momento in cui è richiesta l'autorizzazione e, all'occorrenza, il grado del dolore o la natura dell'infermità di quest'ultimo, che potrebbero, ad esempio, rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un'attività professionale, ma anche i suoi antecedenti (v., in tal senso, sentenza *Smits e Peerbooms*, cit., punto 104)».

semplicemente sulla base dell'esistenza di liste d'attesa nel Paese d'iscrizione non costituisce una valida giustificazione alle restrizioni in tal guisa apposte ad una libertà fondamentale; al contrario, nell'ottica della Corte, una lista d'attesa troppo lunga per la patologia limita l'accessibilità a un sistema sanitario equilibrato e di qualità⁵⁹.

Quest'ultimo è un passaggio della sentenza che si è rivelato in seguito essere uno snodo fondamentale per la Corte stessa, quando è stata chiamata a decidere il caso – qui di seguito oggetto di approfondimento – di una paziente inglese recatasi in Francia per evitare la lunga lista d'attesa impostale dal NHS. Inoltre, il fatto che i giudici si siano spinti a prendere in considerazione l'aspetto problematico delle *liste d'attesa*, può essere visto come un primo (e per certi versi anche problematico) ingresso nell'area delle competenze statali relative all'organizzazione sanitaria. In ogni sua pronuncia, la Corte ha sempre ribadito che la gestione e il funzionamento dei sistemi sanitari nazionali sono di esclusiva spettanza di ciascuno degli Stati membri, i quali comunque devono al contempo rispettare le disposizioni e il diritto dell'Unione. Cionondimeno, nel momento in cui viene stabilito che la mera esistenza di liste d'attesa non può essere considerata di per sé un elemento sufficiente a sostenere il diniego dell'autorizzazione (provvedimento che, nell'ottica della Corte, si qualifica in termini di giustificazione ad una restrizione apposta dal diritto interno ad una delle libertà fondamentali del Trattato), viene da chiedersi se l'organizzazione interna del sistema sanitario resti ancora una competenza esclusiva statale.

Per quanto, infine, concerne il terzo ed ultimo quesito, sulla rilevanza che le cure siano dispensate in un contesto ospedaliero o al di fuori di esso, le conclusioni della Corte sono per la non compatibilità del regime della previa autorizzazione con il diritto dell'Unione nel caso di cure non-ospedaliere, data la scarsa rilevanza delle

⁵⁹ Come conseguenza della decisione della Corte, dal 2004 in poi, numerosi Stati membri hanno cominciato ad adottare delle misure nel diritto interno volte a chiarire il concetto di «*undue delay*» nell'accesso alle prestazioni sanitarie: alcuni Stati, come la Danimarca o la Norvegia, hanno introdotto delle garanzie per assicurare la tempestività dell'intervento medico, sancendo al contempo il diritto dei loro pazienti a recarsi all'estero nel caso in cui le condizioni stabilite non venissero rispettate. Si veda W. PALM, I.A. GLINOS, *Enabling Patient Mobility in the EU*, cit., p. 333.

stesse sull'equilibrio economico del sistema sanitario⁶⁰. Nell'argomentare della Corte vi è un passaggio che si rivela di particolare interesse quanto ai futuri sviluppi del diritto alle cure transfrontaliere per i cittadini europei. In base ai dati contenuti nel fascicolo, infatti, non risulta dimostrato che l'abolizione dell'obbligo della previa autorizzazione per trattamenti sanitari non-ospedalieri provocherebbe uno spostamento di pazienti tale da pregiudicare l'equilibrio del sistema sanitario. In particolare, secondo la Corte: «le cure sono di regola dispensate in prossimità del luogo di residenza del paziente, in un ambiente culturale che gli è familiare e che gli consente di stabilire relazioni di fiducia con il medico curante. Fatta eccezione per i casi di urgenza, *gli spostamenti transfrontalieri di pazienti si verificano soprattutto nelle regioni frontaliere o per il trattamento di patologie specifiche*»⁶¹.

A margine dell'analisi della decisione si può osservare l'approccio interventista della Corte, nel cui orientamento si può arrivare a leggere un monito rivolto agli Stati membri per rendere i propri sistemi di assicurazione e previdenza sociale maggiormente compatibili con il diritto dell'Unione e con le mutate esigenze dei pazienti.

A chi scrive pare che sia proprio la pronuncia appena esaminata a segnare la chiave di volta dell'approccio della Corte, prima basato semplicemente su un'attenta e scrupolosa valutazione del rispetto delle norme regolatrici del mercato interno e ora maggiormente incentrato sulla garanzia delle libertà fondamentali nei confronti dei

⁶⁰ La Corte opera infatti un *distinguo* tra le prestazioni mediche ospedaliere e quelle non ospedaliere. In riferimento alle prima, si legge nella sentenza (paragrafi 93 e ss.) che il regime della previa autorizzazione, in virtù della ormai consolidata giurisprudenza, costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi, giustificata sulla base delle esigenze di programmazione economica del sistema sanitario. Per quanto invece attiene alle prestazioni non ospedaliere, dal momento che esse hanno un impatto limitato sull'equilibrio del sistema sanitario, è minore lo spazio per il riconoscimento di oggettive giustificazioni alle restrizioni alle libertà fondamentali e per tale ragione gli Stati membri devono adottare delle normative e delle regolamentazioni compatibili con il diritto dell'Unione.

⁶¹ Par. 96 della decisione. Tali considerazioni si rivelano di fondamentale importanza alla luce degli ultimi e recentissimi sviluppi del diritto dell'Unione, soprattutto avendo riguardo alla direttiva relativa al diritto alle prestazioni sanitarie transfrontaliere per i cittadini dell'Unione, su cui *infra*.

cittadini, veri destinatari delle azioni e delle politiche dell'Unione e degli Stati membri⁶². Siffatta lettura della sentenza è giustificata proprio dalla definizione e specificazione del concetto di «undue delay», ossia di tempestività con la quale le prestazioni possono essere rese al paziente nello Stato membro d'iscrizione, fattore che si dimostra essere totalmente incentrato sulla valutazione della condizione soggettiva dell'individuo e della sua patologia.

Si dimostra, così, come la giurisprudenza quasi ventennale della Corte di Giustizia abbia, attraverso successive approssimazioni, definito in modo via via più compiuto la cd. «comunitarizzazione»⁶³ del diritto alla salute, *rectius* alle prestazioni sanitarie, nell'Unione, fino a porre, nelle sue pronunce più recenti, il cittadino al centro della questione.

La libera circolazione, che viene intesa non più solamente nel senso di libertà di movimento, soggiorno e stabilimento nel territorio europeo, ma che ormai si declina anche in termini di garanzia di diritti fondamentali⁶⁴, e su cui in precedenza era assoluta la competenza degli Stati membri, diviene in tal modo parte integrante dei diritti relativi alla cittadinanza dell'Unione Europea. La Corte, si badi, tiene a precisare che le attribuzioni sui sistemi sanitari, che vanno oltre la mera organizzazione, restano in capo agli Stati, i quali, tuttavia, in virtù delle obbligazioni che discendono dal diritto dei Trattati, non possono rendere più difficoltoso l'accesso a una prestazione fuori dai confini nazionali. Mentre in precedenza le libertà di circolazione e soggiorno erano parametricate sulle ragioni del mercato interno, in seguito agli orientamenti più recenti della Corte di Giustizia, si può arrivare a

⁶² Anche se i parametri normativi rimangono sostanzialmente immutati.

⁶³ E. LONGO, *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 3, p. 664.

⁶⁴ A questo proposito si veda M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale Comune europeo*, vol. I, Napoli, 2002; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002; S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010.

sostenere come il fulcro sia diventato ora la persona: in quest'ottica, la tutela del diritto a trattamenti sanitari transfrontalieri costituisce uno dei fattori di garanzia dei diritti fondamentali in Europa e di sviluppo della persona umana⁶⁵.

In dottrina si è notato il notevole mutamento di prospettiva della Corte di Giustizia, in *Smits e Peerbooms* prima e in *Müller-Fauré e Van Riet* poi⁶⁶. Chi si è posto in una prospettiva critica ha evidenziato come il focus sull'individuo e sulla tutela della sua posizione soggettiva possa a lungo termine forzare la tutela della salute intesa come interesse collettivo: la valutazione del criterio di «ritardo ingiustificato», con riferimento soltanto allo stato di salute soggettivo, nell'ottenimento di una determinata prestazione sanitaria potrebbe danneggiare il principio di solidarietà e condurre ad addirittura maggiori e più profonde diseguaglianze nel godimento del diritto alla salute e nell'allocazione delle risorse in campo sanitario. Il diritto alle prestazioni sanitarie a livello europeo, inteso in termini individualistici, potrebbe essere di beneficio solamente per un ristretto gruppo di soggetti (coloro i quali sono informati e che possono muoversi nei territori dell'Unione), producendo come effetto la diminuzione di risorse a disposizione delle categorie più deboli, composte – per esempio – dagli anziani e dai disabili, per i quali la mobilità transfrontaliera può risultare più difficoltosa⁶⁷.

Questi autori leggono il nuovo approccio della Corte come un lento spostamento verso la concezione di paziente come «consumatore»⁶⁸ all'interno del mercato dei servizi della salute. Anche se tali prospettive possono essere, seppur limitatamente, condivise, è d'uopo tener presente anche l'evoluzione del ruolo della Corte di Giustizia negli ultimi decenni: essa, in effetti, ha assunto sempre più i panni di un giudice costituzionale, abbandonando a poco a poco le sembianze di mero guardiano

⁶⁵ In questi termini si veda G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009, p. 241.

⁶⁶ Cfr. C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, cit., pp. 1645 ss.

⁶⁷ A questo proposito si veda C. NEWDICK, *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, cit., pp. 1646 ss.

⁶⁸ Cfr. G. DAVIES, *The effect of Mrs. Watts' Trip to France on the National Health Service*, in *King's College Law Journal*, 2007, 18, p. 158, *passim*.

del rispetto della legittimità di atti giuridici volti alla tutela del mercato interno. I giudici di Lussemburgo paiono essere oggi tutori del rispetto dei diritti fondamentali in Europa⁶⁹.

Più recentemente, la Corte si è pronunciata nel noto caso *Watts*, che riguardava una domanda di rinvio pregiudiziale, sollevata da una Corte d'appello inglese, in merito al ricorso di una donna che chiedeva al NHS il rimborso delle spese sostenute in Francia per un intervento chirurgico per l'apposizione di una protesi all'anca⁷⁰. La sentenza – che si va ora ad esaminare – si pone senza soluzione di continuità con le decisioni sopra analizzate e può, probabilmente, essere considerata la *summa* della giurisprudenza della Corte sui diritti dei cittadini europei ad ottenere prestazioni mediche in uno Stato membro diverso da quello di iscrizione o residenza.

Fra i principi affermati nella sentenza si legge che un paziente può richiedere di essere ammesso a determinati trattamenti sanitari in un altro Stato membro, nel caso in cui le liste d'attesa nel Paese di residenza siano tali da risultare ingiustificate alla luce di un'oggettiva valutazione della condizione medica del paziente e delle sue necessità; l'eventuale rifiuto di una previa autorizzazione non può essere giustificato sulla mera base dell'esistenza di liste d'attesa, ma deve tenere in considerazione la situazione soggettiva del paziente.

⁶⁹ In questa prospettiva anche J.M. ANTEQUERA VINAGRE, *El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla*, in *Ciudadanía sanitaria*, 2007, 15, p. 82; M. D'ANGELOSANTE, *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 63.

⁷⁰ C-372/04, *Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, del 16 maggio 2006, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) del Regno Unito. Cfr. R. CONTI, R. FOGLIA, *Rimborsabilità delle cure all'estero*, in *Il Corriere giuridico*, 2006 p. 1137; E. ADOBATI, *La Corte di giustizia precisa che per le cure prestate in un altro Stato membro sono rimborsabili solo le spese sostenute in ospedale e non quelle per il trasferimento e il soggiorno*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 524.

In questa decisione la Corte si dimostra più “interventista” rispetto ai casi precedenti, dal momento che fonda il suo argomentare su un'approfondita analisi del sistema sanitario inglese, che si rivela essere non solo preliminare e strumentale, ma addirittura fondamentale per la decisione. Si rende ora più evidente la volontà della Corte di ergersi a tutrice dei diritti individuali, attraverso l'adozione di una prospettiva sempre più centrata sulla persona e sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, piuttosto che di un'ottica basata sulle logiche del mercato interno.

La fattispecie può essere così riassunta: l'ultra settantenne signora Watts, residente in Inghilterra, aveva la necessità di sottoporsi ad un intervento chirurgico per l'apposizione di una protesi all'anca. Dal momento che i tempi della lista d'attesa prevista dall'autorità sanitaria del suo distretto superavano l'anno, la paziente chiese l'autorizzazione a sottoporsi all'intervento all'estero. L'amministrazione, congiuntamente al diniego, la informava che, a fronte della sua situazione clinica, la sua posizione era stata riconsiderata e, di conseguenza, i tempi d'attesa si erano accorciati a quattro mesi. Ciononostante, la donna si recò comunque in Francia, ove ottenne il trattamento immediatamente. Una volta tornata in patria, iniziò la procedura per ottenere il rimborso, che le fu negato, a causa della mancanza di previa autorizzazione.

Le questioni interpretative giunte a Lussemburgo si basano *in primis* sull'applicabilità della normativa comunitaria in tema di libera prestazione di servizi, come risultante dalla giurisprudenza della Corte stessa, al sistema sanitario inglese. Il National Health System – come visto – fornisce gratuitamente a tutti i residenti in Inghilterra le prestazioni sanitarie per le quali ricevono una prescrizione dal proprio medico di base; esso – a differenza degli equivalenti di altri Stati membri – non dispone di alcun fondo per il pagamento, dal momento che si limita a prevedere ed assicurare la fruizione dei trattamenti per i propri utenti. Qualora anche il sistema sanitario inglese possa essere considerato un *prestatore di servizi*, come indicato nella precedente giurisprudenza della Corte, il giudice remittente si chiede se possa essere addotto, come giustificazione atta a fondare il rifiuto della previa autorizzazione, l'impatto negativo che la circolazione dei pazienti inglesi in altri Stati

membri potrebbe avere sull'organizzazione del sistema sanitario interno, che gestisce le priorità cliniche attraverso un sistema di liste d'attesa. In particolare, inoltre, il giudice si chiede se il fatto che pazienti “meno gravi” possano di fatto “saltare” la lista d'attesa recandosi all'estero provochi condizioni di disuguaglianza tra i cittadini e se il fatto di dover prevedere nel bilancio interno dei fondi volti al rimborso delle spese sostenute da coloro che hanno la possibilità di viaggiare per ottenere le cure vada ingiustificatamente a sviare le risorse, distraendole dalle loro prioritarie destinazioni, danneggiando dunque pazienti con esigenze più urgenti o con meno possibilità. Si chiede, inoltre, quali debbano essere i criteri idonei per stabilire se il trattamento sia disponibile senza indebito ritardo.

Il cuore della sentenza è la definizione, in termini pressoché definitivi, del concetto di «indebito ritardo», sulla scorta delle decisioni precedenti, in base alle quali andranno considerate tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresi non soltanto il quadro clinico del paziente al momento della richiesta, ma anche il grado di dolore, la natura della patologia e l'eventuale effetto sull'esercizio dell'attività professionale del soggetto⁷¹. Naturalmente, ai fini dell'organizzazione di un sistema sanitario di tipo universalistico e in ragione delle mutate esigenze dei pazienti in un contesto medico, sociale ed economico in cui il progresso scientifico e l'aumentata aspettativa di vita ampliano le domande di assistenza e di cure ospedaliere, non si può negare che la creazione di un sistema di liste d'attesa sia volto a pianificare la gestione delle risorse e a stabilire delle priorità. Tale sistema, tuttavia, ad avviso della Corte, deve essere caratterizzato da elasticità e dinamicità, al fine di poter riconsiderare la posizione di individui che versano in particolari situazioni. In definitiva, al fine della verifica della sussistenza o meno di un indebito ritardo nell'accesso alle cure richieste, l'istituzione competente è tenuta a «stabilire che tale tempo non superi il periodo accettabile in base ad una valutazione medica oggettiva dei bisogni clinici dell'interessato, alla luce del complesso dei parametri che caratterizzano la sua

⁷¹ Paragrafi 62 ss.

situazione clinica al momento in cui la domanda di autorizzazione è proposta o, eventualmente, rinnovata»⁷².

Quanto alle altre questioni sottoposte, la Corte conferma, ancora una volta che l'articolo 49 del Trattato è applicabile, facendo così rientrare i trattamenti sanitari nel regime della libera prestazione di servizi; ribadisce anche che la competenza degli Stati membri ad organizzare i propri sistemi previdenziali è pacifica, anche se comunque, nello stabilire le condizioni di accesso alle prestazioni, gli Stati stessi devono rispettare il diritto comunitario, con particolare attenzione alle disposizioni sulla libera prestazione di servizi⁷³.

Si passa quindi all'esame della compatibilità delle restrizioni apposte dal Regno Unito alla libera prestazione di servizi rispetto alla possibilità di giustificazione delle stesse, individuate nei casi giurisprudenziali precedenti⁷⁴. In sé considerato, il regime delle prelievi autorizzazioni appare compatibile con il diritto dei Trattati, purché le condizioni per il rilascio siano giustificate e proporzionate: «un regime di previa autorizzazione, perché sia giustificato anche quando deroga a tale libertà fondamentale, deve essere comunque fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario. Un tale regime di autorizzazione deve, inoltre, basarsi su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo e imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter essere considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale»⁷⁵.

⁷² Paragrafo 79 della decisione.

⁷³ Paragrafo 92, in cui la Corte richiama anche la propria giurisprudenza precedente: *Smits e Peerbooms*, par. 44-46; *Müller-Fauré e van Riet*, par. 100.

⁷⁴ In sintesi essi sono: l'obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale che sia essenziale per la sanità pubblica, oltre al rispetto del principio di proporzionalità. Par. 104-106.

⁷⁵ Paragrafo 116. Per quanto, invece, attiene alla quantificazione del rimborso cui il cittadino ha diritto, sia consentito rinviare ai paragrafi 124 ss. della decisione.

La sentenza *Watts* reca con sé importanti conseguenze sul piano dell'organizzazione dei sistemi sanitari statali. Viene perciò da chiedersi quanto sia ancora valido il principio generale in base al quale la competenza su questa materia è esclusivamente statale. Per quanto riguarda, per esempio, l'impatto della decisione sul sistema sanitario inglese, bisogna innanzi tutto osservare che il National Health System dovrà prevedere nel proprio bilancio un certo ammontare di risorse da destinare al rimborso di coloro che ricorrono alle cure all'estero. Ciò non è scevro di rilevanti conseguenze, se si tengono in considerazione le difficoltà già esistenti nel contesto britannico in ordine all'allocazione delle risorse in campo sanitario. Alcuni autori hanno sostenuto che al fine di garantire tali rimborsi, il NHS dovrà o rinunciare ad offrire trattamenti che sono oggi garantiti, oppure modificare il regime delle liste d'attesa, provocando in tal modo un ulteriore ritardo nell'accesso alle cure per i pazienti (probabilmente appartenenti a categorie più deboli e più bisognose di tutela) che non hanno la possibilità di recarsi all'estero⁷⁶. D'altro canto, tuttavia, sarà opportuno verificare, attraverso indagini verosimilmente mediche, sociologiche ed economiche, quale sia realmente la quantità di movimento transfrontaliero in questi termini e a quanto possa essere quantificato l'ammontare delle risorse da devolvere al regime dei rimborsi.

Un ulteriore elemento di criticità relativo alle probabili conseguenze sull'amministrazione della sanità a livello nazionale concerne la garanzia di una certa soglia di eguaglianza tra i cittadini. La determinazione di liste d'attesa, infatti, è un'operazione assai complessa in termini clinici ed etici: sono molti gli elementi meritevoli di considerazione, dallo stato di salute individuale di ciascun paziente, alla natura della patologia e al suo decorso. L'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia rischia, in qualche modo, di mettere in crisi i fattori etici, medici e morali che portano alla determinazione delle priorità all'interno di un sistema sanitario e

⁷⁶ Per alcuni spunti critici alla sentenza *Watts*, si veda, per esempio J. McHALE, *Rights to medical treatment in EU law*, in *Medical Law Review*, 2007, 15, pp. 99 ss.; S. MENTO, *I sistemi sanitari nazionali e il principio di libera circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 12, p. 1309.

potrebbe condurre a una rivalutazione dei criteri da parte delle amministrazioni sanitarie. Non si tratta di un'operazione semplice, dal momento che i fattori considerati sono molteplici e che ad essi viene attribuito un diverso peso a seconda, anche, degli orientamenti etici e morali alla base dell'attività sanitaria, oltre che, naturalmente, della attuale e concreta disponibilità di risorse. Se, come conseguenza delle decisioni della Corte di Lussemburgo, i pazienti ai quali viene attribuita una bassa priorità possono ottenere in tempi più rapidi il trattamento di cui hanno bisogno all'estero, a spese del sistema nazionale, probabilmente si renderà necessaria una rivalutazione dei criteri stessi.

Una possibile soluzione a tal tipo di questioni, forse, potrebbe essere valutata in termini di condivisione, a livello europeo, dei criteri in base ai quali determinare le priorità⁷⁷.

Alla luce dei casi esaminati pare possibile affermare che, nel corso degli anni, l'approccio della Corte si sia spostato da una logica di garanzia dei principi che regolano il mercato interno, ad una prospettiva il cui punto focale è rappresentato dal paziente, inteso come destinatario dei diritti garantiti dall'Unione, con le sue esigenze individuali, che talora possono prevalere sulle logiche economiche dell'organizzazione sanitaria statale.

La decisione nel caso *Watts* mira a rafforzare i diritti dei cittadini europei: ad essi non viene solamente riconosciuto il diritto alla mobilità transfrontaliera, ma viene anche individuato un sistema di diritti “procedurali”, su cui fondare lo scrutinio delle determinazioni statali relative al regime delle prelievi autorizzazioni⁷⁸.

⁷⁷ Su questo aspetto si tornerà nella parte conclusiva del capitolo. Sia consentito per ora soltanto porre la questione, alla quale si cercherà di proporre qualche soluzione alla luce della trattazione completa della presente parte del lavoro.

⁷⁸ La determinazione dei diritti cd. procedurali per i pazienti è stata definita compiutamente nel caso *Watts*, anche se – come visto – aveva cominciato ad essere delineata per progressive approssimazioni nella giurisprudenza precedente. L'individuazione dei criteri procedurali per l'autorizzazione e la verifica di legittimità della stessa è stata inoltre codificata nell'articolo 9 della direttiva 2011/24/UE, sull'assistenza transfrontaliera in Europa (su cui diffusamente nel paragrafo seguente), nella quale pare però che non sia stato aggiunto molto rispetto a quanto individuato nella giurisprudenza della Corte.

In termini critici, parte della dottrina ha anche evidenziato come, con il caso *Watts*, la Corte di Giustizia abbia creato un principio in base al quale gli Stati membri hanno un'obbligazione ad assicurare trattamenti sanitari adeguati; se ciò non è per loro possibile, a causa dell'organizzazione interna del proprio sistema sanitario, devono prevedere la possibilità di rimborso per i propri cittadini costretti a recarsi all'estero per colmare le inadeguatezze del proprio Stato. Dal momento che, tuttavia, un diritto configurato in termini espressi e, soprattutto, positivi non è previsto nell'ordinamento di tutti gli Stati membri, l'intervento della Corte, che potrebbe essere definito, in questo caso, creativo di diritti sociali, viene visto come problematico e difficilmente sostenibile⁷⁹.

A chi scrive, questa tesi non appare del tutto condivisibile. L'effetto diretto della sentenza della Corte non è quello di creare un diritto sociale, ma di assicurare il rispetto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, attraverso cui si realizzano il diritto del cittadino europeo ad ottenere copertura dal proprio servizio sanitario per trattamenti ricevuti all'estero. Per quanto, in effetti, risulti essere forse poco sostenibile per sistemi sanitari di modello *Beveridge*, come quello britannico, il dover prevedere fra le risorse da destinare alla sanità, anche una percentuale finalizzata a rimborsare i trattamenti ricevuti all'estero, pare tuttavia che sia possibile una lettura in termini meno critici della sentenza.

In definitiva, la giurisprudenza della Corte, nel corso di quasi due decenni, ha creato una sorta di sistema duale di accesso alle prestazioni sanitarie transfrontaliere: da un

L'effettività della garanzia sarà dunque valutabile in termini concreti alla luce dell'attuazione da parte degli Stati membri. Su questo cfr. S. DE LA ROSA, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, p. 34.

⁷⁹ Per una lettura molto critica della sentenza *Watts*, si veda G. DAVIES, *The effect of Mrs. Watts' Trip to France on the National Health Service*, cit., pp. 158 ss. Più precisamente: «The [...] theme is the gradual development of social rights in Community law, in an attempt to balance the claimed market bias. It will be suggested that Watts almost establishes a right to adequate medical care-if your state cannot provide it then it must pay for you to have it elsewhere. This is not a right written into many constitutions, and it is controversial whether the Community should be the source of it, but nor is it something that is easy to reject», p. 166.

lato, resta vigente il quadro dipinto dal Regolamento del 1971, che prevede il diritto dei cittadini europei ad essere curati in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione, alle medesime condizioni che spettano agli iscritti al sistema sanitario o previdenziale dello Stato “ospitante”, previo ottenimento di un'autorizzazione *ad hoc*; d'altro canto, però, applicando il principio della libera circolazione dei servizi, si è creato il diritto ad ottenere, da parte dello Stato d'affiliazione, il rimborso delle spese sostenute per trattamenti ricevuti all'estero (in regime ospedaliero o al di fuori di esso), anche senza il provvedimento autorizzatorio. Ciò che ne deriva è un certo livello di complessità e incertezza del quadro giuridico di riferimento.

4. La nuova direttiva sui diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera

A fronte dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte e della sempre più forte incidenza della circolazione dei pazienti anche oltre il confine degli Stati membri, le Istituzioni dell'Unione Europea hanno ritenuto che i tempi fossero maturi per la creazione di un quadro giuridico volto all'armonizzazione dei diritti nazionali circa l'accesso alle prestazioni transfrontaliere: la finalità perseguita è quella di giungere alla creazione di un contesto comune di garanzie per i cittadini e di rimuovere gli ostacoli interposti alla libera circolazione da parte delle normative nazionali.

I primi passi verso l'adozione di uno strumento giuridico adatto all'armonizzazione del diritto degli Stati membri sulla circolazione dei pazienti in Europa sono stati mossi subito dopo la sentenza *Watts*. Nel settembre del 2006, la Commissione europea iniziò un procedimento di consultazione sulla compatibilità tra le scelte individuali e la sostenibilità economica e organizzativa della libera circolazione dei pazienti in Europa da parte dei sistemi sanitari dei singoli Stati membri⁸⁰. È stato osservato come per Paesi più piccoli o con minori possibilità e risorse, sia umane sia economiche, sia difficile offrire trattamenti medici specialistici di elevata qualità, a

⁸⁰ Comunicazione della Commissione, *Consultazione relativa ad un'azione comunitaria nel settore dei servizi sanitari*, SEC (2006) 1195/4, Bruxelles, 26.09.2006.

diretto discapito dei pazienti e di un livello sostenibile di uguaglianza intersoggettiva all'interno del territorio dell'Unione. Il risultato del procedimento di consultazione ha condotto a rilevare la necessità di un quadro giuridico certo e ben definito circa i diritti dei pazienti alla mobilità inter-comunitaria.

Le finalità da perseguire sono state principalmente ravvisate nella necessità di un chiarimento delle procedure e delle condizioni per ottenere cure transfrontaliere, nell'individuazione delle autorità nazionali ed europee competenti, nell'assicurazione ai cittadini di un sistema volto anche ad accertare eventuali responsabilità in caso di errori od omissioni, e infine nella garanzia – dal punto di vista nazionale – di un sistema realmente equilibrato ed accessibile⁸¹.

Le modalità attraverso cui giungere alla realizzazione di questi obiettivi sono il raggiungimento di un buon livello di certezza del diritto, lo sviluppo di criteri comuni, al fine di garantire un accesso a prestazioni di elevata qualità, nel rispetto dei principi di eguaglianza, solidarietà e riservatezza. Si è inoltre riconosciuto che un particolare livello di attenzione dovrebbe essere attribuito a particolari gruppi di pazienti, quali le donne, le minoranze, gli anziani e coloro che sono affetti da malattie rare⁸². La Commissione ha proposto di prediligere, come strumenti per l'azione comunitaria, gli atti giuridici vincolanti, come ad esempio una direttiva basata sull'articolo 95 del Trattato (l'attuale art. 114 TFUE), e a tal fine ha aperto una procedura di consultazione che si è conclusa nel gennaio 2007⁸³ e che è stata seguita

⁸¹ Per ulteriori dettagli, cfr. pp. 9-10 della comunicazione della Commissione, disponibile all'indirizzo: ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/comm_health_services_comm2006_it.pdf (28.01.2012).

⁸² Per un resoconto dettagliato della consultazione della Commissione si veda, per esempio, J. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospective*, cit., pp. 280 ss.

⁸³ Nella relazione introduttiva alla proposta di direttiva (su cui cfr. *infra*), viene dato conto dell'esito della procedura di consultazione: «La Commissione ha ricevuto 280 risposte alla consultazione da parte di una vasta gamma di soggetti interessati, tra cui organizzazioni di professionisti della sanità, fornitori di assistenza sanitaria, governi nazionali e regionali, assicurazioni, industria e singoli cittadini. Sono stati evocati numerosi temi attinenti all'assistenza sanitaria in Europa, in particolare a quella transfrontaliera, di cui si è tenuto conto nei lavori preparatori della presente proposta della

dalla *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, del luglio 2008⁸⁴.

La direttiva, che si è distinta per un lungo periodo di gestazione, prima dell'approvazione definitiva nel marzo 2011⁸⁵, si prefigge lo scopo di favorire la creazione di standard comuni nel campo dell'accesso alle prestazioni sanitarie e di istituire una rete europea di centri di eccellenza per la cura di malattie rare, oltre a un sistema di informazione efficace per i cittadini che desiderino ottenere delle cure mediche all'estero⁸⁶.

Secondo il Parlamento europeo, infatti, il giungere ad un'armonizzazione delle norme giuridiche all'interno dell'Unione relative all'assistenza sanitaria è un ottimo strumento per consolidare i principi che sono stati espressi dalla Corte⁸⁷, per garantire la certezza del diritto ai pazienti, agli operatori dei sistemi sanitari nazionali e ai privati che forniscono i medesimi servizi. La volontà politica è quella di individuare metodi comuni per un'allocazione delle risorse in campo sanitario che sia il più efficiente possibile e di rendere più semplice e immediato l'accesso alle cure. L'intento è quello di rendere più funzionale all'interno dell'Unione Europea la

Commissione». Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, COM(2008) 414, Bruxelles, 2.7.2008, disponibile all'indirizzo: ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/docs/COM_it.pdf (28.01.2012).

⁸⁴ Per un commento alla proposta di direttiva, si veda, per esempio, E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza*, in *Derercho y Salud*, 2009, 2, p. 21.

⁸⁵ La prima proposta risale infatti al 5 luglio 2008 e la sua adozione è del 9 marzo 2011, Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

⁸⁶ Le basi legali della direttiva sono proprio l'articolo 114 TFUE (come indicato dalla Commissione) e l'articolo 168 TFUE, riguardante le competenze dell'Unione nel campo della salute. Quest'ultimo, in particolare, è essenzialmente mirato a salvaguardare la competenza statale nell'organizzazione dei sistemi sanitari e a fondare, al contempo, l'utilizzo degli strumenti di cooperazione contenuti nell'atto normativo. Cfr. S. DE LA ROSA, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, cit., p. 27.

⁸⁷ Come si evince anche dal Considerando n. 8 della direttiva.

circolazione dei pazienti e di garantire al contempo un alto livello di protezione della salute. Al fine di perseguire tale risultato, nel testo della direttiva possono essere individuate tre principali linee direttrici: l'individuazione di alcuni principi comuni a tutti i sistemi sanitari europei, lo sviluppo di un quadro di cooperazione e coordinamento tra gli Stati, in modo tale da garantire il mutuo riconoscimento delle prescrizioni mediche e farmaceutiche tra gli Stati membri e per creare una rete europea di valutazione delle tecnologie in campo medico e, infine, chiarire i principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte e giungere a un'armonizzazione delle norme che garantiscono il diritto dei pazienti a ricevere prestazioni sanitarie all'estero⁸⁸.

Il quadro giuridico abbozzato dalla direttiva non va a sostituire le norme contenute nel Regolamento 1408/71: si creeranno due distinti binari per la garanzia delle cure all'estero. Il primo rimane basato sul sistema delle prelieve autorizzazioni stabilito in via regolamentare, che permette ai pazienti di essere curati in un altro Stato membro alle condizioni che tale Stato offre agli iscritti al proprio sistema previdenziale. Ciò si applica solamente alle prestazioni ricevute in regime ospedaliero. Il secondo binario, invece, sarà la risultante dell'implementazione in ciascuno degli ordinamenti nazionali dei principi indicati dalla nuova direttiva. Esso troverà applicazione per le cure ricevute in regime ospedaliero e al di fuori di esso.

Nel testo approvato viene riconfermata la responsabilità statale nella garanzia di prestazioni di assistenza sanitaria, secondo le esigenze dei propri cittadini, in termini di sicurezza ed elevata qualità⁸⁹. La direttiva non mira a limitare la competenza

⁸⁸ Tutto ciò si evince dal *memorandum* esplicativo, disponibile all'indirizzo: ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/docs/COM_it.pdf (28.01.2012).

⁸⁹ Considerando n. 4 della direttiva: «Fatta salva la possibilità che i pazienti ricevano assistenza sanitaria transfrontaliera ai sensi della presente direttiva, gli Stati membri restano comunque responsabili della prestazione di assistenza sanitaria sicura, di qualità elevata, efficiente e quantitativamente adeguata ai cittadini residenti nel loro territorio. Inoltre, il recepimento della presente direttiva nella legislazione nazionale e la sua applicazione non dovrebbero condurre a una situazione in cui i pazienti siano incoraggiati a ricevere le cure fuori dal loro Stato membro di affiliazione».

statale circa la scelta e la definizione dei propri sistemi sanitari⁹⁰. Al contrario, essa da un lato ribadisce che si tratta di un'area di intervento esclusivamente nazionale e dall'altro lato aggiunge e sottolinea che le obbligazioni di ciascuno degli Stati risiedono anche nella garanzia concreta delle finalità che ciascuno Stato si prefigge di raggiungere, non solamente in termini di previsioni sull'accesso a determinate prestazioni sanitarie (conformemente anche agli orientamenti etici e morali di ciascuno), ma anche relativamente alla qualità delle stesse⁹¹.

Nell'intervento normativo dell'Unione, tuttavia, si può leggere l'intenzionalità di creare incentivi per gli Stati membri a migliorare e innalzare gli standard offerti. In questa prospettiva, per esempio, si colloca il sostegno allo sviluppo di reti di riferimento europee, che coinvolgono anche centri di eccellenza per la cura di determinate patologie, soprattutto le malattie rare⁹². Questi *network* si baseranno sulla partecipazione volontaria di tutti i possibili interessati, che potranno offrire il loro contributo in conformità al quadro normativo del Paese cui fanno riferimento.

Quest'ultimo aspetto si rivela di particolare interesse, tenendo in considerazione le nuove “sfide” a livello di impiego e allocazione di risorse (economiche ma non solo) che oggi vengono sollevate dall'utilizzo delle nuove tecnologie mediche. Gli obiettivi che l'istituzione di tali reti di riferimento si prefigge sono tutti mirati al beneficio dei pazienti e a un miglioramento – inteso nel senso più ampio possibile – di quanto attualmente disponibile. Le strade per raggiungere un risultato tanto nobile quanto ambito e sicuramente difficile passano attraverso il rafforzamento della cooperazione fra Stati membri, il coordinamento delle politiche e delle azioni, la condivisione di conoscenze, buone pratiche, tecnologie per la cura, al fine anche di massimizzare l'efficienza nell'allocazione e nell'utilizzo delle risorse disponibili⁹³.

⁹⁰ Al contrario: proprio in ciò risiedono i limiti di applicazione della direttiva, come si evince sia dal considerando n. 4, sia dal considerando n. 13: «[...] l'obbligo di rimborsare i costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera dovrebbe essere limitato all'assistenza sanitaria cui la persona assicurata ha diritto conformemente alla legislazione dello Stato membro di affiliazione».

⁹¹ Cfr. Considerando n. 7.

⁹² Articolo 12: Reti di riferimento europee.

⁹³ Articolo 12, paragrafo 2.

L'Unione mira anche a rafforzare, attraverso le modalità di collaborazione qui elencate, la solidarietà fra gli Stati membri, cercando di incentivare il sostegno da parte di quelli in cui si sia raggiunto un livello qualitativamente e quantitativamente più elevato di prestazioni nei confronti di quegli Stati membri che, per una ragione o per l'altra, non dispongono ancora delle sufficienti competenze o risorse.

Pare possibile affermare che l'intervento dell'Unione in questo campo si colloca in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, proponendo soluzioni concrete per la realizzazione delle obbligazioni autonomamente assunte dagli Stati membri quanto alla tutela della salute. Il tema dell'assistenza sanitaria per le malattie rare è, infatti, particolarmente sensibile in relazione alle problematiche sin qui toccate: si tratta di una porzione del settore sanitario nella quale le garanzie statali (in termini di assistenza concreta e di fornitura di prestazioni) sono delicate, dal momento che – pur riguardando una percentuale molto ridotta della popolazione ed essendo pertanto quantitativamente poco incidenti sull'organizzazione sanitaria nazionale⁹⁴ – richiedono sovente un impiego notevole di risorse sanitarie, comportando valutazioni e scelte spesso eticamente difficili. D'altro canto, tuttavia, adottando il punto di vista del singolo cittadino per il quale tali prestazioni sono necessarie per il raggiungimento di un minimo livello di salute o talora addirittura per la sopravvivenza, la garanzia di un intervento statale può essere ricondotta alla protezione del diritto alla salute, e modulata secondo la diversa intensità di tutela che si rende necessaria in relazione a ciascun caso concreto. Pertanto, quando per lo Stato si rende difficile il bilanciamento fra una molteplicità di diritti coinvolti, *rectius* fra una molteplicità di situazioni giuridiche afferenti alla sfera del medesimo diritto fondamentale, ma differentemente valutabili, un intervento dell'Unione che faciliti e incoraggi la cooperazione e gli eventuali contributi che altri Stati possono offrire può essere accolto positivamente.

Quanto poi alla condivisione nel contesto europeo di un livello – almeno – minimo e basilare di principi relativi alla tutela della salute, esso viene considerato esistente e

⁹⁴ Come visto *supra*, paragrafo 1, la domanda di assistenza sanitaria transfrontaliera rappresenta soltanto l'1% della spesa pubblica per la sanità.

comprovato all'interno dell'Unione⁹⁵ e viene individuato nei «superiori valori di universalità, di accesso a un'assistenza di buona qualità, di equità e di solidarietà», che quasi potrebbero essere considerati come facenti parte di quel nucleo comunque inviolabile di garanzie costituzionali condivise a livello europeo⁹⁶. Probabilmente, in questi termini, si potrebbe proporre di far rientrare i *valori superiori* che accomunano gli Stati membri quanto alla garanzia di prestazioni per la tutela della salute all'interno di quell'insieme di principi fondamentali che contribuiscono a creare l'identità europea e che dalla Corte di Giustizia sono stati sovente ricondotti alle *tradizioni costituzionali comuni*⁹⁷. Senza anticipare le conclusioni, si può comunque affermare che questi principi rendono possibile la fruizione in concreto da parte dei cittadini europei dell'assistenza sanitaria transfrontaliera e costituiscono la «condizione indispensabile per realizzare la mobilità dei pazienti e conseguire un elevato livello di protezione della salute»⁹⁸.

Esistono, tuttavia, differenze a livello territoriale, da uno Stato membro all'altro, che sono da un lato il frutto della differenziazione nei sistemi sanitari dei singoli Stati membri e dall'altro dipendono anche dalle priorità che ciascuno Stato si prefigge di perseguire, nonché dagli orientamenti etici e morali su cui si fonda il tessuto

⁹⁵ A questo proposito si veda anche il considerando n. 21: «Il Consiglio ha riconosciuto che *esiste un insieme di valori e principi comuni che sono condivisi in tutta l'Unione* sul modo in cui i sistemi sanitari rispondono alle esigenze della popolazione e dei pazienti che tali sistemi servono. I superiori valori di universalità, di accesso a un'assistenza di buona qualità, di equità e di solidarietà sono stati ampiamente riconosciuti nell'opera di varie istituzioni dell'Unione. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero altresì garantire il rispetto di tali valori anche in relazione ai pazienti e ai cittadini di altri Stati membri ed assicurare un trattamento equo di tutti i pazienti in base ai loro bisogni di assistenza sanitaria e non in base allo Stato membro di affiliazione», enfasi aggiunta.

⁹⁶ A questo proposito, si veda *supra*, Capitolo primo.

⁹⁷ Si avrà modo di tornare su questi spunti nella sezione conclusiva di questo capitolo e di verificare se questa prospettiva possa essere considerata sostenibile.

⁹⁸ Considerando n. 5: «[...] esiste una serie di principi operativi condivisi dai sistemi sanitari di tutta l'Unione. Questi principi operativi sono necessari per garantire che i pazienti abbiano fiducia nell'assistenza sanitaria transfrontaliera, condizione indispensabile per realizzare la mobilità dei pazienti e conseguire un elevato livello di protezione della salute».

costituzionale proprio di ciascuno. In ordine a tale considerazione, ci si sente di affermare che ciascuno degli Stati membri dovrebbe essere incentivato a migliorare il livello di protezione nel diritto interno: si potrebbe in tal modo creare un vero e proprio circolo virtuoso di condivisione di conoscenze e tecniche e di compartecipazione fra gli Stati. Grazie a questa “circolazione” continua di informazioni, metodi e approcci, infatti, Stati con maggiori difficoltà potrebbero riuscire a raggiungere risultati migliori in termini (anche soltanto) di efficienza allocativa e di impiego di risorse; in tal maniera potrebbero entrare a far parte delle reti di riferimento e ciò costituirebbe un motore continuo verso il miglioramento.

In questo passaggio, ad avviso di chi scrive, risiede la sfida più interessante che la recente direttiva reca con sé, anche in termini di interazione con i sistemi sanitari nazionali. Ciò che ci si aspetta, infatti, è una sempre più rapida evoluzione delle tecnologie mediche e delle offerte terapeutiche per la cura di tutti i tipi di patologie, dalle più diffuse a quelle a più bassa incidenza statistica, ma non per tal ragione meritevoli di minore considerazione. L'Unione Europea punta a rendere le conoscenze e le informazioni più accessibili e, soprattutto, a favorirne la circolazione anche a vantaggio di quegli Stati in cui la ricerca in campo sanitario è meno avanzata. Dal punto di vista della garanzia dei diritti individuali, se a questi propositi seguirà un'implementazione e un'attuazione concreta davvero effettiva, vi saranno importanti benefici per i cittadini, oltre ad un aggiustamento di qualche effettivo “squilibrio” provocato dai principi espressi nel caso *Watts*.

Come aveva osservato parte della dottrina, in sede di commento alla sentenza del 2006, uno dei risultati probabili della pronuncia poteva essere la previsione di un incremento nella circolazione dei pazienti in Europa, dovuta da un lato all'innegabile elemento fattuale della facilitazione e velocizzazione dei collegamenti e dei movimenti all'interno del territorio dell'Unione e, dall'altro, da una ampliata garanzia del diritto ad ottenere il rimborso delle spese mediche sostenute, anche a prescindere dalle valutazioni concrete ed economiche operate a livello statale. L'aumento delle possibilità di circolazione, però, era stato valutato in termini negativi in quanto andrebbe a destabilizzare l'eguaglianza nel godimento dei diritti da parte dei cittadini

europei⁹⁹: non per tutti i pazienti europei è possibile viaggiare per ottenere prestazioni sanitarie di migliore qualità e in tempi più brevi. Come conseguenza, pazienti con esigenze considerate meno gravi dal sistema sanitario statale potrebbero ottenere i trattamenti di cui necessitano prima di chi li precede nella lista d'attesa interna, semplicemente perché dispongono delle informazioni e delle risorse economiche, ma non solo, che permettono loro di recarsi all'estero. Le Istituzioni dell'Unione si dimostrano accorte in tal senso, tanto che l'intento generale della nuova direttiva non è quello, come detto, di incentivare la circolazione dei pazienti, né quello di destabilizzare l'equilibrio interno dei sistemi sanitari o di mettere in crisi i criteri etici e morali su cui si fondano le scelte allocative in campo medico. Gli obiettivi perseguiti sono, ancora una volta, quelli di incentivare gli Stati verso una condivisione che possa portare al miglioramento generale dell'offerta sanitaria in tutto il territorio dell'Unione, spingendo anche verso la creazione di meccanismi di compartecipazione e collaborazione per mezzo dei quali realizzare la solidarietà tra Stati membri, attraverso anche la chiarificazione dei diritti individuali¹⁰⁰.

In merito, invece, all'incidenza numerica della circolazione dei pazienti in Europa, nella direttiva stessa si legge che si tratta di cifre comunque limitate¹⁰¹ e che tali dovrebbero restare, dal momento che gli scopi che l'atto normativo si prefigge di

⁹⁹ Per esempio, G. DAVIES, *The effect of Mrs Watts' trip to France*, cit., *passim*; C. NEWDICK, *Citizenship, free movement and health care*, cit., *passim*.

¹⁰⁰ È uopo però precisare che questa lettura della nuova direttiva è propria di chi scrive; alcuni dei primi commenti al testo giuridico, infatti, si sono posti in termini negativi. È stato ad esempio sostenuto il fatto che una maggiore circolazione delle informazioni e la certezza dei diritti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera incentiverebbero ancora di più di cittadini europei a recarsi all'estero per farsi curare. Su questo si veda, per esempio, AA.VV., *Cross-border healthcare in Europe: clarifying patients' rights*, in *BMJ online*, Vol. 342, 12.02.2011, *passim*, in cui però si sostiene che sia ancora presto per valutare se un incremento della circolazione dei pazienti sarà un elemento positivo e negativo.

¹⁰¹ Anche se i dati esatti nel documento non vengono riportati, esistono, come visto *supra*, paragrafo 1, alcuni documenti elaborati in seno alle Istituzioni dell'Unione che cercano di dar conto (pur nell'impossibilità oggettiva di fornire dati del tutto completi) delle cifre di pazienti che ricorrono all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

perseguire non sono quelli dell'incremento della quantità di assistenza transfrontaliera prestata, quanto piuttosto quello del raggiungimento della garanzia di standard interni *qualitativamente* elevati¹⁰²: per questa ragione, attraverso i limiti stabili all'articolo 7, viene permesso agli Stati di apporre delle restrizioni alla libera circolazione che vengono tuttavia considerate giustificate solo laddove siano volte a garantire il mantenimento dell'equilibrio interno al sistema sanitario nazionale e l'accessibilità per i pazienti a trattamenti di alto livello scientifico. Si tratta della cristallizzazione normativa dei principi via via individuati dalla giurisprudenza della Corte, arricchiti dalle osservazioni giunte a seguito del procedimento di consultazione.

Sono state qui sviluppate alcune considerazioni circa il possibile impatto che la direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera nel territorio dell'Unione Europea potrebbe avere sia in termini di garanzia di un diritto *alla e della* salute in prospettiva europea, sia per l'evoluzione nelle previsioni dei Trattati, sia ad opera degli interventi sempre più incisivi della Corte di Giustizia. Allo stato dell'arte non è ancora possibile prevedere né quale sarà il concreto impatto di queste disposizioni a livello interno, né se gli effetti prodotti porteranno a fortificare e saldare la condivisione di principi comuni fra gli Stati membri quanto alla tutela del diritto alla salute, oppure se invece produrranno l'effetto opposto. Gli Stati membri hanno trenta mesi per adottare gli strumenti ritenuti necessari per dare attuazione alla direttiva. Pertanto, i primi effetti concreti della stessa potranno essere valutati a partire dal 2013.

5. Verso un diritto alle prestazioni sanitarie di carattere europeo?

Alla luce della disamina dell'evoluzione del diritto dell'Unione Europea relativo alla libera circolazione dei pazienti e alla garanzia della libertà di prestazione di servizi (in ambito sanitario), affermati in via giurisprudenziale prima e recentissimamente inclusi in una direttiva il cui reale impatto sarà chiaro solamente dopo il recepimento, si possono muovere alcune osservazioni.

¹⁰² Su questo punto cfr. per esempio il considerando n. 39.

La differenze riguardanti l'organizzazione e, prima ancora, la scelta del modello sanitario da parte dei singoli Stati membri deriva da fattori quasi totalmente dipendenti dall'assetto (non solo) costituzionale di ciascuno ordinamento¹⁰³. Questo conduce indubbiamente a situazioni differenziate nella garanzia del diritto alla salute (laddove esplicitamente previsto nel tessuto costituzionale) o anche nell'accesso alle prestazioni sanitarie all'interno del territorio nazionale. Nel momento in cui si cambia prospettiva, andando ad allargare l'obiettivo dell'osservatore e si passa dal contesto statale a quello sovranazionale, la questione si complica ulteriormente. Permangono le differenze territoriali e, in una certa misura, esse sono rese ancora più evidenti se si considera il diritto a ricevere trattamenti sanitari in uno Stato membro diverso da quello di propria residenza, alla luce dell'evoluzione del diritto dell'Unione Europea. Al fine di mantenere un certo livello di coerenza nella trattazione, l'approccio adottato è quello della garanzia di (quantomeno) un minimo livello di eguaglianza tra i cittadini europei, pur nella considerazione della irrinunciabilità di alcune specificità che derivano dagli ordinamenti nazionali.

Cionondimeno, è possibile osservare e dimostrare come, nel corso degli ultimi due decenni, l'Unione, attraverso un percorso non sempre lineare e talora anche piuttosto erto di complessità, abbia cercato di individuare alcuni principi comuni e condivisi a livello europeo, che dovrebbero essere d'ausilio per il raggiungimento di un certo grado d'eguaglianza nelle garanzie offerte ai cittadini, anche nella dimensione sovranazionale.

Come visto, l'intervento si è sviluppato prendendo le mosse dalla garanzia delle libertà fondamentali alla base del mercato interno e, in particolar modo, dalla garanzia della libera circolazione dei servizi nell'Unione, come prevista dal Trattato. Tale processo non è stato certamente scevro di difficoltà. Parte della complessità

¹⁰³ Nei testi costituzionali è raro riscontrare vincoli rispetto al sistema sanitario; tuttavia, le soluzioni adottate in ciascun ordinamento vengono ad assumere una valenza peculiare, che integra quella che da taluni è stata definita «identità costituzionale». Sul punto cfr. C. CASONATO, *I Sistemi sanitari: note di comparazione*, relazione presentata al convegno *La salute negli Stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Università degli Studi di Sassari, 1 luglio 2011, in corso di pubblicazione.

della materia, infatti, si deve anche al fatto che l'Unione non ha una diretta ed esplicita competenza nel campo della salute per quanto concerne l'organizzazione sanitaria e la garanzia di prestazioni, che resta in capo agli Stati, i quali sono gli esclusivi detentori del potere di scegliere e gestire i propri sistemi nazionali, in base ai principi costituzionali di ciascuno.

Le decisioni su quali prestazioni in concreto garantire e a quali condizioni spettano agli Stati membri, secondo i parametri individuati all'interno dei singoli sistemi sanitari, che sono a loro volta il frutto di scelte legislative condizionate non soltanto dalla disponibilità di risorse finanziarie, ma risultanti anche dal bilanciamento con altri diritti e interessi costituzionalmente meritevoli di tutela. Si tratta di valutazioni che si prospettano sempre più ardue, a causa dello sviluppo della scienza e della medicina e delle nuove possibilità offerte in termini di allungamento dell'aspettativa di vita e di miglioramento delle sue qualità¹⁰⁴.

Pare di poter leggere le finalità del ruolo dell'Unione nel campo della salute, alla luce delle considerazioni qui svolte, come volte a orientare le scelte dei legislatori statali, cercando di indicare la via più agevole, creando la possibilità di condividere percorsi più sostenibili. Da questo punto di vista, si può pensare a una sorta di interferenza dell'Unione sulla gestione dei sistemi sanitari, ma essa non dovrebbe essere intesa in termini necessariamente negativi, potendo recare con sé degli esiti auspicabilmente positivi, quantomeno per un coordinamento tra gli Stati membri. Tutto ciò permette di mantenere quelle differenziazioni fra i singoli ordinamenti che possono essere considerate accettabili, in quanto derivano da scelte spesso effettuate dal legislatore

¹⁰⁴ Quanto al fatto che i parametri di valutazione sui quali si basano le scelte etiche in campo medico dei sistemi sanitari, si veda, per esempio, A. KACZOROWSKA, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, 2006, 3, p. 367, ove si afferma che qualora uno Stato negasse o limitasse l'accesso a determinate prestazioni sanitarie agli anziani, semplicemente sulla base del fatto che hanno un'inferiore aspettativa di vita rispetto ad altri, commetterebbe una discriminazione basata sull'età e violerebbe dunque uno dei principi fondamentali dell'Unione. Questo sta a dimostrare quanto siano ad oggi difficile individuare dei parametri che possano condurre a scelte ragionevoli e sostenibili e quanto sarà ancora più difficile nel futuro.

statale, in conformità all'inquadramento costituzionale del sistema in cui lo stesso opera: in altre parole, non pare possibile poter affermare che il riconoscimento della libera circolazione dei pazienti all'interno dello spazio europeo (e di conseguenza l'obbligazione per gli Stati membri a garantirla e renderla effettiva) possa intaccare in modo negativo “le identità nazionali” relativamente al sistema della salute.

La novità, e ciò che costituisce la vera sfida (da verificare anche in termini di concreta realizzabilità) per gli Stati membri, consiste nella necessità di tenere in considerazione nuovi elementi nel momento in cui si cerca il bilanciamento tra la salute ed altri beni costituzionalmente rilevanti.

Non è detto che si tratti di scelte facili, se si considera il fatto che i modelli di sistemi sanitari sono tanto radicati nel tessuto dello stato sociale di diritto, da essere talora ritenuti non modificabili. I fattori che vengono in gioco sono, come si è visto, molteplici e di differente peso, a seconda anche delle loro reciproche interazioni. Si tratta di comporre complicate variabili etiche, morali e giuridiche, alle quali deve essere sovente attribuita anche una certa elasticità, in modo da applicare i medesimi criteri a situazioni soggettive tra loro differenti, che se non vengono debitamente considerate possono talora condurre alla lesione di diritti fondamentali¹⁰⁵.

Analizzando più da vicino gli aspetti oggetto d'indagine, si può osservare, innanzi tutto, che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostra l'esistenza di una «tensione»¹⁰⁶ tra il livello di competenza statale nella determinazione e organizzazione del proprio sistema sanitario e il grado di intervento dell'Unione Europea nella materia, apparentemente finalizzato a garantire le libertà fondamentali dell'Unione, nell'ottica del mercato interno.

¹⁰⁵ Sulla “rigidità” dei modelli sanitari in questo contesto, si veda, per esempio A. KACZOROWSKA, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, cit., p. 367, in cui si legge: «In many cases this process may be extremely painful, bearing in mind that healthcare services are very often a ‘sacrosanct’ part of the social model of each Member State, and therefore considered to be immune from change». Queste riflessioni saranno poi riprese in sede di conclusioni.

¹⁰⁶Cfr. A. CYGAN, *Public healthcare in the European Union: still a service of general interest?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008, 3, p. 545.

Viene da chiedersi se, alla luce dell'ampio spettro di diritti individuali oggi riconosciuti ai cittadini dell'Unione Europea, sia opportuno pensare all'individuazione di un grado comune di prestazioni minime e a una soglia predeterminata di livelli di assistenza sanitaria da garantire in tutto il territorio dell'Unione. Vi è stato chi, commentando le possibili conseguenze della sentenza *Watts* sui sistemi sanitari degli Stati membri, ha sostenuto che la determinazione di *standard*, anche qualitativi, unitari sia la prima misura da adottare per far fronte al nuovo regime creato dalla giurisprudenza di Lussemburgo¹⁰⁷.

Il problema sta però nell'individuare come in concreto tali standard dovranno essere determinati o se invece essi esistono già, pur non essendo espressi a livello giuridico. Se ad esempio, l'intenzione è quella di creare un sistema il più possibile uniforme volto a garantire l'eguaglianza dei cittadini all'interno dell'Unione, è auspicabile ipotizzare che i criteri in base ai quali vengono stabilite le priorità cliniche (e di conseguenza le liste d'attesa) dovranno essere stabiliti sulla base di parametri condivisi tra tutti gli Stati membri?

A chi scrive pare che non sia questa la soluzione ottimale, dal momento che essa aprirebbe altre innumerevoli questioni, fra le quali per esempio l'individuazione del soggetto o dei soggetti a cui spetterebbe l'incarico di enucleare i criteri etici e clinici sui quali calcolare le liste d'attesa e, non ultimo, il fatto che quest'approccio andrebbe realmente a minare la competenza statale relativa a scelta, gestione e organizzazione del proprio sistema sanitario.

Una soluzione più compatibile con gli indirizzi europei parrebbe, piuttosto, essere la strada della condivisione di buone pratiche e della circolazione di informazioni e conoscenze. Uno Stato membro, ad esempio, potrebbe essere in grado di elaborare un sistema di determinazione di liste d'attesa molto funzionale: facendo circolare le prassi sperimentate a livello interno anche a beneficio degli altri Paesi, potrebbe contribuire all'individuazione di soluzioni efficaci anche in contesti del tutto differenti da quello di partenza. Tutto ciò andrebbe a vantaggio dei cittadini, ai quali

¹⁰⁷ Cfr. *inter multis*, J. McHALE, *Law, Patient's Rights and NHS Resource Allocation: is Eurostar the answer?*, cit., p. 182.

sarebbe offerto un servizio migliore e sarebbe sicuramente d'ausilio per i singoli sistemi sanitari. Tale strada, inoltre, permetterebbe il mantenimento di quel livello di differenziazione territoriale ritenuto sostenibile, poiché consente di rispondere direttamente alle esigenze e alle necessità avvertite come più urgenti o più bisognose di attenzione.

Anche con riferimento al percorso verso l'armonizzazione delle previsioni relative alla circolazione dei pazienti nello spazio europeo, ai regimi di autorizzazione e ai criteri procedurali e di trasparenza, vi sono due possibili letture: da un lato, la prospettiva del mercato interno, basata sulla garanzia delle libertà fondamentali del diritto comunitario, e dall'altro invece un'ottica più incentrata sulla garanzia dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza fra i cittadini europei. Quanto alla prima prospettiva, gli studiosi del mercato interno sostengono che l'armonizzazione possa essere operata con efficacia solamente nel contesto delle attività economiche; per tal ragione, i sistemi sanitari di impianto statale dovrebbero sottrarsi a tali normative. In altri termini, l'Unione Europea, nel tentare di indicare la strada verso una normativa statale più rispettosa dei diritti individuali e in grado di garantire la certezza del diritto ai pazienti che si recano all'estero per ottenere trattamenti sanitari, non dovrebbe "imporre" un'armonizzazione ad attori che non operano secondo le regole del mercato¹⁰⁸. Seguendo questa impostazione, la dottrina evidenzia come i sistemi sanitari non privati, ma di «quasi monopolio statale» influenzino sensibilmente il «mercato sanitario», creando un effetto distorsivo della concorrenza a livello europeo. Questa sarebbe la ragione di una giurisprudenza della Corte di Giustizia tanto copiosa sul tema¹⁰⁹. Di conseguenza, i giudici non individuano nei sistemi sanitari pubblici (come quello italiano o come quello britannico) dei prestatori di servizi: invero, non potrebbero nemmeno farlo, in quanto, con tutta probabilità, ciò avrebbe un effetto troppo invadente della competenza esclusiva statale

¹⁰⁸ G. DAVIES, *The Community's internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 227.

¹⁰⁹ Cfr. G. DAVIES, *The Community's internal market-based competence*, cit., pp. 227-228.

sull'organizzazione dei propri sistemi sanitari, che la Corte stessa si premura sempre di ribadire e riconfermare. Piuttosto, però, vengono individuati come «servizi» e subiscono pertanto l'applicazione del diritto dell'Unione dei profili relativi alle attività svolte dai sistemi sanitari stessi. Ciò è sufficiente a ricondurre le prestazioni sanitarie nell'alveo dell'articolo 56 TFUE e creare la fonte della direttiva volta all'armonizzazione dei diritti dei pazienti e delle cure transfrontaliere¹¹⁰.

In altra ottica pare porsi invece il secondo punto di vista individuato: prestando maggiore attenzione alla spinta verso l'integrazione europea, si può sostenere la tesi per cui l'intervento dell'Unione Europea nel campo della salute e dell'accesso alle prestazioni sanitarie debba essere considerato come un fattore capace di stimolare la creazione di reti di condivisione e di circolazione di informazioni e prestazioni all'interno dell'Unione. In tal modo, il principio di solidarietà andrebbe ripensato e rivalutato in termini di maggiore transnazionalità¹¹¹. La nuova direttiva dell'Unione parrebbe “remare” in questa direzione, anche se, come si è già detto, probabilmente è ancora presto per valutarne le concrete conseguenze sui sistemi sanitari nazionali. Vi è senz'altro da dire che una più intensa cooperazione tra gli Stati membri, volta allo scambio di buone prassi e di informazioni non può essere considerata di per sé lesiva dell'autonomia statale sull'organizzazione del proprio sistema di assistenza sanitaria. Rispetto al concetto di bio-cittadinanza europea, possono essere mosse alcune osservazioni circa il ruolo sempre più interventista della Corte sui diritti individuali. Se si considera il diritto dell'Unione come una fonte per la creazione di una vera e propria cittadinanza “della salute” in Europa, si può leggere l'attività della Corte come creatrice di nuovi profili di diritto sostanziale prima poco considerati: vi sono effetti sia sui diritti individuali, sia sui diritti collettivi e, probabilmente, la definizione di paziente potrebbe meritare di essere riconsiderata¹¹².

¹¹⁰ G. DAVIES, *The Community's internal market-based competence*, cit., p. 228.

¹¹¹ In questi termini cfr. M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, cit., p. 242.

¹¹² Su questi spunti cfr. M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, cit., p. 255.

È possibile recuperare una dimensione più “collettiva” del diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie transfrontaliere, alla luce di quanto osservato sinora? Forse, l'unica strada percorribile per salvare la prospettiva *patient-centred* adottata dalla Corte, per intendere gli sviluppi del diritto dell'Unione in termini di rispetto delle competenze statali e, al contempo, per la garanzia di un certo livello di equità fra tutti gli Stati membri, potrebbe risiedere proprio in una lettura in chiave di diritti collettivi. In tal guisa, si può sostenere come l'azione delle Istituzioni dell'Unione nel suo complesso spinga verso procedimenti di condivisione e cooperazione tra gli Stati membri, volti non a minare l'equilibrio dei sistemi sanitari interni, ma piuttosto a cercare insieme di raggiungere le soluzioni più sostenibili, a fronte di una crescente domanda di servizi sanitari e di un crescente impatto economico degli stessi.

Un'applicazione efficace e funzionale del diritto ad ottenere prestazioni sanitarie in altri Stati membri può essere illustrata ricorrendo all'esempio di ospedali o centri di cura in zone di confine, i cui bacini di utenza sono costituiti sia da cittadini residenti in quello Stato membro, sia dai cd. pazienti transfrontalieri, per i quali è più agevole ricorrere ad un ospedale territorialmente più vicino, anche se afferente ad un'altra realtà nazionale e a un diverso sistema sanitario. Si tratta di casi di cooperazione transfrontaliera volti a garantire in modo semplice e diretto le cure ai pazienti¹¹³.

In termini positivi può essere anche valutato un aspetto del possibile impatto sull'organizzazione interna dei sistemi sanitari dei singoli Stati membri. Uno degli effetti che, probabilmente, la giurisprudenza della Corte può innestare a livello nazionale potrebbe essere individuato nell'incentivo ad organizzare in modo più agile ed efficiente le liste d'attesa e a sforzarsi di garantire standard migliori di prestazioni, in modo da “trattenere” i pazienti nel territorio nazionale¹¹⁴.

¹¹³ Alcuni esempi sono le cooperazioni tra Francia e Belgio nella zona di Thierache, o quelli tra Francia e Spagna, attraverso i Pirenei, presso Cerdagne. Cfr. M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship*, cit., p. 258. Cfr. anche T.K. HERVEY, *New Governance Responses to Healthcare Migration in the EU: the EU Guidelines on Block Purchasing*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 308 (e riferimenti bibliografici *sub* nota 21).

¹¹⁴ Anche perché, altrimenti, il rischio che l'apertura al mercato dei servizi dei sistemi sanitari e, in particolare, delle modalità di accesso alle prestazioni, reca con sé il rischio di favorire (a tutto

In appendice sia consentito sollevare una lieve provocazione. «Il venir meno delle doti di socialità è stimolato e accelerato dalla tendenza, ispirata dal dominante modo di vita consumistico, a trattare gli altri esseri umani come oggetti di consumo e a giudicarli sul modello degli oggetti di consumo in base alla quantità di piacere che possono offrire, e in termini di “giustificazione economica dell'investimento”. Nella migliore delle ipotesi, gli altri sono valutati come compagni d'avventura nell'attività del consumo essenzialmente solitaria; soci nelle gioie del consumo, la cui presenza e attiva partecipazione può forse accrescere tali piaceri. In tutto questo processo, il valore intrinseco degli altri in quanto esseri umani unici (e dunque anche l'attenzione per gli altri in quanto tali e come espressione di tale unicità) è andato completamente smarrito. La solidarietà umana è la prima vittima dei trionfi del mercato dei consumi»¹¹⁵.

Questo passo di un illustre pensatore del nostro tempo è utilissimo a rappresentare le due tesi circa l'evoluzione sia della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia delle politiche delle Istituzioni europee nel campo della salute degli ultimi anni. Adottando il punto di vista del mercato interno e del paziente come consumatore, non si può che approdare a conclusioni molto critiche circa il futuro impatto che questa progressiva erosione della competenza degli Stati membri nella tutela della salute potrà avere: come sostenuto da parte della dottrina, infatti, non si potrà che giungere a una crisi dei sistemi sanitari nazionali e alla necessità di riconsiderarne strutturalmente gli equilibri e i principi ispiratori.

Leggendo invece gli interventi della Corte (così come gli atti delle Istituzioni e da ultimo la direttiva 2011/24/UE) come la volontà di garantire il rispetto quanto meno di un minimo *standard* di tutela di alcuni diritti fondamentali nel territorio dell'Unione e di incentivare gli Stati membri a razionalizzare e migliorare le politiche discapito dell'eguaglianza sostanziale) quell'élite di pazienti che può permettersi di viaggiare per ottenere trattamenti sanitari. A questo proposito cfr. M. DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 4, p. 823. Sulle conclusioni cui si è qui giunti cfr. anche J. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospect*, cit., p. 285.

¹¹⁵ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Roma-Bari, 2006, pp. 105-106.

sanitarie, attraverso anche attività di cooperazione e coordinamento a livello sia transfrontaliero, sia sovranazionale, gli elementi di criticità vengono ridimensionati. Probabilmente, anche alla luce delle riflessioni operate in merito all'emersione del nuovo concetto di «bio-cittadinanza europea», le trasformazioni in atto all'interno dell'Unione possono portare lontano, quanto all'identità dei sistemi sanitari. Non si può parlare di un «modello sanitario europeo», né ci si propone qui di sposare tale tesi: giustamente, la Corte di Giustizia, tutte le volte in cui è stata chiamata a decidere sulla qualificazione delle prestazioni sanitarie come servizi, secondo le disposizioni del Trattato, ha ben precisato che la competenza a scegliere ed organizzare i sistemi sanitari è e resta esclusivamente nazionale. Ciononostante, non si può negare che gli interventi dell'Unione abbiano un impatto di non poco peso in tale area, tanto da condurre i singoli Stati membri a riponderare alcune posizioni e alcuni assetti che, forse, senza questa progressiva evoluzione, non sarebbero stati ripensati. In termini di tutela della salute a livello nazionale, nel prossimo futuro probabilmente si potrà assistere a una graduale riduzione delle differenze e a un ripensamento, *rectius* riadattamento, dei modelli tradizionali, al fine di renderli più pronti a rispondere ai mutati bisogni dei cittadini e allo scopo di assicurare un'effettiva eguaglianza sostanziale intersoggettiva.

CONCLUSIONI

1. Premessa: individuazione delle linee conclusive

Alla luce dell'analisi svolta e della disamina della configurazione costituzionale del diritto alla salute negli ordinamenti presi in considerazione, della sua articolazione in ragione dell'assetto decentralizzato dello Stato e, infine, del crescente spazio di intervento dell'Unione Europea, si rende possibile individuare alcune linee donde far scaturire le riflessioni conclusive.

In primo luogo, per quanto direttamente riguarda la disciplina costituzionale del diritto alla salute, è emerso un dato pressoché univoco nei tre ordinamenti presi in considerazione: la tradizionale distinzione tra diritti fondamentali e diritti sociali non solo non è d'aiuto per l'interprete che tratta di diritto alla salute (nella sua particolare configurazione di diritto ad accedere a prestazioni sanitarie), ma rischia anche di condurre ad insolubili aporie. Pare quindi più utile, dal punto di vista del diritto costituzionale, abbandonare tale categorizzazione e affrontare lo studio del diritto con la consapevolezza di trovarsi dinanzi ad una situazione giuridica a fattispecie complessa, ma in sé unitaria¹.

Da questa prima osservazione, ne scaturisce un'altra, che si collega anche ad una riflessione sul ruolo del legislatore: in questi termini, infatti, le scelte del legislatore non paiono essere solamente la risultante dell'esercizio della discrezionalità politica, né dipendono semplicemente dal bilanciamento con la limitatezza delle risorse finanziarie. Considerando il diritto alla salute nella sua unitarietà, il legislatore avrà uno spazio discrezionale d'intervento *in primis* condizionato dalle istanze dei cittadini e vincolato comunque agli sviluppi della scienza medica, e in secondo luogo limitato da un lato dalla volontà politica e dall'altro anche dalla disponibilità finanziaria, oltre che dai vincoli imposti dal sistema sanitario. Pare quindi evidente

¹ Su questo ci si concentrerà nel paragrafo seguente.

CONCLUSIONI

quanto le scelte legislative nel settore sanitario siano il prodotto della combinazione di una molteplicità di diversi fattori.

Negli ordinamenti esaminati, infatti, è il modello stesso di sistema sanitario a imporre al legislatore di operare determinate scelte che, talora, si possono anche scontrare sia con l'orientamento politico in un dato momento prevalente, sia con i vincoli di bilancio. Il modello di sistema sanitario pare dunque condizionare in modo rilevante il bilanciamento con altri interessi costituzionali, tanto da portare ad affermare che la disciplina attraverso la quale esso è istituito, all'interno delle fonti del diritto, occupi una posizione particolare, che si pone in certi termini al di sopra della legislazione ordinaria, assumendo talora addirittura un rango “quasi-costituzionale”².

Pure il ruolo del giudice chiamato a valutare la legittimità o illegittimità delle opzioni legislative sarà limitato dai fattori sopra enumerati. Un marcato condizionamento al potere di intervento giurisdizionale è rappresentato dall'insindacabilità di scelte fondate su dati e valutazioni medico-scientifici. D'altro canto, tuttavia, quest'apparente indebolimento dell'ambito d'intervento del giudice viene compensato dalla quasi doverosità di garantire un certo livello di uguaglianza intersoggettiva. Lo strumento per giungere a tale risultato è costituito da un filone giurisprudenziale riscontrato tanto negli ordinamenti statali esaminati, quanto nell'Unione Europea, attraverso il quale il giudice, in base a principi costituzionali, mira a vincolare l'attività legislativa a procedimenti e percorsi obbligati, in modo tale che le decisioni assunte nel circuito della democrazia rappresentativa e poi messe in pratica dalle amministrazioni siano verificabili e controllabili dai destinatari, riescano a coinvolgere tutti i soggetti interessanti (più o meno direttamente) nei percorsi deliberativi e siano, infine, suscettibili di un controllo giurisdizionale (o quasi giurisdizionale)³.

² Questo aspetto sarà approfondito ed esaminato nei paragrafi seguenti. Per il momento sia consentito limitarsi ad esporre la questione.

³ Sullo scrutinio giurisdizionale dell'attività legislativa cfr. anche C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali” (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*,

CONCLUSIONI

Sulla base di tali osservazioni, sarà possibile tracciare il profilo di un diritto *delle* prestazioni sanitarie, da intendersi come sistema di tutele e di garanzie applicabili al diritto all'accesso alle prestazioni sanitarie, che ha costituito la cifra della trattazione. Dall'analisi comparata e dallo studio dei “nuovi” vincoli imposti dall'ordinamento dell'Unione, infatti, emergono alcuni elementi comuni che trovano applicazione in tale contesto e che rappresentano la modalità di garanzia di effettività del diritto alla salute, con riguardo al profilo preso in esame, che può trovare eguale applicazione a livello sovranazionale, nazionale e anche regionale.

Una riflessione di chiusura, infine, sarà dedicata alle mutate tendenze di garanzia del diritto, dal punto di vista ordinamentale, provocate dalla particolare congiuntura economico-finanziaria che caratterizza il periodo attuale e che fa emergere nuove ed interessanti variabili nel discorso circa l'effettività del diritto, ora collocato in uno spazio che va oltre i meri confini nazionali.

2. Sulla necessità di superare la distinzione tra diritto fondamentale e diritto sociale nel campo della salute

L'analisi del diritto costituzionale alla salute, svolta nel Capitolo primo, porta a interrogarsi sull'attualità e sull'utilità della configurazione dello stesso come diritto fondamentale o diritto sociale.

Come si è visto, non è né facile né scontato ricondurre il diritto in modo unitario all'una o all'altra categoria. Al contrario, l'analisi ha dimostrato che, all'interno del diritto alla salute, convivono al contempo una parte riconducibile all'area dei diritti fondamentali ed una afferente ai diritti sociali, tradizionalmente intesi. Lo studio della giurisprudenza costituzionale (e di quella delle Corti di merito, soprattutto con 2002, 3, pp. 897-898. La Corte deve valutare il rispetto del nucleo irriducibile del diritto, altrimenti risulterebbero pregiudicati i diritti inviolabili dell'uomo, che sono sottratti al bilanciamento. Quando invece il sindacato riguarda le prestazioni che attengono al contenuto essenziale dei diritti, ma che si pongono al di sopra della realizzazione del nucleo irriducibile, il giudice, che deve tenere in considerazione il bilanciamento operato dal legislatore, opererà una valutazione della ragionevolezza dell'intervento legislativo.

riguardo al contesto britannico) e le riflessioni che da tali dati sono state tratte, conducono ad affermare che non sia possibile individuare con certezza una linea di demarcazione che separi in modo univoco, o quantomeno definito, le due dimensioni, poiché non tutte le situazioni giuridiche possono essere ricondotte con decisione al primo o al secondo livello di tutela.

Questo dipende da una molteplicità di fattori. Il primo può essere ricondotto al dato fattuale secondo cui talora sono stati proprio i giudici a valutare in termini differenti due situazioni tra loro analoghe, diversificando in tal modo il regime delle garanzie a disposizione dell'individuo⁴. Un secondo ordine di ragioni riguarda, invece, l'evoluzione delle conoscenze e della scienza medica: situazioni patologiche per le quali solamente pochi anni fa le terapie erano assai difficoltose da garantire, sia dal punto di vista economico sia da quello scientifico, possono ricevere, oggi, prestazioni maggiormente diffuse, che ne permettono una più "facile" cura da parte dell'ordinamento. A ciò può essere collegato un terzo fattore di impossibilità di distinzione tra dimensione fondamentale e sociale del diritto alla salute, concernente l'incremento dell'aspettativa di vita⁵, dovuta ad un generale miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie, alimentari e di istruzione, fattore che reca con sé anche un aumento dei *bisogni* avvertiti come fondamentali e come attinenti alle *pretese di salute* di ciascuno. Tutto ciò ha come conseguenza il costante mutamento di quanto rientrando all'interno delle obbligazioni dei poteri pubblici in relazione alla salute

⁴ Un esempio efficace in tal senso è rappresentato dalla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, *D. v Regno Unito* (ric. n. 30240/96, del 2 maggio 1997), che aveva rilevato la violazione dell'art. 3 CEDU dal parte del Regno Unito, in relazione all'extradizione di un detenuto malato di AIDS in fase terminale nel suo Paese d'origine, ove non avrebbe potuto beneficiare delle prestazioni sanitarie necessarie. Un caso analogo, *N v. Secretary of State for Home Department* [2005] UKHL 31, del 5 maggio 2005, deciso da una Corte interna ha trovato una soluzione opposta, in virtù di un *distinguishing*, basato sul mancato soddisfacimento delle condizioni eccezionali del primo caso. Cfr. *supra*, Capitolo primo.

⁵ Il fenomeno si applica a molti ordinamenti giuridici, anche se vi sono ancora molte zone del mondo che, non godendo di questi stessi benefici, non possono ambire allo stesso.

degli individui e dunque l'impossibilità dell'individuazione in termini univoci di un confine netto tra le due dimensioni del diritto.

Un esempio in tal senso efficace è quello della Costituzione spagnola, in cui il diritto alla protezione della salute è proclamato all'articolo 43, nella parte dedicata ai diritti sociali. Per tale ragione, esso non gode di un'efficacia diretta, azionabile *erga omnes*, come invece è possibile nel contesto costituzionale italiano⁶, ma si caratterizza piuttosto come il paradigma del diritto sociale tutelato all'interno della Legge fondamentale iberica⁷, dal momento che questa contiene un esplicito mandato ai «poteri pubblici» per «organizzare e tutelare la salute pubblica attraverso le misure preventive, le prestazioni e i servizi considerati necessari»⁸. Ne discende che l'articolo 43 è escluso – come si è visto – dall'*amparo constitucional*, non essendo possibile per il singolo agire autonomamente nei confronti dello Stato contro la violazione di tale precetto costituzionale. Del resto, il fatto che contro la mancata attuazione delle disposizioni legislative che demandano ai pubblici poteri l'attuazione dei cd. diritti sociali, non vi sia una garanzia giurisdizionale attivabile da parte del singolo è da tempo oggetto di interventi dottrinali⁹.

In talune circostanze, tuttavia, alcuni profili inerenti al diritto all'accesso a prestazioni sanitarie sono stati ricollegati a diritti fondamentali, quali il diritto alla vita o all'integrità fisica e per tal ragione sono risultati ammissibili al ricorso individuale diretto al giudice costituzionale¹⁰. Allo stesso fenomeno si è assistito anche nel contesto britannico, ove – pur non essendo riscontrabile un diritto alla salute negli

⁶ Cfr. C. cost., sent. n. 88/1979.

⁷ Si veda, *ex multis*, J.C. GAVARA DE CARA, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcellona, 2010, p. 77. Cfr. S. GAMBINO, *Cittadinanza, funzioni pubbliche, federalismo*, 17 settembre 2008, disponibile sul sito www.astrid-online.it, p. 14, secondo cui il diritto alla salute rappresenta un «esempio ideal-tipico di diritto sociale».

⁸ Articolo 43, comma 2, Costituzione spagnola.

⁹ A questo proposito, cfr. M.S. GIANNINI, *Stato sociale. Una nozione inutile*, in *Il politico*, 1977, p. 223: «[...] è fin troppo noto che se il legislatore resta a contemplare gli astri, come avviene in Italia, gli enunciati costituzionali finiscono in misteriosi mari sargassi: contro la non legiferazione non esistono situazioni soggettive attivabili, né garanzie azionabili».

CONCLUSIONI

stessi termini che in Italia o in Spagna – vengono proposti ricorsi, fondati sulla lesione dei diritti della CEDU, contro l'omissione dell'intervento statale, garantendosi così l'accesso a cure o terapie considerate *fondamentali* per la salute¹¹. Le pronunce rese dimostrano la mutevolezza o relatività del diritto *ad accedere alla salute*, in relazione all'evolversi del contesto storico, economico e sociale e sulla base dello sviluppo della scienza medica.

Nel contesto italiano, l'approccio è differente, dal momento che è lo stesso articolo 32 della Costituzione a configurare la salute come diritto al contempo fondamentale e sociale. L'interpretazione che ad esso è stata data dalla Corte – come si è osservato nel Capitolo primo – ha subito una trasformazione non trascurabile, segnata in modo particolare dalla sentenza n. 88/1979, e in un momento successivo dalle sentenze nn. 309/1999, 509/2000 e 252/2001¹².

Alla luce di queste osservazioni, non si può che arrivare ad affermare che, all'interno del diritto alla salute, siano contemporaneamente sussistenti una dimensione di diritto fondamentale ed una di diritto sociale. Poiché, però, non è possibile per l'interprete discernere una netta linea di demarcazione tra le due «facce»¹³ del diritto, dal momento che, forse, sono più le zone grigie di quelle su cui vi sia certezza giuridica e condivisione, s'intende proporre una lettura unitaria del diritto, nella quale far coesistere i possibili profili. A parere di chi scrive, il diritto alla salute può essere configurabile come diritto a fattispecie complessa¹⁴, come una sorta di sfera unitaria, entro la quale è possibile individuare una gradazione nell'intensità di tutela fornita

¹⁰ Cfr. *supra*, Capitolo primo, par. 2. Si vedano, ad esempio, le citate sentenze del Tribunal constitucional nn. 53/1985, 120/1990, 166/1996, 154/2002, nelle quali svariati aspetti relativi al diritto alla salute (quali la parziale depenalizzazione dell'aborto, il rifiuto dell'alimentazione forzata o a ricevere emotrasfusioni) sono stati ricollegati a diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, come l'integrità fisica, il diritto alla vita o la protezione della dignità umana.

¹¹ Ne sono un esempio le decisioni del cd. caso *Child B, R v. Cambridge Health Authority, ex parte B.* [1995] 25 BMLR 5 e *R v Cambridge Health Authority, ex p B* [1995] 2 All ER 129 e *D. v Regno Unito* (ric. n. 30240/96, del 2 maggio 1997), deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹² Su cui cfr. *supra*, Capitolo primo.

¹³ A. ANZON, *L'altra "faccia" del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 1, p. 656.

dall'ordinamento ai consociati; a questa gradazione corrisponde, in termini altrettanto graduali, anche la natura dell'obbligazione statale di realizzare le garanzie che permettano l'accesso alle prestazioni sanitarie.

In altri termini, ai diritti sociali non può più essere attribuito il significato riduttivo che tradizionalmente li accompagna; come è stato efficacemente osservato da autorevole dottrina «anch'essi sono diritti fondamentali, così come i tradizionali diritti di libertà: tra quelli e questi muta solo il momento di emersione storica e il più stretto collegamento dei primi al principio fondamentale della pari dignità sociale e dell'eguaglianza sostanziale»¹⁵. Ciò che costituisce la reale differenza tra le due dimensioni del diritto è il loro reciproco rapporto, mutevole a seconda del momento storico o delle esigenze contingenti. L'evoluzione dello Stato costituzionale di diritto ha condotto ad avvicinare le due generazioni di diritti, superando – probabilmente – l'originaria dicotomia¹⁶. A tale proposito, si può aggiungere l'argomento, tratto dall'osservazione dei fenomeni giuridici cui sempre più soventemente si assiste, relativo agli interventi statali di razionalizzazione della spesa pubblica: nonostante si renda necessario agire al fine del contenimento delle voci di uscita dei bilanci statali, infatti, risulta impossibile per il legislatore e per i pubblici poteri limitare gli istituti e gli strumenti di carattere “sociale” tanto da giungere ad uno smantellamento completo degli stessi¹⁷.

¹⁴ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 1, pp. 21 ss., *passim*.

¹⁵ Su questo si veda B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984, 1, p. 28.

¹⁶ Di questo avviso anche C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. III, Torino 2006, p. 1102.

¹⁷ Su questo, cfr. per esempio A. ROVAGNATI, *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009, pp. 101 ss. In questa prospettiva, si segnala, inoltre, che la riforma del Titolo V della Costituzione italiana, nell'equiparare il ruolo del legislatore regionale a quello statale, costituisce una possibile modalità di declinazione degli impegni dello Stato costituzionale nella tutela dei diritti, demandata ora anche al livello decentrato. Su questo, in particolare si tornerà *infra*.

Nella distinzione “quasi manichea” tra diritti di libertà e diritti sociali, tra libertà negative e libertà positive, ha tradizionalmente inciso l'argomento relativo al costo pubblico dei secondi, contro il semplice dovere di astensione fondato dai primi¹⁸. Tali obiezioni non sono del tutto condivisibili, e vi è chi in dottrina le considera già da tempo superate¹⁹. Per esempio, è stato dimostrato che non soltanto i diritti sociali richiedono un impiego di risorse economiche per la loro garanzia: si è fatto a tal proposito riferimento al vasto impiego di risorse, in termini non soltanto economici, ma anche fisici e umani, al fine di garantire pure le cd. libertà negative²⁰.

Dire che le libertà negative non costano, a differenza dei diritti sociali, che per questo sarebbero più difficilmente realizzabili o più ardui da garantire, significa semplificare eccessivamente il discorso sui diritti fondamentali: le libertà negative non sono certo prive di costo, né si può affermare che la tutela dei diritti cosiddetti «positivi»²¹

¹⁸ A questo proposito, è opportuno ricordare la nota critica alla classificazione dei diritti operata da Roberto Bin, secondo il quale, trattare di diritti della prima e della seconda generazione è un «ragionare in astratto, per “figurini”». Cfr. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 345 ss.

¹⁹ R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, cit., pp. 345 ss.; L. TORCHIA L., *Sistemi di welfare e federalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 4, pp. 713 ss.

²⁰ Un esempio in tal senso assai efficace è riportato in J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, Berkeley, 1987, pp. 120 ss. ove ci si riferisce ai notevoli costi che derivano dalla garanzia del diritto al processo equo, in tutte le sue possibili declinazioni. Più forte, a parere di chi scrive, risulta però essere l'argomento delle cd. «obbligazioni positive», fondato dalla Corte europea dei diritti nell'uomo in sede di interpretazione dell'ambito applicativo dei diritti della CEDU (comunemente ascritti alla prima tipologia). A questo proposito si vedano le considerazioni svolte in riferimento all'ordinamento britannico, nel Capitolo primo.

²¹ «Delle categorie di diritti umani individuate è evidente che Jeanne Hersch include nella classe dei diritti umani anche i diritti umani cosiddetti positivi, ossia i diritti sociali, economici e culturali, oltre ai diritti “negativi”». F. DE VECCHI, *La libertà incarnata. Filosofia, etica e diritti umani secondo Jeanne Hersch*, Milano, 2008, p. 243.

comporti necessariamente e a qualsiasi livello un costo²². L'approccio deve essere più elastico e libero da una classificazione così rigida²³.

Per questa ragione, s'intende mettere da parte la distinzione tra la dimensione fondamentale e quella sociale del diritto alla salute, poiché risulta maggiormente utile dal punto di vista giuridico trattarne in termini unitari, al fine di individuare distintamente le gradazioni nella tutela allo stesso offerta da parte dell'ordinamento.

Inoltre, nel momento in cui i tradizionali diritti di libertà hanno cominciato ad assumere, oltre al loro originario "contenuto negativo", anche una dimensione positiva, la differenza tra le due categorie è venuta attenuandosi²⁴, tanto che «nei moderni e più evoluti ordinamenti costituzionali, i diritti sociali colorano e

²² A questo proposito, F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2008, 5, p. 557, per la quale: «Secondo il noto studio di Holmes e Sunstein sul costo dei diritti, tutti i diritti costano perché tutelarli costa e costa soprattutto garantirli in modo uniforme ed equo: essi dipendono infatti dalla disponibilità collettiva a contribuirvi, poiché la loro tutela è finanziata dalle entrate fiscali».

²³ Per una critica alla sostenibilità o insostenibilità economica dei diritti J.W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights*, cit., pp. 120 ss.; sul superamento dell'originaria distinzione tra diritti sociali (come diritti positivi a prestazione) e diritti di libertà (come diritti negativi all'astensione dell'intervento delle istituzioni pubbliche) si veda anche A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett.m)*, art.117 Cost., in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1156.

²⁴ Cfr. ad esempio, A. ANZON, *L'altra "faccia" del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 1, p. 658; in termini (apparentemente) del tutto contrari, si veda, invece, M. LUCIANI, *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979, pp. 407 ss., il quale delimita nettamente le caratteristiche (anche contenutistiche) del diritto alla salute alla categoria dei diritti sociali. Si badi però che ciò non significa affatto che l'Autore ne sminuisca in qualche modo la portata. Al contrario, egli accoglie una concezione ampia e tutt'altro che limitativa di diritti sociali: «sono diritti sociali solo quei diritti che assicurano il progresso della persona umana e la realizzazione pratica delle sue potenzialità astratte» (p. 410). Il problema, però, si pone per l'Autore con riferimento alla categoria tradizionale dei diritti fondamentali (di libertà), per il profilo contenutistico "positivo" che la dottrina cominciava proprio in quegli anni a riconoscere anche ad essi. Il contrasto viene risolto attraverso una sorta di ammissione della strumentalità della categoria dei diritti sociali, valevole semplicemente a distinguere quelli, tra i diritti fondamentali, di più recente riconoscimento.

sostanziano gli stessi diritti di libertà (i diritti formali o libertà a contenuti negativo), ricomponendo in un organico quadro d'insieme la “libertà degli antichi” e la “libertà dei moderni”»²⁵.

A quanto sinora espresso, è necessario aggiungere una riflessione circa il particolare profilo del diritto alla salute esaminato, ovvero il diritto ad ottenere (e ad accedere ai) trattamenti sanitari. Sotto questo punto di vista, vengono infatti in gioco ulteriori elementi meritevoli di considerazione, *in primis* l'obbligazione, nascente in capo al legislatore, di determinare gli strumenti e i modi di attuazione del diritto, dopo aver effettuato un bilanciamento con gli altri beni e interessi costituzionalmente rilevanti²⁶.

In tale contesto assume un peso rilevante anche il fondamentale ruolo interpretativo del giudice (non soltanto) costituzionale: la dimensione meramente positiva dei diritti cede ormai il passo alla rivalutazione della Costituzione come luogo di espressione di valori che costituiscono il fondamento di ogni aspetto della vita sociale e dell'esperienza giuridica nello Stato²⁷. Risultato di tale mutamento è il fatto che, da un lato, lo spettro applicativo dei diritti risulta ampliato e, dall'altro lato, che la tecnica del bilanciamento prevale su un ordinamento “gerarchico” dei diritti costituzionali che, a parere di chi scrive, non risulta più compatibile con la realtà

²⁵ Cfr. R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, p. 517.

²⁶ Il contenuto dell'obbligazione, come visto, deriva anche dall'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Si considerino, per esempio, le sentenze. nn. 252/2001, 509/2000 e 309/1999, su cui cfr. *supra*, Capitolo primo.

²⁷ Di questo avviso V. BALDINI, *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, 3, del 29/09/2011, p. 8. L'Autore fa riferimento, in particolare, alla sentenza della Corte costituzionale n. 423/2004, in cui si legge che «[l]a ricerca scientifica deve essere considerata non solo una “materia”, ma anche un “valore” costituzionalmente protetto (artt. 9 e 33 della Costituzione), in quanto tale in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati (cfr. sentenze nn. 259 del 2004 e 407 del 2002)», al punto 11.1 del considerato in diritto.

CONCLUSIONI

socio-economica con la quale lo Stato costituzionale di diritto (inteso come insieme di tutti i suoi possibili attori) si confronta.

L'insieme degli interventi dei pubblici poteri, tendenzialmente e tradizionalmente ascritto all'area dei diritti sociali, costituisce dunque uno dei modi di manifestazione dello Stato costituzionale (e sociale) di diritto. Ne deriva che esistono alcune prestazioni configurabili come costituzionalmente necessarie e necessitate, e per tal ragione indisponibili da parte del legislatore e dei pubblici poteri. Lo Stato deve garantirle sempre e comunque, pena la violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, sanciti anche in dichiarazioni internazionali e per tal ragione condivisi dalla comunità globale²⁸.

Trattare di diritti sociali, in definitiva, non significa esaminare una particolare categoria di diritti (distinta dalle libertà); è preferibile piuttosto il riferimento ad uno dei modi di declinazione dello Stato costituzionale di diritto nell'era attuale: un ordinamento nel quale, attraverso la garanzia di eguaglianza formale e sostanziale tra gli individui, si miri ad eliminare tutte quelle ingiustificate disparità che limitino l'effettivo godimento dei diritti sanciti dalla Costituzione per tutti i consociati. Lo Stato costituzionale di democrazia pluralista, fondato sul principio personalista e d'eguaglianza, si pone come finalità ultima il rispetto della dignità umana, che a sua

²⁸ «Se l'individuazione dei precetti della costituzione materiale deve muovere dall'analisi dei fatti, sembra difficile negare agli istituti, ai procedimenti e ai rapporti di protezione sociale il carattere di elemento di costituzione materiale. Non solo, infatti, come si è rilevato, essi hanno inciso e incidono radicalmente nelle condizioni di vita delle persone fisiche, ma soprattutto è ormai convincimento generale, diffuso e radicato, quello della necessità di siffatti istituti; si può discutere e si discuterà sempre circa i modi tecnici di organizzarli, ma nessuno ne può più discutere l'indispensabilità, come componenti di una struttura di pubblici poteri. Il convincimento è talmente convalidato, che questi precetti sono stati accolti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e che i nuovi Stati che si formano o si vanno formando, tra le prime realizzazioni di cui si preoccupano, pongono quella relativa agli istituti di protezione sociale. Per cui se indice di riconoscibilità delle norme di costituzione materiale è la coscienza generale della loro necessità, dovremmo concludere di essere in presenza di una di esse». M.S. GIANNINI, *Stato sociale. Una nozione inutile*, in *Il politico*, 1977, p. 224.

volta costituisce uno dei principali pilastri su cui lo Stato stesso si regge²⁹, e che a tale scopo agisce e interviene per eliminare le disparità³⁰.

3. Il diritto alla salute a fattispecie complessa: per una teoria “a cerchi concentrici” del diritto

L'opportunità dell'abbandono di una distinzione tra le due opposte (e apparentemente inconciliabili) dimensioni del diritto alla salute, dovuta all'impossibilità di tracciare una netta linea di demarcazione che assicuri la certezza del diritto, anche dal punto di vista soggettivo, richiede di elaborarne una differente configurazione in termini costituzionali. Per questa ragione – come si è detto – si ritiene che sia preferibile considerare la salute come un diritto a fattispecie complessa, caratterizzato da diversi livelli di tutela e di garanzia, che si modulano a seconda del peso attribuito in corso di bilanciamento con altri valori.

Da questo punto di vista, si è dato conto dell'esistenza di un «nucleo irriducibile» del diritto, inteso come lo “zoccolo duro” dello stesso, che deve essere sempre assicurato a tutti gli individui, indipendentemente da situazioni o condizioni afferenti allo *status civitatis*, e anche qualora un soggetto sia irregolarmente o illegittimamente presente sul territorio statale³¹.

Si rende necessario, a questo punto, interrogarsi circa la possibilità di individuare il contenuto concreto di questo nucleo irriducibile del diritto alla salute, come nocciolo delle tutele offerte dall'ordinamento statale e dalla comunità internazionale³². In termini generali, esso pare poter essere individuato in quell'insieme di prestazioni che

²⁹ Come indicato all'art. 1 della Costituzione spagnola.

³⁰ Così M.S. GIANNINI, *Stato sociale. Una nozione inutile*, cit., p. 226, che critica con veemenza la nozione di Stato sociale, poiché – nelle sue parole – caratterizza il modo d'essere dello Stato costituzionale di diritto.

³¹ Le considerazioni e gli esempi concreti in merito sono stati oggetto del primo Capitolo.

³² Riprendendo la già menzionata metafora dell'ombrello di Roberto Bin, si può sostenere che il nucleo irriducibile del diritto alla salute costituisca quell'insieme di situazioni che si trovano proprio sotto al centro dell'ombrello, ove la garanzia è massima.

devono necessariamente essere garantite dallo Stato, pena la violazione delle disposizioni costituzionali con cui si tutelano i diritti fondamentali dell'uomo: in questi termini, dunque, ci si trova in un'area esterna rispetto al bilanciamento che deve essere operato dal legislatore con altri interessi costituzionalmente meritevoli.

Una completa definizione, tuttavia, non è facilmente elaborabile in termini univoci, dal momento che probabilmente la nozione sfugge, per sua stessa natura, ad una determinazione in termini astratti, risultando preferibile lasciare un certo spazio anche alla valutazione da operarsi caso per caso³³. Sono, peraltro, individuabili alcuni interventi del giudice costituzionale, nei quali è stata riconosciuta ed affermata la necessità di assicurare, all'interno dell'ordinamento, la tutela del contenuto minimo dei diritti, che trova la propria giustificazione proprio in una delle finalità principali dello Stato costituzionale di diritto, ossia il rispetto della dignità umana.

A questo proposito, ad esempio, il Tribunale costituzionale spagnolo ha individuato una gradazione tra i diritti da garantire agli stranieri presenti sul territorio nazionale,

³³ Come affermato anche in C. cost., sent. n. 252/2001. Su questo si veda anche A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1164. A rafforzare l'argomento giovano anche le motivazioni di un'altra pronuncia della Corte, la sentenza n. 267/1998, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'allegato I, punto 8.6, della legge della Regione Piemonte 23 aprile 1990, n. 37 (Norme per la programmazione socio-sanitaria regionale e per il Piano socio-sanitario regionale per il triennio 1990-92), promosso dal Pretore di Alba, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 Cost. Il caso riguardava la previsione della necessità di una preventiva autorizzazione dell'amministrazione sanitaria competente per il rimborso delle spese erogate per prestazioni sanitarie ricevute in case di cura private: «il nucleo essenziale del diritto alla salute deve ritenersi salvaguardato da quelle disposizioni di legge [...] che legittimano il ricorso a forme di assistenza indiretta nelle ipotesi in cui le strutture del servizio sanitario -incluse quelle convenzionate ed oggi quelle accreditate- non fossero in grado di assicurare un tempestivo intervento sanitario, reso peraltro indifferibile dalle condizioni di salute della persona bisognosa di prestazioni di cura» (punto 4 del considerato in diritto). Con una sentenza additiva, la Corte ha accolto le censure del giudice *a quo*, stabilendo che «[i]n questo modo si permette egualmente un adeguato bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, evitando, da un lato, carenza di tutela proprio nei casi in cui appare più grave il rischio per il bene primario della salute e non alterando, dall'altro lato, i criteri di fondo che regolano il riparto tra regime di assistenza diretta e regime di assistenza indiretta».

dichiarando che alcuni di essi non tollerano alcuna differenziazione basata sulla nazionalità, mentre ve ne sono alcuni per i quali è accettabile un intervento legislativo che preveda regimi diversi sulla base della cittadinanza³⁴.

Quanto alla Corte italiana, è da segnalare il fatto che, proprio con riferimento alla salute, già prima della annotata sentenza n. 252/2001, era stato individuato un punto di equilibrio tra il ruolo del legislatore, come decisore politico sulle scelte in campo sanitario, e quello del giudice costituzionale, chiamato a difendere il contenuto fondamentale dei diritti sanciti dalla Costituzione³⁵: «nel rispetto dell'*ampia discrezionalità* che deve essere riconosciuta al legislatore, a questa Corte, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, compete tuttavia di garantire la *misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive* che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti»³⁶.

Un ulteriore elemento di interesse è recentemente emerso con la sentenza n. 306/2008³⁷, ove l'eguaglianza intersoggettiva è stata ricondotta dalla Corte al diritto internazionale consuetudinario (art. 10 Cost.). Attraverso tale lettura della Costituzione, quindi, il legislatore incontra tra i vincoli imprescindibili all'esercizio della propria discrezionalità politica il rispetto degli obblighi derivanti

³⁴ Il riferimento è a Tribunal constitucional, sent. n. 107/1984, su cui diffusamente nel Capitolo primo.

³⁵ C. cost., sent. n. 27/1998, nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 2, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, sull'indennizzo per i soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati (come modificati dall'art. 7 del d.l. n. 548/1996, convertito nella L. n. 641/1996), promossi dal Pretore di Massa, dal Tribunale di Firenze e dal Pretore di Trento.

³⁶ C. cost., sent. n. 27/1998, punto 4.2 del considerato in diritto. Corsivo aggiunto. Sul punto si veda anche A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett.m), art.117 Cost.*, cit., p. 1165. Sulla distinzione tra gli aggettivi «minimo», «essenziale» e «irriducibile» si rinvia alle considerazioni svolte nel Capitolo primo, nel paragrafo *Sui livelli essenziali (e non minimi) delle prestazioni: possibili (non) definizioni*.

³⁷ C. cost., sent. n. 306/2008, su cui *supra*, Capitolo secondo.

CONCLUSIONI

dall'ordinamento internazionale. In questo modo, si può incontrare un veicolo di rafforzamento del nucleo irriducibile del diritto alla salute, che si realizza attraverso la previsione dell'accesso a determinate categorie di prestazioni sanitarie, indisponibili per il legislatore, pena la violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti non soltanto dalla Carta costituzionale, ma anche dalla Comunità internazionale.

Questo permette di individuare una linea di comunanza nella comparazione: dall'analisi svolta emerge, infatti, che il contenuto concreto del nucleo essenziale del diritto alla salute riceve una forte determinazione dalle obbligazioni assunte dagli Stati in sede internazionale. Fra i punti di contatto tra gli ordinamenti considerati si dimostra come irrinunciabile la protezione della salute dei minori (comunque presenti sul territorio nazionale), la tutela della gravidanza e della maternità e, infine, la garanzia di tutte quelle situazioni soggettive relativamente alle quali il mancato intervento statale costituirebbe la lesione del diritto alla vita o all'integrità fisica³⁸.

Le prestazioni sanitarie finalizzate alla protezione di tali situazioni, dunque, si configurano come costituzionalmente necessarie e dovute e si sottraggono, pertanto, ad una valutazione discrezionale del legislatore o al bilanciamento con altri interessi costituzionali³⁹.

La comparazione, tuttavia, ha portato a dimostrare anche l'esistenza di una diversità d'approccio da parte degli ordinamenti, che attraverso l'adozione di strumenti differenti conduce talora all'elaborazione di soluzioni analoghe. Il quadro italiano pare essere quello che tutela più ampiamente il nucleo irriducibile, dal momento che in esso vengono fatte rientrare anche tutte quelle prestazioni *essenziali, ancorché continuative*, la cui mancata garanzia conduca alla violazione dei diritti fondamentali. Diversamente, la garanzia offerta da Spagna e Regno Unito pare

³⁸ Per i riferimenti giurisprudenziali si veda *supra*, Capitolo primo.

³⁹ Si potrebbe anche dire che risultano sempre e comunque prevalenti nel bilanciamento, anche se – a parere di chi scrive – non si tratta di una distinzione rilevante.

invece “coprire” solamente le situazioni caratterizzate da urgenza, salva però l'adozione di alcuni correttivi⁴⁰.

In definitiva, sembra potersi affermare che il contenuto concreto del nucleo irriducibile del diritto alla salute non può essere individuato per mezzo di una definizione aprioristica, dal momento che esso si completa anche attraverso una dimensione *relazionale*, in quanto strettamente collegato alla tutela della dignità umana. Per tali ragioni, il nucleo irriducibile può essere realmente compreso solamente in relazione ad un caso specifico e concreto⁴¹.

3.1. Oltre il nucleo irriducibile: il peso della discrezionalità legislativa

Una volta enucleato il livello minimo dell'intervento dei pubblici poteri, ovvero la soglia di garanzia di prestazioni comunque irrinunciabile e imprescindibile, si apre l'ambito discrezionale dell'intervento legislativo.

Immaginando di raffigurare il diritto alla salute come un insieme di cerchi concentrici, che dipartono dal «nucleo irriducibile», area all'interno della quale pare essere esclusa l'ipotesi dell'utilizzo della discrezionalità politica, si avranno diversi livelli di intensità della tutela offerta dal legislatore, che degrada proporzionalmente in ragione dell'allontanamento dal punto centrale. In altri termini, tanto più la garanzia di prestazioni sanitarie che deve essere assicurata dal legislatore (o dai pubblici poteri, come si è visto nel Regno Unito) si avvicina al nucleo irriducibile, maggiori saranno i vincoli cui deve sottostare il legislatore e proporzionalmente minore lo spazio di discrezionalità utilizzabile. Viceversa, più si è distanti dallo

⁴⁰ Giunti in sede legislativa nel contesto spagnolo e in via giurisdizionale in quello britannico, sui cui cfr. Capitolo primo.

⁴¹ Come affermato anche dalla Corte costituzionale, sent. n. 252/2001; sul punto cfr. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, cit., pp. 345 ss. In tal modo, quindi, è possibile affermare che in tutti e tre gli ordinamenti considerati, nonostante l'apparente differenza formale, il nucleo irriducibile del diritto gode della medesima protezione, poiché quello che nel contesto italiano può essere considerato come una prestazione essenziale, ancorché continuativa, in Spagna e nel Regno Unito, può essere considerabile come urgente e dunque godere del medesimo livello di protezione.

“zoccolo duro” del diritto, maggiore sarà il potere discrezionale esercitabile dal legislatore e, dunque, la libertà di decidere anche sull'*an* (e non solo sul *quomodo*) dell'intervento positivo relativamente ad una data prestazione sanitaria.

In definitiva, talvolta l'attività legislativa è totalmente vincolata: non c'è spazio per valutazioni discrezionali⁴², poiché bisogna garantire il nucleo irriducibile del diritto alla salute): il legislatore può e deve semplicemente limitarsi a rendere effettivo e possibile il mandato costituzionale⁴³. Al di là di tale ambito, invece, la discrezionalità politica esiste, viene adoperata e ha effetti caratterizzanti per un ordinamento; la sua intensità, inoltre, si gradua in modo proporzionale a ciò che è oggetto di tutela.

Il controllo del giudice costituzionale sarà, come si è visto, limitato ad un sindacato di ragionevolezza dell'intervento legislativo: saranno considerati incostituzionali interventi manifestamente irragionevoli, tramite i quali si inseriscono differenziazioni ingiustificate nelle previsioni circa la disponibilità o l'accesso alle prestazioni sanitarie⁴⁴. La verifica di costituzionalità impostata in questo modo conduce all'enucleazione dei limiti che si impongono alle valutazioni che il legislatore dovrà svolgere prima di adottare una disciplina: anche qualora vi fossero più soluzioni possibili, infatti, esse non potranno essere considerate tutte tra loro necessariamente

⁴² A questo proposito: «Il fatto è che, se i diritti fondamentali, nella dimensione di diritti a prestazione pubblica, ne esigono anzitutto una determinazione legislativa, in ogni altra ipotesi non tollerano, all'opposto, alcuna determinazione del loro contenuto essenziale. Il riconoscimento dei “diritti inalienabili della persona umana” rientra, infatti, tra quei “principi supremi” i quali “non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali (C. cost., sent. n. 1146/1988): il che vale a più forte ragione per il legislatore ordinario», C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali” (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 3, p. 896.

⁴³ Sul punto anche V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, p. 81.

⁴⁴ Un esempio in tal senso efficace è C. cost., sent. n. 306/2008, su cui *supra*, Capitolo secondo, nella quale la Corte ha riconosciuto che rientra nel potere discrezionale del legislatore la previsione di limiti soggettivi all'accesso a determinate prestazioni (nel caso di specie assistenziali), ma che questi non possono essere manifestamente irragionevoli.

CONCLUSIONI

equivalenti, poiché ve ne saranno alcune che, rispetto ad altre, si dimostreranno preferibili poiché *più ragionevoli*⁴⁵.

Fra i fattori che determinano il sindacato di ragionevolezza e che *devono* condizionare le scelte legislative emerge con nitore la deferenza nei confronti delle acquisizioni e degli sviluppi della scienza medica. Si tratta di un elemento capace di giocare un peso assai rilevante nella ponderazione operata in sede decisionale, non soltanto per il legislatore, ma anche per le pubbliche amministrazioni chiamate a dare concreta attuazione alle disposizioni; al contempo esso costituisce un limite per il sindacato giurisdizionale. Nel momento in cui il soggetto responsabile per le decisioni in campo sanitario dimostri che esse si fondano sul rispetto di criteri e parametri di natura clinica o scientifica, i giudici (sia di legittimità sia di merito), una volta accertato il rigore nel rispetto dei medesimi, non potranno spingere oltre il proprio sindacato.

Nel corso dell'analisi della giurisprudenza di merito britannica (soprattutto inglese) sull'allocazione delle risorse in campo sanitario⁴⁶, c'è stato modo di dimostrare che il fattore scientifico costituisce un limite costante rispetto al sindacato giurisdizionale.

La comparazione, relativamente a tale aspetto, aiuta a rafforzare l'argomento, poiché si tratta di una costante, presente e rilevabile non solamente nel formante giurisprudenziale, ma anche in quello normativo: a questo proposito, si pensi alle riflessioni svolte dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 282/2002 sulla valenza delle acquisizioni medico-scientifiche come strumento per la declinazione dei diritti costituzionali⁴⁷. Nei medesimi termini si pongono anche gli interventi delle

⁴⁵ In questi termini C. PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in *Diritto e società*, 2004, 3, pp. 349-350, che si riferisce in particolare alle sentenze nn. 309/1999 e 509/2000.

⁴⁶ Cfr. Capitolo secondo.

⁴⁷ C. cost., sent. n. 282/2002, punto 4 del considerato in diritto: «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. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato

Corti di merito britanniche, che hanno dichiarato l'impossibilità di sindacare sui limiti posti dalle amministrazioni sanitarie locali all'accesso ad alcune prestazioni per determinate categorie di individui, che fossero fondate sul rigoroso rispetto di canoni medici e clinici⁴⁸. Un analogo livello di deferenza rispetto ai criteri scientifici è riscontrato anche, a livello normativo, nel contesto spagnolo. La legge di riforma del servizio sanitario nazionale del 2003, ad esempio, prevede la fissazione a livello nazionale dei tempi massimi per l'accesso alle prestazioni fornite dal SNS⁴⁹: esse saranno stabilite in seno al Consiglio Interterritoriale, le cui determinazioni – come visto – dipenderanno anche da fattori clinici e organizzativi⁵⁰.

4. Il ruolo della giurisprudenza: sulla (preferibile) elasticità delle maglie del sindacato

La proposta di una configurazione del diritto costituzionale alla salute, inteso nella sua complessità, come un diritto «a tutela graduale», che va via via attenuandosi man mano che ci si allontana dal suo «nucleo irriducibile», ha condotto a svolgere alcune riflessioni sul ruolo del legislatore e sull'ampiezza del potere discrezionale di cui dispone. A siffatte osservazioni corrispondono, parallelamente, alcune riflessioni delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia».

⁴⁸ Rileva in tal senso il citato caso *R v Central Birmingham Health Authority, ex parte Walker* (1987) 3 BMLR 32 (su cui *supra*, Capitolo secondo), così come decisioni più recenti, quali quelle che limitavano l'accesso alla procreazione medicalmente assistita per talune donne. Cfr. *R v Sheffield Health Authority, ex parte Seale* [1995] 25 BMLR 1 (nel caso di specie si trattava di donne ultra-trentacinquenni), in cui la Corte ritenne legittimo il limite soggettivo, in quanto fondato sull'evidenza medico-scientifica della diminuzione di fertilità (e dunque di probabilità di successo della terapia) oltre una certa età.

⁴⁹ L. n. 16/2003, art. 25, su cui *supra*, Capitolo secondo.

⁵⁰ A questo proposito, l'individuazione di criteri comuni e condivisi per la determinazione delle priorità per l'accesso alle prestazioni sanitarie potrebbe essere uno degli ambiti applicativi della direttiva 2011/24/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera, che (come visto *supra*, Capitolo terzo) prevede l'istituzione – *inter alia* – di strumenti di condivisione delle buone pratiche a livello europeo.

circa il ruolo del giudice nella valutazione delle scelte legislative e nella tutela dei diritti dei singoli.

Tali considerazioni possono prendere le mosse dai dati emersi con riferimento al contesto britannico, in cui – come si è osservato – è stato proprio il formante giurisprudenziale a caratterizzare in modo rilevante l'evoluzione del servizio sanitario e del diritto all'accesso alle prestazioni per gli utenti, a fronte di un legislatore non interventista e di un alto livello di frammentazione nell'adozione delle decisioni amministrative ed organizzative.

La configurazione del National Health Service si basa sull'individuazione delle obbligazioni dei pubblici poteri con riferimento alla predisposizione degli strumenti idonei e necessari per assicurare la fruizione delle prestazioni sanitarie per gli utenti, piuttosto che sull'enucleazione dei diritti soggettivi dei pazienti. Per tale ragione, le pronunce di merito delle Corti sono state sovente “a rime obbligate”, non potendo riconoscere il mancato adempimento delle obbligazioni in capo alle pubbliche amministrazioni sanitarie, o l'obbligo delle istituzioni incaricate di prevedere i criteri per l'accesso alle prestazioni, in tutti i casi in cui veniva dimostrato che erano interventi ragionevolmente ritenuti come non necessari⁵¹. Un altro fattore che ha reso “complesso” il potere di intervento giurisdizionale, nei casi di ricorso in *judicial review* avverso provvedimenti sanitari di diniego di prestazioni, riguarda il fattore medico-clinico sottostante alle decisioni: ad un giudice è precluso lo scrutinio sulle valutazioni scientifiche alla base di determinazioni di questo tipo, e pertanto, spesso, non è stato possibile verificare giurisdizionalmente l'effettività della tutela prestata al singolo.

Per questa ragione – come si è visto – le Corti di merito hanno progressivamente elaborato criteri di legittimità per l'adozione di decisioni relative all'accesso alle prestazioni sanitarie per gli utenti del NHS, che permettessero di operare un sindacato *utile* sia ai fini della tutela dei diritti individuali sia volto a porre le basi per il miglioramento della funzionalità e dell'efficacia del servizio sanitario. I giudici hanno infatti individuato alcuni requisiti procedurali che devono essere seguiti da

⁵¹ Il richiamo è all'art. 1 del *NHS Act*.

tutti i soggetti coinvolti nel procedimento decisionale, sia a livello centrale sia nella dimensione locale e decentrata⁵².

Il percorso così intrapreso ha permesso di garantire tutta una serie di diritti per gli utenti del NHS, che possono essere configurati come corollari del più ampio (e forse meno definito) diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie: attraverso, infatti, la garanzia di accesso ad un procedimento decisionale fondato sul principio di trasparenza, sulla conoscibilità e pubblicità dei criteri (anche medici e clinici) che fondano le decisioni, si è reso possibile configurare un sistema di tutele volte ad assicurare al singolo di poter fruire delle prestazioni all'interno del NHS senza ingiustificate discriminazioni e con la possibilità di ricorrere avverso decisioni ritenute illegittime. Tutto ciò contribuisce a comporre il *diritto alla salute* di matrice britannica che, come si è visto, è un dato normativamente non presente in tale ordinamento.

La giurisprudenza britannica (in particolar modo inglese) ha, in relazione a quanto espresso, un ulteriore ruolo di rilevante importanza: a causa della frammentarietà del sistema sanitario, si sono realizzati (e in parte sussistono tuttora) i cd. fenomeni di *postcode lottery*, ovvero di ingiustificate diversificazioni nell'accesso a prestazioni sanitarie, a parità di condizioni di partenza e di posizione giuridica soggettiva, fra gli utenti del NHS, dipendenti dal territorio di residenza. Tale fattore costituisce uno dei nodi maggiormente critici del servizio sanitario, contro il quale si sta da alcuni anni adoperando in maniera attiva anche un legislatore rimasto prima pressoché inerte⁵³. L'individuazione di un diritto procedimentale alle prestazioni sanitarie ha recato come conseguenza una sorta di armonizzazione non soltanto delle procedure ma anche delle decisioni sull'allocazione delle risorse in sanità e sull'individuazione delle priorità cliniche; in tal modo è stato possibile ovviare, almeno parzialmente, ad una ingiustificata diversificazione dei diritti e delle aspettative dei cittadini⁵⁴. Alla luce di

⁵² Più dettagliamene si veda *supra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata al Regno Unito.

⁵³ L'istituzione di NICE nel 1999 ne è un esempio.

⁵⁴ È però opportuno ricordare che il fenomeno della *postcode lottery* non è del tutto scomparso dal contesto inglese; a ciò si aggiunge il fatto che, in virtù della devoluzione alla Scozia della competenza

ciò, pur non esistendo a livello normativo o costituzionale nel Regno Unito una disposizione comparabile alle clausole di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) Cost., o all'art. 149.1.1 CE, è comunque possibile ravvisare una prima strada che conduca alla garanzia di un certo livello di eguaglianza interterritoriale per i cittadini rispetto al sistema sanitario⁵⁵.

Adottando un'altra prospettiva, si può però osservare che un intenso ricorso agli strumenti di tutela giurisdizionale, volti ad assicurare l'effettività dei diritti degli individui nel settore sanitario, è anche indice di criticità del settore e di un funzionamento non del tutto fisiologico del sistema⁵⁶. A tale proposito, è possibile proporre anche un'osservazione di carattere comparatistico che permetta di coordinare le osservazioni svolte in merito al contesto britannico a quelle relative alla giurisprudenza costituzionale spagnola e italiana.

In un certo senso, anche la Corte costituzionale italiana ha indicato la via procedurale come strada migliore per l'adozione di decisioni, in questo caso normative, veramente condivise e frutto dell'elaborazione di criteri e strategie comuni entro un contesto in cui la forte centralità del servizio sanitario iniziale ha cominciato a cedere il passo ad una più accentuata differenziazione territoriale, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione⁵⁷. Si è anche visto come la conflittualità costituzionale sia un dato assai ricorrente nel settore sanitario: non si contano gli interventi della Corte costituzionale resi in giudizi di legittimità costituzionale in via principale relativi a

in materia sanitaria, sono state assunte delle determinazioni che conducono a ulteriori livelli di differenziazione tra i cittadini britannici all'interno del Paese.

⁵⁵ Ci sarà tra breve modo di individuare una seconda strada, per così dire istituzionale.

⁵⁶ A questo proposito K. SYRETT, *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, Cambridge, 2007, p. 230, secondo il quale un eccessivo ricorso all'intervento dei giudici può essere considerato come un indice di fallimento della legittimità dell'esercizio dei pubblici poteri. A ciò vi è sicuramente da aggiungere il fatto che le amministrazioni sanitarie impiegano, per difendersi in giudizio, delle risorse economiche che potrebbero trovare un utilizzo più diretto a beneficio dei singoli.

⁵⁷ Si vedano a questo proposito le sentenze nn. 88/2003 e 134/2006, su cui *supra*, Capitolo secondo, sezione I.

ricorsi contro leggi statali o regionali che riguardino (più o meno da vicino) il campo sanitario⁵⁸.

Il dato si collega in modo inscindibile alla valenza costituzionale della clausola sui livelli essenziali, che può essere considerata in un certo senso come una sorta di manometro per la misura dell'effettività del principio d'eguaglianza (declinato in riferimento al diritto alla salute) entro un rinnovato quadro costituzionale, in cui si intende lasciare lo spazio ad un regionalismo più accentuato che valorizzi l'autonomia territoriale, pur nel mantenimento di un adeguato livello di tutela dei diritti e di garanzia di effettività degli stessi sull'intero territorio della Repubblica⁵⁹. Un ricorso altrettanto frequente alle pronunce del giudice costituzionale non è stato riscontrato nell'ordinamento spagnolo; la ragione può essere individuata in un differente approccio nell'adozione delle riforme legislative, a Costituzione invariata. In tali termini, può essere rilevato il fatto che, mentre anche nell'ordinamento italiano si è proceduto a modificare il formante legislativo anteriormente e contestualmente alla riforma del Titolo V, nell'ordinamento spagnolo tale processo è stato graduale. Il mutamento, in Italia, dell'assetto delle competenze statali e regionali ha condizionato fortemente la garanzia del diritto alla salute entro un quadro in evoluzione, nel quale le Regioni hanno ricevuto il riconoscimento di un ampliamento delle proprie potenzialità di intervento nel campo della salute. Al contempo, tuttavia, la clausola dei livelli essenziali ha permesso al legislatore statale di continuare ad intervenire nel settore, imponendo talora livelli ambiziosi e riducendo, pertanto, lo spazio per la determinazione dei livelli ulteriori regionali. Il giudice costituzionale si è trovato a dover sciogliere matasse spesso assai intricate, nei quali ai nodi del riparto di competenze si sommano quelli relativi alla garanzia di effettività del diritto.

L'individuazione di una garanzia del procedimento da seguire per l'adozione delle decisioni relative alla protezione dei livelli essenziali delle prestazioni prevede, come si è visto, il coinvolgimento regionale, poiché le deliberazioni da parte del legislatore statale devono essere il frutto di un accordo raggiunto all'interno della Conferenza

⁵⁸ Aventi come parametro l'art. 117, comma 2, lett. m) oppure l'art. 117, comma 3, Cost.

⁵⁹ A questo proposito cfr. S. GAMBINO, *Cittadinanza, funzioni pubbliche, federalismo*, cit., p. 12.

Stato-Regioni. Il medesimo requisito è stato previsto dal legislatore spagnolo che, parimenti, ha legato ogni determinazione dell'equivalente funzionale dei livelli essenziali nel settore sanitario alle decisioni assunte in seno al Consejo Interterritorial del SNS. Negli stessi termini si pone anche l'istituzione, in Inghilterra, di NICE, e in Scozia dello Scottish Medicines Consortium. Questi ultimi, in particolare, prevedono l'inclusione nel procedimento decisorio anche di altri portatori di interessi, quali le associazioni di pazienti o le categorie professionali, in modo tale da garantire che le scelte così assunte siano frutto di una condivisione sufficientemente diffusa⁶⁰.

Per quanto concerne l'individuazione dei destinatari, ovvero di coloro che hanno titolo di beneficiare delle prestazioni rese all'interno del servizio sanitario, e la determinazione della legittimità di esclusione di talune categorie soggettive dalla fruizione delle prestazioni, è possibile individuare, all'interno degli ordinamenti considerati, alcune linee comuni nell'approccio giurisprudenziale. La decisione legislativa di prevedere l'accesso a una data prestazione solamente per talune categorie è un profilo caratteristico dell'esercizio del potere discrezionale. Come si è visto, esso non è del tutto libero e deve, anzi, sottostare a determinati vincoli e requisiti volti ad assicurare che la soluzione prescelta sia, fra le possibili, quella costituzionalmente migliore.

Qualora il giudice costituzionale venga chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di previsioni di tal sorta, lo scrutinio operabile non è di semplice applicazione, dal momento che risulta difficile, a livello giurisdizionale, sindacare una scelta che si dimostra essere il frutto di un bilanciamento con altri interessi costituzionali, in quanto prodotto della discrezionalità politica. A fronte di tale difficoltà, che ha condizionato sensibilmente lo spazio di intervento giurisdizionale nel contesto britannico, è stato comunque possibile per il giudice riuscire a recuperare uno spazio sufficientemente ampio per poter compiere un controllo tale da assicurare al singolo, destinatario del provvedimento legislativo (o amministrativo), la garanzia che i propri diritti venissero comunque rispettati.

⁶⁰ La tematica è stata affrontata nel dettaglio *supra*, nel Capitolo secondo.

Si è dimostrato in tal senso importante l'utilizzo del dato medico-scientifico, quale parametro di ragionevolezza delle scelte allocative in campo sanitario⁶¹. Nonostante esso si configurasse, inizialmente, come limite all'intervento giurisdizionale⁶², i giudici, nell'elaborazione dei criteri procedurali che devono preludere all'adozione di tali provvedimenti, hanno imposto al legislatore il vincolo della valutazione dell'aspetto medico-scientifico su cui fondare la propria decisione⁶³.

A tale profilo si aggiunge la valutazione di ragionevolezza dell'inclusione o dell'esclusione di talune categorie dalla fruizione di prestazioni all'interno del servizio sanitario. Le differenziazioni sul piano soggettivo devono infatti rispettare la *ratio* della garanzia dell'eguaglianza sostanziale. Se attraverso diversificazioni che possono apparire giustificate si giunge ad una differenziazione irragionevole sul piano soggettivo, poiché situazioni potenzialmente equivalenti ottengono diverse tutele, l'esercizio del potere discrezionale del legislatore verrà censurato per violazione del principio d'eguaglianza. Nel contesto costituzionale italiano, tale tipo di valutazione non si arresta al controllo di ragionevolezza: in virtù della tutela multi-livello del diritto alla salute, che riceve una garanzia sia dal legislatore statale sia da quello regionale, l'intervento della Corte costituzionale si rivolge anche alla verifica del rispetto del contenuto essenziale del diritto⁶⁴.

5. Il modello sanitario universalista in prospettiva comparata

Il sistema sanitario può essere inteso come il complesso degli strumenti volti a garantire l'effettività del diritto alla salute per tutti i consociati all'interno dell'ordinamento e a realizzare in tal modo una delle principali finalità dello Stato

⁶¹ In termini simili, C. CASONATO, *Recensione al libro di Amedeo Santosuosso, Diritto, scienza, nuove tecnologie*, disponibile all'indirizzo internet www.jus.unitn.it/biodiritto.

⁶² «It is not for this Court, or indeed any Court, to substitute its own judgement for the judgement of those who are responsible for the allocation of resources», *Walker* (1987) 3 BMLR 32, sir John Donaldson. Cfr. *supra*, Capitolo secondo, nella sezione sul Regno Unito.

⁶³ Cfr. C. cost., sent. n. 282/2002.

⁶⁴ Cfr. A. ROVAGNATI, *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009, p. 103.

costituzionale di diritto. L'analisi svolta e la comparazione tra gli ordinamenti italiano, spagnolo e britannico, tutti caratterizzati dal medesimo modello universalista, conducono a riflettere circa la posizione da quest'ultimo assunta nell'ordinamento e sulla sua funzione rispetto alla tutela dei diritti.

Il Regno Unito, prototipo del modello *Beveridge*, ad esempio, dimostra che la garanzia di un accesso universale alle prestazioni sanitarie, unitamente alla predisposizione di un complesso apparato per la gestione e l'allocazione delle risorse, permette di recuperare una dimensione individuale del diritto all'accesso ai trattamenti sanitari, nonostante essa non sia esplicitamente prevista nell'ordinamento. In altri termini, i trattamenti sanitari, in questo contesto, non sono considerati un profilo contenutistico di un più ampio diritto alla salute (come invece è in Italia), ma piuttosto il prodotto di un (più o meno) appropriato funzionamento del sistema complessivamente inteso⁶⁵, che – dal punto di vista istituzionale – costituisce la realizzazione delle obbligazioni statali previste dal *NHS Act*⁶⁶.

Nel Regno Unito, infatti, non è concepito un vero e proprio diritto a chiedere ed ottenere l'accesso a determinate prestazioni sanitarie per il singolo; esiste solamente l'obbligazione statale di garantire continuativamente la promozione, sul territorio, di un servizio sanitario completo⁶⁷. A disposizione del singolo restano gli strumenti di tutela giurisdizionale attraverso i quali opporsi a decisioni ritenute irragionevoli,

⁶⁵ In termini di gestione e allocazione della risorse in campo medico. Tanto che per un individuo può anche risultare difficile mettere in discussione le decisioni sull'accesso alle prestazioni operate dalle amministrazioni sanitarie, a meno che non riesca a dimostrare il mancato rispetto di canoni di imparzialità, ragionevolezza e buona fede nel procedimento decisorio. Cfr. J. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, pp- 284-285.

⁶⁶ Esse, in particolare, sono statuite agli articoli 1 e 3 dell'atto legislativo.

⁶⁷ Art. 1, *NHS Act 2006*: «The Secretary of State must continue the promotion in England of a comprehensive health service designed to secure improvement (a)in the physical and mental health of the people of England, and (b)in the prevention, diagnosis and treatment of illness. (2)The Secretary of State must for that purpose provide or secure the provision of services in accordance with this Act. (3)The services so provided must be free of charge except in so far as the making and recovery of charges is expressly provided for by or under any enactment, whenever passed».

poiché non rispettose dei criteri che devono stare alla base delle medesime, oppure discriminatorie, poiché prevedono un differente livello di garanzia per situazioni equivalenti⁶⁸. L'individuazione, soprattutto ad opera del formante giurisprudenziale, e più recentemente anche da parte dello stesso legislatore, di limiti alla discrezionalità politica o amministrativa applicabile alle decisioni in campo sanitario ha determinato il profilarsi di un vero e proprio diritto, azionabile da parte dei singoli, contro i pubblici poteri, nel caso in cui tali vincoli non siano rispettati.

In Italia si è avuta una transizione da un sistema sanitario di tipo *Bismarck* ad uno universalistico per mezzo della l. n. 833/1978, di istituzione del servizio sanitario nazionale (SSN), i cui principi fondamentali sono indicati all'art. 1⁶⁹. Si tratta di un servizio la cui principale finalità è la garanzia del diritto alla salute, come configurato a livello costituzionale, organizzato in modo tale da assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, senza distinzioni l'accesso alla prestazioni. In questi termini, lo Stato mira ad assicurare a tutti, in attuazione delle disposizioni della Costituzione, un'eguaglianza soggettiva in punto d'accesso ai servizi resi disponibili nel sistema.

⁶⁸ Come visto *supra*, Capitolo secondo, è stata proprio la giurisprudenza ad ampliare progressivamente il novero dei criteri che devono essere rispettati nel momento in cui si compiono delle scelte nel settore sanitario. Sul dovere nascente in capo al Ministro della Salute, cfr. anche S. McLEAN, J.K. MASON, *Legal and Ethical Aspects of Healthcare*, London, 2003, pp. 16-18 ss.

⁶⁹ Art. 1, l. n. 833/1978: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicurato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge».

CONCLUSIONI

Resta però ferma la possibilità, per il legislatore, di prevedere delle differenziazioni nel trattamento nel caso in cui sussistano particolari condizioni, mirate – appunto – alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale.

Il servizio sanitario – come si è visto nei capitoli precedenti – ha subito negli anni interventi modificativi volti ad adeguarne la struttura e l'offerta al mutamento dei tempi e della società. Tali riforme si sono caratterizzate anche per un maggiore coinvolgimento delle Regioni, attraverso l'attribuzione di un ampliato spettro di competenze e la previsione di strumenti di partecipazione al procedimento deliberativo del legislatore statale⁷⁰.

In prospettiva comparata, si può osservare come il sistema sanitario spagnolo, risultante dalle progressive riforme che hanno avuto luogo tra il 1986 e il 2003, abbia preso sicuramente a modello il sistema *Beveridge*, come implementato nel Regno Unito, attraverso la trasposizione che ad esso è stata data in Italia⁷¹. Vi sono alcuni elementi che accomunano il quadro italiano e quello spagnolo, quali la previsione del coinvolgimento regionale e la devoluzione della sostanza del potere organizzativo a livello decentrato. Al contempo, sono ravvisabili anche alcune similitudini con il servizio britannico, che non sono invece state recepite in Italia: ad esempio, nel contesto spagnolo, così come in quello inglese, l'accesso alle cure cd. secondarie è subordinato alla prescrizione del medico di base, con la preclusione di accesso ad una struttura sanitaria diversa da quella indicata. Tale aspetto non vale invece nel contesto italiano, in cui, come è noto, è possibile rivolgersi a strutture sanitarie differenti da quelle indicate, anche se in Regioni diverse da quella di propria differenza.

Si tratta di un profilo che apparentemente riguarda soltanto l'organizzazione interna del sistema e che, invece, dal punto di vista della garanzia dell'effettività del diritto può essere considerato come uno dei terreni di prova dell'eguaglianza nell'accesso

⁷⁰ Su questo vi sarà modo di tornare ampiamente *infra*. Sull'organizzazione del sistema sanitario italiano, cfr. *inter multis*, C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino, 2009, pp. 61 ss.

⁷¹ In particolare, si veda *supra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata alla Spagna.

CONCLUSIONI

alle prestazioni sanitarie. A prima vista, il criterio della residenza, elaborato in termini assolutamente rigidi nel contesto britannico (e recepito forse in modo lievemente più elastico nel contesto iberico) appare limitare fortemente l'eguaglianza dei pazienti all'interno di un sistema fondato sul principio dell'universalità. D'altro lato, sono noti in Italia i risvolti (non sempre positivi) della mobilità interregionale dei pazienti: vi sono Regioni che, non potendo garantire un ventaglio prestazionale in campo sanitario tale da soddisfare la “domanda di salute” proveniente dagli utenti, sono coinvolte in complessi meccanismi di compensazione con le altre Regioni, che minano ulteriormente⁷² la possibilità di miglioramento del servizio sanitario a livello territoriale.

La previsione del requisito della residenza geografica per l'accesso alle prestazioni sanitarie trova sicuramente giustificazione nell'esigenza di razionalizzazione del servizio e di una sua più efficace organizzazione: vincolando l'utente al punto di erogazione della prestazione, infatti, è possibile stabilire e prevedere con un ridotto margine di approssimazione le liste d'attesa, la spesa sanitaria e le risorse umane e strumentali da impiegare. D'altro canto, tuttavia, un'eccessiva rigidità di tale sistema non si dimostra sempre e necessariamente una perfetta garanzia del diritto alla salute dal punto di vista soggettivo. Le situazioni e condizioni di vita (e residenza) di un paziente all'interno del sistema sanitario, infatti, dovrebbero essere suscettibili di valutazione, da operarsi anche per ogni singolo caso. Una mobilità interregionale senza limiti o vincoli di sorta potrebbe essere evitata, non tanto attraverso l'irrigidimento dei criteri per l'accesso alle prestazioni sanitarie, quanto piuttosto attraverso l'individuazione di strumenti volti a permettere la circolazione dei pazienti all'interno del territorio nazionale, a maggiore tutela dei loro diritti, qualora ciò

⁷² Si è detto “ulteriormente” poiché sono già state prese in considerazione (in particolare nel Capitolo secondo) le difficoltà di sostenibilità economica della garanzia anche soltanto dei livelli essenziali delle prestazioni nel settore sanitario da parte delle Regioni, in un contesto normativo nel quale il legislatore statale tende ad attribuire una definizione quasi totalizzante alla nozione di livelli essenziali, riducendo sensibilmente lo spazio d'intervento regionale autonomo.

costituisca oggettivamente la soluzione migliore che il sistema (inteso nel suo complesso) può offrire.

È un aspetto, questo, che merita di trovare una disciplina omogenea, soprattutto nel momento attuale, in cui, per effetto del diritto dell'Unione Europea (e da ultimo in virtù della direttiva 2011/24/UE) sono riconosciuti i diritti di circolazione dei pazienti all'interno del territorio europeo, fra i diversi Stati membri, al fine di ottenere prestazioni sanitarie⁷³.

5.1. Il modello sanitario è costituzionalmente vincolato?

Le osservazioni svolte in merito all'organizzazione dei servizi sanitari conducono a maturare alcune considerazioni circa la posizione delle rispettive leggi all'interno del sistema delle fonti. Poiché si è affermato che il servizio costituisce lo strumento attraverso il quale lo Stato realizza uno dei propri obiettivi fondamentali, assicurando la tutela dei diritti in un contesto di uguaglianza, accessibilità e universalità, ci si chiede ora se per tal ragione possa essere sostenuta la tesi per cui il modello di servizio sanitario sia non soltanto costituzionalmente necessario e vincolato (poiché direttamente attuativo di taluni precetti della Carta fondamentale), ma si ponga anche, all'interno del sistema delle fonti, ad un livello “quasi-costituzionale”.

Gli ordinamenti presi in considerazione sono accomunati dalla scelta di un servizio di impianto pubblicistico e si rifanno al medesimo modello, del quale il National Health Service britannico rappresenta il prototipo. In termini generali, la

⁷³ L'evoluzione delle previsioni del diritto e della giurisprudenza dell'Unione europea saranno invece oggetto di approfondimento nel Capitolo III. In questa sede, il richiamo in termini generici è funzionale alla dimostrazione di quanto sia poco auspicabile, all'interno dei sistemi sanitari, mantenere la rigidità di accesso territoriale alle prestazioni, soprattutto quando (come accade ormai di fatto) possono essere by-passate le limitazioni del proprio sistema sanitario rivolgendosi a strutture di altri Stati membri. Tale fenomeno è stato riconosciuto, dalla Corte di Giustizia prima e dalle altre Istituzioni dell'Unione più recentemente, come compatibile con il diritto dei Trattati, dal momento che le prestazioni sanitarie sono – in chiave europea – considerate servizi e godono perciò della copertura della relativa libertà fondamentale, nei limiti delle restrizioni considerate legittime.

CONCLUSIONI

configurazione costituzionale di uno Stato non impone la scelta del modello mutualistico o di quello universalistico e ne è prova il fatto che proprio Italia e Spagna hanno scelto di transitare dal primo al secondo. La preferenza per l'uno o per l'altro è il frutto dell'esercizio della discrezionalità legislativa, sulla base degli orientamenti prevalenti nel momento storico in cui essa avviene⁷⁴. Tuttavia, una volta in cui tale scelta è stata operata, sembra riscontrabile una sorta di irrigidimento della fonte legislativa alla base del servizio sanitario. In altri termini, quando un ordinamento giuridico opta per il sistema sanitario pubblicistico, pare che per eventuali modifiche si renda necessaria l'acquisizione di un consenso (politico ma non solo) maggiore rispetto a quanto richiesto per una qualsiasi legge ordinaria, potendosi a tal proposito parlare di una sorta di procedimento rafforzato di modifica. Se quanto espresso è vero, la conseguenza che ne deriva è che il modello di sistema sanitario, pur essendo adottato con una fonte primaria, gode probabilmente di una forza quasi costituzionale. Ne sono prova le difficoltà riscontrate nel Regno Unito per addivenire ad una riforma del NHS alla fine del 2010 e nei primi mesi del 2011. A causa della mancanza di un consenso sulle modifiche da adottare, sia tra gli operatori sanitari sia fra la popolazione, il Ministro della Salute si è visto costretto a interrompere l'iter legislativo in Parlamento per intraprendere dei cicli di consultazione con gli *health professionals* coinvolti dalle modifiche (in primo luogo i medici di base e gli infermieri)⁷⁵.

⁷⁴ Va inoltre evidenziato che vi è chi ha sostenuto che la differenza tra i due modelli di servizio sanitario potrebbe risultare superata dall'individuazione di principi comuni e diffusi e dalla preminenza del principio di effettività della garanzia della salute e di un accesso equo e universale alle prestazioni sanitarie. A questo proposito C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, 43, p. 1649.

⁷⁵ A tale proposito, si vedano gli articoli di Gavino Maciocco, pubblicati sul sito internet saluteinternazionale.info: *Liberating the NHS. Svolta shock nella sanità inglese* (2 settembre 2010), *I medici inglesi contro la riforma del NHS* (2 novembre 2010), *La fine del sistema sanitario inglese* (7 febbraio 2011). Per commenti “di prima mano” sulla riforma, si rinvia al Vol. 342, n. 7791 del 29 gennaio 2011 del *British Medical Journal*. Pare quindi di poter affermare che ad oggi, nel Regno

CONCLUSIONI

Un ulteriore elemento a dimostrazione del fatto che il sistema sanitario di impianto pubblicistico è intrinsecamente collegato all'espressione delle finalità dello Stato costituzionale e che rappresenta uno dei profili in cui si rispecchia l'identità di un ordinamento⁷⁶ è anche la *devolution* scozzese. Come si è visto, il Parlamento di Edimburgo detiene oggi una competenza quasi esclusiva⁷⁷ su quanto concerne la salute e l'organizzazione dei servizi che la garantiscono. Ciononostante, in più di un decennio di autonomia legislativa, da *Holyrood* non si sono registrate intenzioni di modifica del sistema: gli interventi scozzesi hanno creato delle differenziazioni istituzionali di limitato impatto rispetto alla struttura di base del NHS. Esse si sono concretizzate nella realizzazione di alcune delle cd. *flag policies*⁷⁸, che avevano costituito uno dei catalizzatori principali della campagna elettorale al tempo del referendum del 1997 e che sono mirate a fornire una risposta scozzese alle istanze provenienti dalla popolazione, pur senza intaccare la struttura universalista del servizio. Nonostante la paventata consultazione popolare per richiedere l'indipendenza della Scozia⁷⁹, ci si sente di sostenere che il NHS costituisca un elemento di identità nazionale condivisa sull'intero territorio britannico, tanto da far escludere che la volontà di affermare l'autonoma identità della popolazione scozzese

Unito (o meglio, in Inghilterra, dato che – come visto nel Capitolo secondo – la Scozia con riguardo alle scelte sul sistema sanitario è sostanzialmente svincolata da *Westminster*), si è dimostrato con i fatti che sia necessario un livello di condivisione diffusa sulle riforme del servizio sanitario. La riforma prevedeva una sorta di aziendalizzazione del NHS, rendendo ciascun medico di base direttamente responsabile per la gestione delle risorse finanziarie.

⁷⁶ In questi termini, come ora si vedrà, K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS in the UK 1997-2002*, in J. ADAMS, P. ROBINSON (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, London, 2002, pp. 50 ss.

⁷⁷ Salvo alcune materie specifiche, quali l'aborto, la tutela dei consumatori, la protezione dei dati personali, l'abuso di sostanze stupefacenti, l'embriologia, che fanno parte del catalogo delle cd. *reserved matters*, su cui cfr. *supra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata al Regno Unito.

⁷⁸ Come, per esempio, l'eliminazione dei ticket sulle prescrizioni farmaceutiche. Cfr. *supra*, Capitolo secondo.

⁷⁹ Che pare essere uno degli obiettivi principali del partito nazionalista scozzese (Scottish National Party), uscito vincitore dalle consultazioni elettorali del 5 maggio 2011.

da quella inglese possa passare attraverso una differenziazione nel regime di assistenza sanitaria ai cittadini. È stato infatti affermato che a distanza di oltre mezzo secolo dal *Beveridge Report*, il servizio sanitario britannico abbia conseguito una propria identità autonoma e sia fondato su valori che trovano una condivisione tale nel Paese, da considerarsi trasversali rispetto a tutti gli orientamenti politici⁸⁰.

In termini generali, peraltro, è stato già sostenuto che, anche in ordinamenti costituzionali di tradizione federale, è ravvisabile a livello nazionale una particolare «sensibilità» con riguardo al sistema sanitario, che agisce anche quale «collante» che evita un'eccessiva spinta divergente nell'ordinamento⁸¹.

Utilizzando, ora, lo strumento della comparazione giuridica al fine di verificare se la tesi qui sostenuta possa trovare applicazione anche negli altri Stati esaminati, è possibile far riferimento ad alcune pronunce dei giudici costituzionali, rispettivamente spagnolo e italiano, in cui l'occasione di pronunciarsi sulla legittimità di leggi aventi ad oggetto l'assistenza sanitaria è stata utilizzata al fine di esprimere concetti analoghi sul valore costituzionale del servizio sanitario.

Il Tribunal constitucional, per esempio, ha affermato nettamente che dalle disposizioni della Legge fondamentale sul diritto alla salute e sulla tutela delle condizioni d'eguaglianza del contenuto «di base» dei diritti discende l'esigenza costituzionale dell'istituzione di un servizio sanitario di carattere nazionale (inteso

⁸⁰ K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS in the UK 1997-2002*, in J. ADAMS, P. ROBINSON (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, London, 2002, p. 51: «After 50 years the NHS has survived as a concept; it has an identity across the UK and for all the public concern about its performance its founding principles still command substantial support. The values it embraces – equity, access to care according to need not income, public service – find favour in all parts of the UK. Indeed a case can be made for the NHS as one of the institutions that binds the UK together and contributes to its distinctive identity in the wider world».

⁸¹ «There is a special sensitivity associated with health care that constrains pressure to diverge», K.J. WOODS, *Health Policy and the NHS in the UK 1997-2002*, cit., p. 51, il quale si rifà alle tesi sostenute in K.G. BANTING, S. CORBETT, *Health Policy and Federalism: A Comparative Perspective on Multi-Level Governance*, Montreal, 2002.

come l'unione dei diversi servizi sanitari autonomici)⁸². A tale pronuncia ha fatto eco la sentenza n. 1/1985, ove è stato dichiarato in termini ancora più espliciti il fatto che l'intervento statale nel campo sanitario, per mezzo di un servizio pubblico sia il veicolo naturale per l'attuazione dell'art. 43 CE⁸³. In questi termini, l'obbligazione statale alla protezione della salute si configura come un dovere di garanzia del contenuto minimo del diritto, unitamente all'istituzione di un servizio sanitario di carattere nazionale, in quanto mezzo più idoneo per garantire l'eguaglianza delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini.

Anche la Corte costituzionale italiana ha avuto occasione di pronunciarsi sul valore del servizio sanitario nazionale, quale strumento atto a garantire sull'intero territorio nazionale il godimento – almeno – del contenuto minimo del diritto alla salute quale parte integrante degli obblighi statali che discendono dalla Costituzione. Così, per esempio, ben prima della riforma del Titolo V, si è affermato che l'erogazione dell'assistenza sanitaria deve avvenire in modo uniforme ed eguale su tutto il territorio, poiché essa realizza un principio fondamentale dell'ordinamento, «collegato alla garanzia di un diritto sociale di tipo inviolabile [...] qual è il diritto all'assistenza sanitaria (art. 32 Cost.), il cui godimento, conformemente alla propria natura, non può essere assicurato che in modo eguale e uniforme per tutti i cittadini»⁸⁴. Così come nel contesto spagnolo, dunque, anche in Italia si può osservare la necessità di una garanzia omogenea che prescindenda dalle differenziazioni

⁸² Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983, secondo fondamento giuridico: «De la interpretación sistemática de todos esos preceptos se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional». Come visto, l'affermazione del giudice delle leggi ha costituito un monito per il legislatore, che ha risposto con la l. n. 14/1986. Cfr. *supra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata alla Spagna.

⁸³ Tribunal constitucional, sent. n. 1/1985: «citare passaggio». Su cui J.L. BELTRÁN AGUIRRE, *Derecho sanitario de Navarra*, Pamplona, 2005, p. 26.

⁸⁴ C. cost., sent. n. 1011/1988, punto 2 del considerato in diritto. Il principio è stato in seguito ripreso ed ulteriormente specificato anche nella sentenza n. 39/1997, resa in un giudizio di ammissibilità di un referendum abrogativo avente ad oggetto alcune disposizioni della l. n. 833/1978.

territoriale e che, anzi, miri a livellarle al fine di perseguire il fondamentale principio dell'eguaglianza sostanziale intersoggettiva.

In definitiva, si può affermare che il servizio sanitario di modello pubblicistico e universalista contribuisca a realizzare uno degli obiettivi fondativi dell'ordinamento; per tal ragione esso può essere considerato un elemento caratterizzante la forma di Stato, poiché integra, realizza e dà contenuto alle finalità dello Stato costituzionale di democrazia pluralista, nel quale si realizza la tutela dei diritti soggettivi, indipendentemente dalla qualificazione di libertà o diritti sociali⁸⁵.

Al fine di completare tale argomento, è necessario affrontare uno dei problemi maggiormente condizionanti che gli ordinamenti si trovano attualmente a dover risolvere: in relazione ad una sempre crescente domanda di assistenza e prestazioni sanitarie proveniente dagli utenti e a fronte dell'ampliamento delle possibilità di cura offerte dall'evoluzione della scienza medica, i sistemi sanitari di tipo universalista paiono soffrire una crisi, dovuta ad una crescente impossibilità di rispondere in modo efficace a tutte le domande e alla necessità di ridurre i livelli di garanzia già approntati, anche per mezzo dell'imposizione di quote di compartecipazione agli utenti. Tale fenomeno può essere osservato tanto nel contesto italiano, quanto in Spagna e nel Regno Unito, e viene da interrogarsi, dunque, se la necessità di chiedere dei contributi economici agli utenti, a fronte dell'erogazione di prestazioni che integrano la garanzia di un diritto costituzionale, di per sé possa essere considerato come un mutamento del modello di assistenza sanitaria, come una ritrattazione da parte dello Stato dei propri impegni nei confronti dei consociati, oppure come uno strumento volto alla razionalizzazione e al contenimento della spesa, qualora adoperato in modo “sostenibile”.

In Italia il sistema universalista ha da tempo optato per richiedere un contributo agli utenti per l'erogazione di medicinali e per alcune prestazioni sanitarie; Spagna e

⁸⁵ Vi è chi ha collegato il sistema sanitario a uno degli elementi caratterizzanti l'identità costituzionale. Cfr. C. CASONATO, *I Sistemi sanitari: note di comparazione*, relazione presentata al convegno *La salute negli Stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Università degli Studi di Sassari, 1 luglio 2011, in corso di pubblicazione.

CONCLUSIONI

Regno Unito stanno cominciando ad affrontare ora il problema dell'imposizione di una quota di compartecipazione anche per le prestazioni sanitarie, anche al fine di riuscire a garantire, da un lato, tempi sufficientemente ragionevoli per l'accesso alle prestazioni stesse e, dall'altro, la sostenibilità della spesa pubblica sanitaria.

A parere di chi scrive, la soluzione della compartecipazione alla spesa sanitaria non deve essere di per sé considerata un “passo indietro” da parte delle pubbliche istituzioni nella garanzia del diritto alla salute e dell'accesso alla sanità; il ticket, come sostenuto anche dalla Corte costituzionale italiana, può certamente essere adottato con la finalità precipua di istituire uno strumento di responsabilizzazione degli utenti del servizio sanitario, dissuadendoli dal richiedere un'assistenza superflua⁸⁶. A ciò si aggiunge il principio della tutela del nucleo irriducibile del diritto, che sottraendosi sempre al bilanciamento con altri interessi costituzionali, in quanto inviolabile, non può essere negato nemmeno qualora un soggetto non sia in grado di sostenerne i costi. Vanno inoltre presi in considerazione anche altri vincoli costituzionali che devono orientare il legislatore nell'esercizio del proprio potere discrezionale: come si è visto con riferimento al quadro costituzionale italiano, è necessario accogliere una concezione *relativa* di indigenza, in modo tale da assicurare attraverso l'eguaglianza sostanziale, un accesso realmente universale alla sanità. Tale principio comporta non soltanto il dovere di prevedere delle categorie soggettive esenti dalla quota di compartecipazione, da individuarsi *ragionevolmente*, senza differenziare ingiustificatamente gruppi di soggetti tra loro

⁸⁶ Cfr. C. cost., sent. n. 184/1993, punto 3 del considerato in diritto: «il ticket così introdotto era concepito più in funzione di dissuasione dal consumo eccessivo di medicinali che in funzione di finanziamento della spesa sanitaria».

equivalenti⁸⁷, ma anche l'impegno a far sì che i criteri siano sufficientemente elastici da permettere un adeguamento, qualora necessario.

Sia consentito ora operare una comparazione diacronica tra due pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità dell'esenzione dai ticket sanitari per talune categorie soggettive. Nella sent. n. 184/1993, la Consulta giudicava illegittima l'esclusione dei titolari di pensione di invalidità dalle categorie esenti dal pagamento del ticket, poiché riteneva irragionevole concedere un ulteriore beneficio alla categoria di coloro che sono beneficiari di pensione di vecchiaia e negare il medesimo a quella degli invalidi infrassessantacinquenni, dal momento che la *ratio* della disposizione consiste nella tutela di una categoria di soggetti che, in virtù della propria condizione, hanno una situazione reddituale limitata e che, per le condizioni in cui versano, sono esposti ad un deperimento fisico per il quale è presumibile la necessità di un maggior ricorso a prestazioni sanitarie⁸⁸. Più recentemente, la già annotata sentenza n. 325/2011, in un caso simile, ha raggiunto un risultato opposto⁸⁹: l'individuazione, da parte del legislatore regionale, di categorie *ulteriori* di soggetti (economicamente deboli) esclusi dal ticket per talune prestazioni sanitarie è stata considerata dalla Consulta (in una sentenza dalla motivazione non del tutto condivisibile) costituzionalmente illegittima, poiché includendo nel beneficio gruppi di soggetti

⁸⁷ In questa prospettiva pare utile il richiamo ad una recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 203/2008, in tema di ticket sulle prestazioni ambulatoriali. Si tratta di un giudizio di legittimità di alcune disposizioni della legge finanziaria 2007 sollevato con ricorso della Regione Veneto, per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. da parte dello Stato, che secondo la ricorrente aveva introdotto una disciplina di dettaglio in una materia (la tutela della salute) nella quale allo Stato è riservata la determinazione dei principi fondamentali. Nel dichiarare non fondata la questione, la Corte, rifacendosi alla propria giurisprudenza in tema di compartecipazione degli utenti alla spesa sanitaria, dichiara che è compatibile con la Costituzione la previsione di ticket per l'accesso a prestazioni sanitarie che rientrano nei livelli essenziali. A ciò aggiunge, inoltre, che i criteri di compartecipazione, poiché concorrono alla realizzazione del diritto fondamentale alla salute, devono essere determinati in modo omogeneo a livello nazionale, poiché non sarebbe ammissibile che l'offerta di un prestazione essenziale si presenti in modo diverso nelle varie Regioni.

⁸⁸ C. cost., sent. n. 184/1993, punto 5 del considerato in diritto.

⁸⁹ Cfr. *supra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata all'Italia.

CONCLUSIONI

non compresi nella normativa statale, violava i principi fondamentali della legge dello Stato⁹⁰.

La cd. “questione dei ticket” si dimostra essere, in tal modo, complessa e controversa. Un sistema in cui agli utenti sia richiesto il pagamento di una quota a fronte del godimento di prestazioni sanitarie può essere sostenibile e non viola i principi fondativi del sistema sanitario; tuttavia è necessario che tali imposizioni derivino da un accurato bilanciamento con una molteplicità di fattori, in modo tale da garantire sempre e comunque un eguale accesso alle prestazioni sanitarie e un'eguaglianza sostanziale tra gli utenti, nonché una certa uniformità della certezza del diritto. In tale prospettiva, dunque, i sistemi di compartecipazione devono essere ricalibrati entro un contesto ad alta complessità, nel quale fra gli elementi da tenere in considerazione figurino, per esempio, non soltanto la situazione reddituale dell'utente, ma anche quella dell'intero nucleo familiare. A questi si potrebbe aggiungere la presa in considerazione sia dell'età del soggetto richiedente la prestazione, sia delle patologie da cui è affetto, in modo tale da assicurare un'applicazione del concetto costituzionale di indigenza nel diritto alla salute in termini *realmente* relativi.

A tal proposito, come ha efficacemente sostenuto autorevole dottrina spagnola: «Cualquier opción que se adopte al respecto debe respetar por supuesto el derecho constitucional a la protección de la salud, y el principio solidarista que está en su base, pero es claro que del mismo no deriva un mandato de gratuidad total de las prestaciones y servicios, sino más bien un mandato de asequibilidad de los mismos,

⁹⁰ La sentenza n. 325/2011 si pone in contrasto anche con la sent. n. 203/2008. In quest'ultima, infatti, la Corte aveva affermato che la previsione di ticket per le prestazioni sanitarie rientranti nei livelli essenziali avvenisse con legge dello Stato, in modo da assicurare a tutti sull'intero territorio nazionale l'eguaglianza nell'accesso alle prestazioni, senza però escludere la possibilità di un intervento *ulteriore* da parte del legislatore regionale. Con la sentenza n. 325/2011, invece, la Corte giunge a negare la legittimità costituzionale anche dell'intervento ampliativo regionale, ritenendo che l'esenzione di categorie non ricomprese nella normativa di principio statale costituisca una violazione dell'art. 117, comma 3, Cost. Ne deriva una netta compressione delle competenze regionali, a discapito anche della coerenza dello stesso art. 117 Cost.

CONCLUSIONI

lo que no impide obviamente la existencia en sí de los copagos, si bien impone un marco de limitación a la hora de su establecimiento. Lo cual deja a los poderes públicos un margen de maniobra muy amplio en la configuración de la materia; en concreto, en la opción por introducir o no el copago y, en su caso, en la determinación de su cuantía y de sus presupuestos objetivos y subjetivos»⁹¹.

Si tratta, in definitiva, di principi che possono essere considerati comuni ai contesti esaminati e che si pongono tutti nella prospettiva di realizzazione di obiettivi dello Stato costituzionale, pur nel rispetto delle diversità connaturate alle tradizioni giuridiche di ciascun ordinamento. Richiamandosi a un intervento avvenuto in sede di approvazione dell'art 32 della Costituzione, si può affermare che tale obiettivo sia sostanzialmente uno: «quello di garantire la sicurezza sanitaria della popolazione su una base di solidarietà. Badate, che il concetto assicurativo ha ancora in sé qualche cosa di egoistico. Il concetto di solidarietà è qualche cosa di molto più avanzato del concetto assicurativo, perché esso pretende una fusione fra classe e classe, fra categoria e categoria, fra sano ed ammalato. Se noi vogliamo dare uno sguardo panoramico mondiale alla situazione, possiamo vedere come la questione è stata risolta dalle altre Nazioni, come questo problema della salute è stato risolto, perché, non si sta male soltanto in Italia. [...] Mi auguro che il popolo italiano possa avere tra qualche giorno la notizia che, al di fuori d'ogni ideologia e d'ogni strategia, l'Assemblea Costituente, all'unanimità, ha sancito il diritto alla salute per il popolo italiano, sulla base della solidarietà, contro qualsiasi speculazione, contro qualsiasi sopraffazione ed egoismo, per l'unione intima dell'umanità cosiddetta ricca all'umanità cosiddetta povera, dell'umanità sofferente all'umanità sana, dell'umanità dolente all'umanità gioiosa»⁹².

⁹¹ J. PEMÁN GAVIN, *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, in *Derecho y Salud*, 2008, 16, p. 55.

⁹² Alberto Mario Cavallotti, intervento in Assemblea Costituente del 22 aprile 1947. Il testo è reperibile sul sito internet www.nascitacostituzione.it.

6. *Differenziazioni territoriali e principio d'eguaglianza: istanze centrifughe o centripete?*

Il punto di fusione tra le istanze del decentramento e dell'autonomia territoriale con l'uguaglianza intersoggettiva nel settore della salute rappresenta uno degli snodi fondamentali della trattazione. Vi è stato modo di svolgere un'analisi delle risposte date alla combinazione della discrezionalità politica applicata alla tutela della salute con il principio democratico, all'interno di Stati che hanno fatto della differenziazione territoriale la cifra del proprio ordinamento costituzionale.

In tale contesto emerge con nitore un dato comune: la possibilità di rispondere in autonomia ai bisogni clinici avvertiti in modo più stringente sul territorio crea un rapporto nuovo tra la cittadinanza, le istituzioni e la scienza medica⁹³. Lo Stato non può più limitarsi a rispondere in modo unitario alle domande di salute provenienti dalla popolazione, poiché un “unico vettore” di prestazioni da rendere ai cittadini non si dimostra più sufficiente né alla realizzazione del dettato costituzionale né all'attuazione di un servizio sanitario universalista realmente completo ed efficiente. Un livello adeguato di *devolution* all'interno del sistema sanitario pare essere, alla luce dello studio compiuto, uno strumento necessario e ormai irrinunciabile per l'attuazione di un diritto alla salute a tutela graduale e a geometria variabile⁹⁴.

Il fatto di attribuire ampliate e nuove competenze alle autonomie territoriali (così come è avvenuto in Italia con la riforma del Titolo V della Costituzione) significa senza dubbio concedere la possibilità ai livelli non centrali di differenziare il ventaglio di disponibilità di prestazioni che, come si è avuto modo di dimostrare,

⁹³ In tale prospettiva si veda I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, Torino, 2001, *passim*.

⁹⁴ In questa prospettiva, I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, cit., p. 26: «Alle necessità cliniche non si fa fronte solo enumerando delle determinazioni mediche in base a degli standard ma anche scegliendo i modi attraverso i quali esse vengono agite. La scelta va fatta, naturalmente, *sul posto*. La forma federale, rispetto a una forma nazionale, consente di reinterpretare proprio le determinazioni della medicina in rapporto a singoli e comunità con proprie caratteristiche. Questo è uno dei suoi valori aggiunti più importanti».

costituiscono la concretizzazione dei diritti costituzionalmente tutelati. L'interazione della decentralizzazione con il diritto alla salute contribuisce a dar forma e contenuto alle previsioni della Carta fondamentale e conduce, al contempo, a differenziazioni, che possono essere virtuose o negative, a seconda di una molteplicità di fattori, non sempre controllabili.

Di conseguenza, il carattere devolutivo di uno Stato dovrebbe essere un “sorvegliato speciale”, poiché le competenze attribuite ai livelli periferici sono strumenti potenzialmente idonei a contrastare e superare le diversità strutturali che dipendono dalla composizione demografica della popolazione, dai bisogni collegati all'area geografica e dalle esigenze peculiari di un determinato territorio. Accanto a risultati virtualmente lodevoli e auspicabili, però, si produce anche una «tensione strutturale col principio d'eguaglianza»⁹⁵: come in un elastico, che tendendosi, però, può anche garantire la copertura di zone altrimenti prive di tutela. Per evitarne la rottura sono ipotizzabili degli strumenti da predisporre a livello centrale.

L'attribuzione di competenze potenzialmente d'ampio respiro alle autonomie territoriali reca, quindi, necessariamente con sé un ripensamento del concetto stesso di eguaglianza: ad una declinazione puramente universalista del principio, inteso come strumento volto a superare gli ostacoli economici e sociali che impediscono un pari godimento dei diritti tutelati dall'ordinamento, si deve aggiungere anche la variabile della differenziazione territoriale. Poiché alla diversità delle condizioni geografiche segue irrinunciabilmente una differenziazione del rapporto tra il cittadino e le istituzioni e del modo in cui i pubblici poteri adempiono ai propri impegni costituzionali, non si può più pensare che le decisioni sull'*an* e sul *quomodo* della garanzia di prestazioni che integrano il diritto alla salute provenga solamente dallo Stato, quale erogatore unico delle prestazioni concernenti i diritti. In tale prospettiva, l'ordinamento si avvicina agli individui, realizzando con nuove geometrie le finalità dello Stato costituzionale di diritto.

⁹⁵ C. PINELLI, Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali” (art.117 co.2, lett.m, Cost.), in *Diritto Pubblico*, 2002, 3, p. 889.

CONCLUSIONI

Così, nel contesto italiano, la riforma del Titolo V, avvenuta nel 2001, ridisegnando l'assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, spinge verso una nuova concezione dei rapporti tra persona e poteri pubblici. Al cambiamento del riparto di competenze, infatti, corrisponde anche la modifica delle interazioni tra i diversi livelli di governo all'interno della Repubblica e vengono poste in uno stretto legame reciproco due tendenze (probabilmente) opposte che interagiscono in un modo nuovo. Esse sono l'evoluzione in senso più "federale" del sistema, attraverso la previsione di un maggiore decentramento, e il contestuale rafforzamento dell'effettività del principio d'eguaglianza, la cui declinazione anche a livello geografico può essere considerata la valvola di sicurezza della Repubblica delle autonomie: l'intervento regionale deve porsi come obiettivo non la differenziazione territoriale fine a se stessa, ma il perseguimento di un'eguaglianza sostanziale di stampo forte, per cui la previsione di una disciplina regionale differente deve avere lo scopo di livellare le disuguaglianze soggettive nel godimento dei diritti.

In questa prospettiva, è proprio l'art. 117 Cost. a fungere da nodo di congiunzione tra la prima e la seconda parte della Costituzione, a spiegare il combinato disposto degli articoli 3 e 5 della Carta fondamentale⁹⁶. Spetta allo Stato individuare ciò che "merita" una disciplina unitaria ed *eguale* a livello nazionale e ciò che, soprattutto, necessita di un'identità di tutela, nonostante nel corso del primo decennio di vigenza della novella costituzionale, il legislatore statale abbia dimostrato la tendenza a privilegiare la determinazione di "livelli alti" delle prestazioni, riducendo (e talora minimizzando) lo spazio d'intervento regionale. È quindi possibile comprendere *perché* la giurisprudenza costituzionale abbia dimostrato un tale grado di deferenza nei confronti delle decisioni del legislatore statale, raramente considerate non conformi alla Costituzione, e assunte, piuttosto, a paramento interposto di

⁹⁶ Così E. PESARESI, *Art. 117, comma 2, lett. m), Cost., la determinazione anche delle prestazioni? Tra riserva di legge e leale collaborazione, possibili reviviscenze del potere di indirizzo e coordinamento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 2, p. 1282.

costituzionalità nelle sentenze che vertevano sulla legittimità di leggi regionali di “differenziazione” della disciplina⁹⁷.

Si è avuto modo di illustrare, da un lato, la tendenza statale a “ri-assorbire” a livello centrale le competenze in campo sanitario oggetto di devoluzione, in virtù della volontà di garantire *standard uniformi* sull'intero territorio nazionale, salvaguardando così l'idea di eguaglianza nel settore della salute. D'altro canto, la risposta comune a tale tendenza centripeta della devoluzione, che emerge dagli ordinamenti esaminati, prevede l'inclusione degli attori autonomici, regionali o devoluti nel procedimento decisionale, attraverso la previsione di strumenti di compartecipazione delle entità territoriali alla deliberazione. Il grado di coinvolgimento e soprattutto il peso determinante che i livelli decentralizzati hanno nel procedimento decisorio determina il carattere di effettività della *devolution* sanitaria.

Poiché, quindi, la finalità principale della decentralizzazione nella salute sta nel miglioramento del «grado di equità di un sistema»⁹⁸, ci si chiede ora quale possa essere l'utilizzo virtuoso di tale strumento, a fronte del permanere (e talora anche dell'incremento) delle disuguaglianze nel godimento del diritto alla salute. Di alcuni degli strumenti che contribuiscono a garantire un buon funzionamento del decentramento della salute si è già trattato: l'esercizio del potere discrezionale del legislatore deve avvenire alla luce di un accurato bilanciamento di tutte le variabili che compongono il complesso quadro della salute; il giudice (costituzionale o di merito) compie sulle deliberazioni così assunte un sindacato di ragionevolezza, nel quale sia ponderato con attenzione il peso di ciascuna delle variabili da considerare⁹⁹. Al profilo inerente l'interazione del ruolo deliberativo del legislatore con quello di controllo svolto dai giudici, che instaura un circuito in cui la verifica giurisdizionale su una decisione politico-discrezionale non soltanto produce i propri effetti nei confronti dei destinatari concreti, ma realizza anche degli effetti sugli interventi

⁹⁷ Sul punto, cfr. *supra*, Capitolo secondo, nella sezione dedicata all'Italia.

⁹⁸ I. CAVICCHI, *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, cit., p. 55.

⁹⁹ Su questo punto cfr. anche L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 2, p. 1267.

successivi del legislatore, si unisce la necessità di vincere gli aspetti competitivi delle istanze centripete della devoluzione sanitaria per mezzo di strumenti cooperativi, di concertazione, condivisione ed elaborazione di soluzioni comuni¹⁰⁰.

7. Per un diritto delle prestazioni sanitarie: la dimensione procedurale del diritto alla salute

Dal punto di vista della tutela individuale, qualora la rivendicazione del diritto alla salute si arrestasse dinanzi all'esercizio del potere discrezionale del legislatore (o dell'autorità sanitaria, come nel Regno Unito), non vi sarebbe spazio per una garanzia piena e veramente effettiva delle istanze individuali. Lo studio della giurisprudenza ha dimostrato che, nonostante i vincoli posti al sindacato giurisdizionale delle scelte sanitarie si configurino inizialmente come barriere rispetto ad un riconoscimento dei diritti individuali, è possibile recuperare una dimensione della tutela diretta del singolo. Questa si può configurare come l'insieme di regole procedurali che devono essere seguite nel corso della decisione e che mirano a fornire degli strumenti effettivi di controllo, a disposizione dei singoli, rispetto alle scelte discrezionali nel campo della salute.

Dal punto di vista del diritto comparato, esse sono emerse dal formante giurisprudenziale prima e da quello legislativo poi, tanto nella macro-differenziazione che caratterizza gli ordinamenti italiano e spagnolo, quanto nella micro-suddivisione tipica del servizio sanitario britannico. In questo senso, quindi, il singolo potrà ricorrere avverso decisioni limitative del proprio diritto ad ottenere

¹⁰⁰ In tal senso, per esempio: «In questo quadro, in cui le modifiche quantitative (sul versante delle competenze) hanno prodotto un cambiamento «qualitativo» delle condizioni di fondo del sistema, assume un tono diverso e più «serio» (ma non necessariamente pericoloso) la domanda su come impostare un bilanciamento ragionevole ed efficace tra dinamiche di competizione-differenziazione-disuguaglianza tra i territori, e necessità di mantenere una declinazione nazionale forte (ovvero una uniformità essenziale) degli strumenti di realizzazione di valori come l'eguaglianza, la solidarietà, la dignità umana» A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1068.

CONCLUSIONI

prestazioni sanitarie, in caso di violazione di alcuni requisiti procedurali cui i decisori politici e amministrativi si devono attenere.

Tale tutela si realizza attraverso la garanzia del procedimento decisionale, che deve essere ispirato ai principi di trasparenza, verificabilità da parte del singolo, partecipazione degli interessati e tutela giurisdizionale. In aggiunta a questi criteri è altresì configurabile un limite ulteriore, individuato in via giurisprudenziale, da intendersi come una soglia minima di tutela e come garanzia di elasticità del sistema: si tratta del divieto di porre un *blanket ban* all'accesso a determinate prestazioni sanitarie. In altri termini, non è possibile un'esclusione soggettiva univoca ad una prestazione; è legittimo prevedere delle limitazioni rispetto ai destinatari di una data prestazione sanitaria, ma sono considerate irragionevoli esclusioni *tout court* di una categoria soggettiva in relazione ad un'altra, se le ragioni che stanno alla base della scelta non sono oggettivamente ricostruibili e trasparenti. Qualora tali requisiti non risultino soddisfatti, la decisione sarà dichiarata illegittima in quanto discriminatoria.

A ulteriore tutela del singolo, si assiste ad un sempre più diffuso coinvolgimento di tutti gli interessati durante il procedimento decisorio, che avviene in via informale, per mezzo di consultazioni e raccolta di pareri e che pare ottenere un sempre più ampio riconoscimento, sia all'interno di fonti di *soft law* sia in modo più vincolante anche in fonti primarie¹⁰¹. Il principio dell'adozione di scelte frutto di concertazione si realizza, nel macro livello, per mezzo dell'inclusione di tutte le istituzioni e i livelli di governo e organizzazione responsabili della garanzia del diritto alla salute; nella dimensione più ridotta e più territoriale, esso si declina attraverso il coinvolgimento attivo e diretto di tutti i soggetti direttamente interessati alle scelte sull'allocazione delle risorse in sanità, intorno a tavoli cui siedono tanto i rappresentanti delle autorità sanitarie quanto le associazioni di cittadini e di pazienti.

Un nuovo diritto “procedurale” alle prestazioni sanitarie si è visto emergere anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che proprio sul

¹⁰¹ Ne sono esempio i metodi deliberativi di NICE in Inghilterra, oppure la previsione del coinvolgimento del Comitato consultivo nelle decisioni del Consejo Interterritorial del servizio sanitario nazionale in Spagna.

CONCLUSIONI

rispetto di tali requisiti di base da parte dei sistemi sanitari dei singoli Stati membri ha fondato la disciplina dell'assistenza sanitaria transfrontaliera. La tutela per il singolo che in tal modo emerge come un comune denominatore nello spazio europeo si configura come un insieme di criteri procedimentali che devono essere seguiti in sede di adozione delle decisioni, cui segue la previsione di un controllo giurisdizionale delle stesse, operato nel rispetto della libertà e discrezionalità medica, ma orientato a imporre a chi è responsabile delle prestazioni la valutazione di tutti i fattori rilevanti nel bilanciamento. In questa prospettiva, quindi, la limitatezza delle risorse finanziarie, che costituisce uno degli elementi probabilmente più condizionanti nella fase deliberativa, acquisisce una nuova taratura alla luce dell'interazione di tutti i valori costituzionali meritevoli di tutela.

Alla luce delle osservazioni svolte si può scorgere, infine, lo spazio per l'emersione di un *common trend* a livello europeo in termini di condivisione di standard minimi concernenti il contenuto del diritto alla salute¹⁰².

Esso si configura attraverso la via procedurale, indicata con chiarezza dalla giurisprudenza sia della Corte di Giustizia sia delle Corti (costituzionali e di merito) interne. Quanto visto sopra dimostra che la garanzia di effettività del diritto alla salute passa sicuramente attraverso il controllo di ragionevolezza delle scelte discrezionali del legislatore operato dal giudice delle leggi, il quale però incontra dei limiti sostanziali difficilmente superabili, costituiti spesso dalla necessità di tenere in considerazione il dato medico-scientifico. Quest'ultimo può porsi, in termini positivi, come una sorta di parametro interposto per il vaglio di ragionevolezza da parte del giudice: in altri termini, qualora una decisione legislativa (o anche amministrativa¹⁰³) trovi giustificazione nel rispetto di canoni medici, essa sarà necessariamente valutata come ragionevole da parte del giudice. Al contempo, tuttavia, potrebbe esserci il

¹⁰² In termini simili anche A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, 4, del 06/12/2011.

¹⁰³ Secondo quanto indicato con riferimento al contesto britannico.

rischio¹⁰⁴ che la necessità di rendere una decisione discrezionale rispettosa di criteri medici o scientifici venga adottato come “copertura” da parte del soggetto decisore, al fine di nascondere la mancanza di trasparenza del procedimento decisorio. In tal senso, dunque, riemerge il ruolo correttivo della giurisprudenza, che pur richiedendo l'aderenza delle scelte adottate ai canoni e criteri attinti dal “formante scientifico”, richiede al contempo trasparenza e verificabilità della decisione, a tutela delle posizioni soggettive. Attraverso tale canale, in definitiva, si può osservare un irrigidimento del procedimento decisorio, che avviene, per l'appunto, attraverso l'intervento giurisprudenziale.

Tale percorso porta alla configurazione di un circolo virtuoso di aderenza allo sviluppo della scienza e della tecnica, all'interno di un procedimento decisorio realmente democratico, nel quale sia assicurato il giusto spazio anche alla partecipazione diretta dei cittadini e degli utenti del sistema sanitario, così come anche delle associazioni dei pazienti e degli *health professionals*, sottoponibile comunque ad un controllo giurisdizionale in caso di mancato rispetto di alcuni dei passaggi del procedimento. Un simile sviluppo pare emergere con una certa nettezza in ciascuno degli ordinamenti presi in considerazione e nel contesto dell'Unione Europea.

In tal senso, si può sostenere la configurabilità di un nuovo *modo* di garanzia del diritto alla salute, alla luce della sua definizione di diritto a fattispecie complessa, che prevede una progressiva intensità di tutela a seconda della maggiore o minore prossimità al nucleo irriducibile (che si sottrae al bilanciamento): esso passa attraverso procedimenti condivisi e compartecipati, ove è fondamentale l'adozione di una decisione all'interno di un'arena, nella quale interagiscono tutti gli attori coinvolti, inclusi i diversi livelli di governo. Tale modello pare potersi prestare ad una circolazione virtuosa entro lo spazio europeo, poiché può essere utilizzato con un certo successo in ciascuno degli ordinamenti, dal momento che non impone alcun tipo di forzatura dal punto di vista istituzionale, ma anzi presenta degli elementi di elasticità tali da permettere di plasmarlo in maniera idonea alle peculiarità di ciascun

¹⁰⁴ Che è stato anche riscontrato nelle sentenze inglesi analizzate.

CONCLUSIONI

ordinamento giuridico. Si tratta di un modello, inoltre, che può operare in termini positivi non solamente entro un ordinamento statale, ma anche a livello sovranazionale, nell'Unione Europea, permettendo in tal modo la circolazione e la condivisione di *best practices* nello spazio comune, per una migliore gestione e organizzazione dei sistemi sanitari e a diretto beneficio degli individui.

INDICE DEI CASI TRATTATI

Italia

Corte costituzionale, sent. n. 88/1979
Corte costituzionale, sent. n. 455/1990
Corte costituzionale, sent. n. 218/1994
Corte costituzionale, sent. n. 304/1994
Corte costituzionale, sent. n. 416/1995
Corte costituzionale, sent. n. 27/1998
Corte costituzionale, sent. n. 185/1998
Corte costituzionale, sent. n. 267/1998
Corte costituzionale, sent. n. 309/1999
Corte costituzionale, sent. n. 509/2000
Corte costituzionale, sent. n. 252/2001
Corte costituzionale, sent. n. 282/2002
Corte costituzionale, sent. n. 88/2003
Corte costituzionale, sent. n. 312/2003
Corte costituzionale, sent. n. 320/2004
Corte costituzionale, sent. n. 73/2004
Corte costituzionale, sent. n. 75/2004
Corte costituzionale, sent. n. 271/2005
Corte costituzionale, sent. n. 432/2005
Corte costituzionale, sent. n. 467/2005
Corte costituzionale, sent. n. 134/2006
Corte costituzionale, sent. n. 80/2007
Corte costituzionale, sent. n. 98/2007
Corte costituzionale, sent. n. 162/2007

Corte costituzionale, sent. n. 271/2007
Corte costituzionale, sent. n. 387/2007
Corte costituzionale, sent. n. 306/2008
Corte costituzionale, sent. n. 438/2008
Corte costituzionale, sent. n. 10/2010
Corte costituzionale, sent. n. 44/2010
Corte costituzionale, sent. n. 325/2011
Corte costituzionale, sent. n. 330/2011

Spagna

Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983
Tribunal constitucional, sent. n. 42/1983
Tribunal constitucional, sent. n. 107/1984
Tribunal constitucional, sent. n. 53/1985
Tribunal constitucional, sent. n. 115/1987
Tribunal constitucional, sent. n. 120/1990
Tribunal constitucional, sent. n. 35/1996
Tribunal constitucional, sent. n. 166/1996
Tribunal constitucional, sent. n. 61/1997
Tribunal constitucional, sent. n. 95/2000
Tribunal constitucional, sent. n. 91/2000
Tribunal constitucional, sent. n. 141/2000
Tribunal constitucional, sent. n. 119/2001
Tribunal constitucional, sent. n. 5/2002
Tribunal constitucional, sent. n. 154/2002
Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004
Tribunal constitucional, sent. n. 62/2007
Tribunal constitucional, sent. n. 236/2007
Tribunal constitucional, sent. n. 61/1997

Tribunal constitucional, sent. n. 32/1983

Tribunal constitucional, sent. n. 98/2004

Tribunal constitucional, sent. n. 42/1983

Regno Unito

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corp [1947] 2 All ER 680

R v Secretary of State for Social Services, West Midlands Regional Health Authority and Birmingham Area Health Authority (Teaching), ex parte Hincks and others (1980) 1 BMLR 93

R v Secretary of State, ex parte Walker (1987) 3 BMLR 32

R v. Central Birmingham Health Authority, ex parte Collier, 6 gennaio 1988 (reperibile nella banca dati Lexis-Nexis)

R. v Ethical Committee of St Mary's Hospital Ex p. Harriott [1988] 1 FLR 512

R v Sheffield Health Authority, ex parte Seale [1995] 25 BMLR 1

R v. Cambridge Health Authority, ex parte B. [1995] 25 BMLR 5

R v Cambridge Health Authority, ex p B [1995] 2 All ER 129

R v. North Derbyshire Health Authority ex parte Kenneth Graeme Fisher [1997] 8 Med LR 327

R. v Secretary of State for Health Ex p. Pfizer Ltd [1999] 3 C.M.L.R. 875

North West Lancashire Health Authority v A and others (2000) 53 BMLR 148

R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan [2001] QB 213

The Queen (On the Application of Pfizer Limited) v The Secretary of State for Health [2002] EWCA Civ 1566

N v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 31

R (on the application of Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust & Anor [2006] EWCA Civ 392

A, R (on the application of) v West Middlesex University Hospital NHS Trust [2008] EWHC 855 (Admin)

Eisai Ltd, R (on the application of) v National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) [2008] EWCA Civ 438

Corte europea dei diritti dell'uomo

D. v Regno Unito, ric. n. 30240/96, 2 maggio 1997.

B.B. v Francia, ric. n. 30930/96, 7 settembre 1998.

Osman v. Regno Unito, ric. n. 23452/94, 28 ottobre 1998.

Tysiac v. Polonia, ric. n. 5410/03, 20 marzo 2007.

A, B e C v. Irlanda, ric. n. 25579/05, 16 dicembre 2010.

R.R. v. Polonia, ric. n. 27617/04, 26 maggio 2011.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea

C-286/82 (cause riunite 286/82 e 26/83), *Graziana Luisi e Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro*, 31 gennaio 1984.

C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contro Stephen Grogan e altri*, 4 ottobre 1991.

C-158/96, *Raymond Kohll contro Union des caisses de maladie*, 28 aprile 1998.

C-368/98, *Abdon Vanbraekel e altri contro Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, 12 luglio 2001.

C-157/99, *B.S.M. Smits, coniugata Geraets, contro Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms contro Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 12 luglio 2001.

C-385/99, *V.G. Müller-Fauré contro Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA e E.E.M. van Riet contro Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 13 maggio 2003.

C-145/03, *Eredi di Annette Keller contro Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, 12 aprile 2005.

C-372/04, *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, 16 maggio 2006.

INDICE DEI CASI TRATTATI

C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleutheron Epagelmaton (OAEE)*, 19 aprile 2007.

C-211/08, *Commissione europea v. Regno di Spagna*, 15 giugno 2010.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Autonomies i desigualtats a Espanya: Percepcions, evolució social i polítiques de benestar*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Barcellona, 2011.

AA.VV., *Cross-border healthcare in Europe: clarifying patients' rights*, in *British Medical Journal online*, Vol. 342, 12.02.2011, p. 364, *passim*.

ADAMS J., ROBINSON P. (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, Londra, 2002.

ADOBATI E., *La Corte di giustizia precisa che per le cure prestate in un altro Stato membro sono rimborsabili solo le spese sostenute in ospedale e non quelle per il trasferimento e il soggiorno*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 524.

AGUADO I CUDOLÁ V., *La ripartizione delle competenze in Spagna in materia di immigrazione Stato, Regione e governo locale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2004, 5, p. 813.

AINIS M., *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in D'ALOIA A.(a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 23.

ALGOSTINO A., *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 5, p. 908.

ALONSO ESPINOSA C.A., *Extranjeros y derecho a la salud. ¿derecho o tolerancia?*, in *Autonomies*, 2004, 30, p. 65

ÁLVAREZ GONZÁLEZ E.M., *El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza*, in *Derercho y Salud*, 2009, 2, p. 21.

ÁLVAREZ GONZALEZ E.M., *El derecho a la asistencia socio-sanitaria de los ciudadanos europeos mayores de edad en Andalucía*, in *Revista Andaluza de Administración pública*, 2008, 70, p. 271.

- ÁLVAREZ GONZALEZ E.M., *El sistema nacional de salud como sistema: realidad y carencias*, in *Derecho y Salud*, 2007, 1, p. 1.
- ÁLVAREZ NEBREDAS C., *Administración sanitaria y sistemas de salud*, Madrid, 1994.
- ANDREIS M. (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006.
- ANDRONIO A., *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003, n. 88*, in *federalismi.it*, 2003, 8.
- ANTEQUERA VINAGRE J.M., *El concepto de ciudadanía sanitaria y el cómo articularla*, in *Ciudadanía sanitaria*, 2007, 15, p. 79.
- ANTONIAZZI S., *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione di servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un diverso paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello Stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute (Nota a CGCE 13 maggio 2003 (causa C-385/99) e CGCE 23 ottobre 2003 (causa C-56/01))*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, 2, p. 603.
- ANZON A., *L'altra "faccia" del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, 1, p. 656.
- ARBELÁEZ RUDAS M., *La protección del derecho a la salud de los inmigrantes en Cataluña*, in *Derecho y Salud*, 2009, 2, p. 33.
- ARBELÁEZ RUDAS M., *Los Derechos sanitarios de los inmigrantes*, in AJA E., MONTILLA J.A., ROIG E. (a cura di), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, p. 473.
- ARCÀ S., CISLAGHI C., *Percorsi metodologici per l'inserimento o l'esclusione di una prestazione dai livelli essenziali di assistenza*, in *Tendenze nuove*, 2006, 2, p. 97.
- ARRUEGO RODRÍGUEZ G., *La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de «urgencia vital»*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, 82, p. 53.
- ASHTON C., FINCH V., *Constitutional Law in Scotland*, Edimburgo, 2000.
- BAER S., *Umpiring the ping-pong game: the courts and legislative conflict between Edinburgh and Westminster*, in *The Juridical Review*, 2002, p. 49.
- BAILEY S., ELLIOTT M., *Taking local government seriously: democracy, autonomy and the constitution*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 436.

- BALAGUER CALLEJÓN F., *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2008, 10, p. 481.
- BALBONI E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008.
- BALBONI E., *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, 6, p. 4333.
- BALBONI E., *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1183.
- BALBONI E., *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2001, 6, p. 1103.
- BALBONI E., *Il problema della determinazione dei livelli essenziali nei vari settori*, in BERTI G., DE MARTIN G.C. (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, p. 241.
- BALBONI E., RINALDI P.G., *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2006, 5, p. 1014.
- BALDI B., *La Spagna fra regionalismo e federalismo*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1998, 5, p. 917.
- BALDINI V., *L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, 3, del 29/09/2011.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007.
- BALDUZZI R. (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, 2004.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009.
- BALDUZZI R., *A mo' di introduzione: su alcune vere o presunte criticità del servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, p. 11.
- BALDUZZI R., *Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazional-regionale*, in *Le Regioni*, 2005, 5, p. 717.

- BALDUZZI R., *L'appropriatezza in sanità. Il quadro di riferimento legislativo*, in FALCITELLI N., TRABUCCHI M., VANARA F. (a cura di), *Fondazione Smith Kline, Rapporto Sanità 2004*, Bologna, 2004, p. 73.
- BALDUZZI R., *Salute (diritto alla)*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5393.
- BALDUZZI R., *Titolo V e tutela della salute*, in *Quaderni regionali*, 2002, 1, p. 65.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009.
- BANCHERO A., *I livelli essenziali delle prestazioni nell'ambito dei servizi alla persona: dalla tutela della salute alla protezione sociale*, in *Quaderni Regionali*, 2008, 2, p. 461.
- BANTING K.G., CORBETT S., *Health Policy and Federalism: A Comparative Perspective on Multi-Level Governance*, Montreal, 2002.
- BARBERA A., *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 1, p. 117.
- BARCELLONA G., *Libertà transfrontaliera di cure ospedaliere e sistema delle convenzioni al vaglio del diritto comunitario*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2002, 1, p. 15.
- BASILE S., *Valori superiori*, in GARCIA DE ENTERRIA E., PREDIERI A. (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, p. 241.
- BATTISTI A.M., *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari ([Osservazione a] Corte cost., 30 luglio 2008 n. 306)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4, p. 3338.
- BAUMAN Z., *Amore liquido*, Roma-Bari, 2006.
- BELLAMY R., *The Liberty of the Post-Moderns? Market and Civic Freedom within the EU*, LSE "Europe in Question", Discussion paper series, 2009, 1.
- BELLETTI M., *Diritti costituzionali e regioni*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. III, Torino 2006, p. 1051.
- BELLETTI M., *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca di un parametro plausibile...*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, 3-4, p. 613.

- BELOFF M.J., MOUNTFIELD H., *Unconventional Behaviour: Judicial Uses of the European Convention in England and Wales*, in *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 467.
- BELTRÁN AGUIRRE J.L., *¿Sistema nacional de salud o asistencia sanitaria de seguridad social?*, in *Ciudadanía sanitaria*, 2007, 15, p. 27.
- BELTRÁN AGUIRRE J.L., *Derecho sanitario de Navarra*, Pamplona, 2005.
- BERTI G., DE MARTIN G.C. (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003.
- BIGLIA L., *La libera circolazione dei servizi sanitari nella Comunità Europea (Nota a CGCE sez. V 18 marzo 2004, causa C-8/02; CGCE 13 maggio 2003, causa C-385/99)*, in *Rivista di diritto industriale*, 2004, 3, p. 230.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992.
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 345.
- BIN R., *La Corte e la Scienza*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 1.
- BIONDI DAL MONTE F., *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2008, 5, p. 557.
- BIONDI DAL MONTE F., *Immigrazione e welfare: condizioni d'accesso e principio di non discriminazione*, in *Le Regioni*, 2008, 6, p. 1099.
- BLANCO VALDÉS R.L., *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, II ed., Torino, 2009.
- BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995.
- BOIS-PEDAIN A., *Seeking healthcare elsewhere*, in *Cambridge Law Journal*, 2007, p. 44.
- BONOMO A., *Programmazione della spesa sanitaria e libertà di cura: un delicato dilemma (Nota a CGCE 12 luglio 2001 (causa C-157/99) CGCE 12 luglio 2001 (causa C-368/98))*, in *Il Foro amministrativo*, 2001, 7-8, p. 1870.
- BOTTARI C., *Il diritto alla tutela della salute*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, Vol. III, Torino 2006, p. 1101.

- BOTTARI C., *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino, 2009.
- BRAZIER M., CAVE E., *Medicine, Patients and the Law*, Londra, 2007.
- BUNGARY H., *Cancer and Health care Policy: the Postcode Lottery of Care*, in *Social Policy and Administration*, 2005, 1, p. 35.
- BURROWS N., "New" basic rights under developed Government?, in TORRE A. (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati Unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Torino, 2007, p. 241.
- BURROWS N., *Devolution*, Londra, 2000.
- BURROWS N., *This is Scotland's Parliament: let Scotland's Parliament legislate*, in *The Juridical Review*, 2002, p. 213.
- BUZZANCA A., *Tutela urgente alla salute e liste di attesa: aspetti civili, penali e amministrativi*, Milano, 2006.
- CAMPBELL A., GILLET G., JONES G., *Medical Ethics*, IV ed., Oxford, 2005.
- CAMPBELL A.V., *Establishing ethical priorities in medicine*, in *British Medical Journal*, 1977, p. 818.
- CAMPEDELLI M., CARROZZA P., PEPINO L. (a cura di), *Diritto di Welfare*, Bologna, 2010.
- CAMPEDELLI M., CARROZZA P., ROSSI E. (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009.
- CANDIDO A., *Residenze Sanitarie Assistenziali e rette dei degenti: tra livelli essenziali e diritto alla tutela della salute*, in *Quaderni Regionali*, 2010, 3, p. 905.
- CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P. (a cura di), *Il governo del corpo*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. I, Milano, 2011.
- CANTERO MARTÍNEZ J., *Hacia la libre circulación de pacientes en el ámbito de la Unión Europea (a propósito de la sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 y de 12 de julio de 2001)*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2003, 221, p.83.
- CARAVITA B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e Società*, 1984, 1, p. 21.
- CARLASSARE L., *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in ALESSI R. (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione, Vicenza, 1967-1969, p. 103.

- CARPANI G., *La Conferenza Stato-Regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, 2006.
- CARPANI G., *La cooperazione tra Stato e Regioni nella definizione dei LEA: dall'intesa condizionata sancita dal Presidente della Conferenza Stato-Regioni al ritiro da parte del Governo del provvedimento*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2008, 5, p. 5.
- CASCAJO CASTRO J.L., GIMENO SENDRA V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1985.
- CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, 3, p. 545.
- CASONATO C., *Devolution and Basic Rights between Unity, Equality and Diversity: the Italian case*, disponibile all'indirizzo internet www.jus.unitn.it/biodiritto.
- CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, II ed., Torino, 2009.
- CASONATO C., PICIOCCHI C., *Devolution, diritti e identità: la tutela della salute fra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in TORRE A. (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati Uniti*, Torino, 2007, p. 259.
- CASONATO C., PICIOCCHI C., *Devolution, Diritti, Identità: la tutela della salute tra asimmetrie ed esigenze di uniformità*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria: spunti e materiali per l'analisi comparata*, Bologna, 2009, p. 51.
- CATELANI E., CERRINA FERONI G., GRISOLIA M.C. (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011.
- CAVASINO E., *I vincoli alla potestà legislativa regionale in materia di tutela della salute tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*(Corte Cost.26 giugno 2002 n.282), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 5, p. 3282.
- CAVICCHI I., *Salute e federalismo. Forma e contenuti dell'emancipazione*, Torino, 2001.
- CENTINI M., *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3, p. 2405.

BIBLIOGRAFIA

- CHALMERS D., *Gauging the Cumbersomeness of EU Law*, LSE “Europe in Question”, Discussion paper series, 2009, 2.
- CHAPMAN A.R., *Globalisation, Human Rights and the Social Determinants of Health*, in *Bioethics*, 2009, 2, p. 97.
- CHESSA O., *La misura minima essenziale dei diritti sociali : problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento : Corte cost. 26 febbraio 1998 n. 27*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, 2, p. 1170.
- CINTIOLI F., *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: «dove non può la Costituzione può la legge statale?»*. Ossia «la trasversalità oltre se stessa», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, 4, p. 3072.
- COCCO G., *In direzione ostinata e contraria: spunti in tema di diritto alla salute e immigrazione*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, p. 85.
- COGGIOLA N., *Il libero accesso dei cittadini comunitari alle prestazioni sanitarie erogate in altri Stati membri tra programmazione sanitaria nazionale e principio comunitario della libera circolazione di servizi (Nota a CGCE 12 luglio 2001, causa C-368/98)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 1, p. 87.
- COLDRON K., ACKERS L., *(Ab)using European Citizenship? EU retired migrants and the Exercise of Healthcare Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 287.
- COMANDÉ G., PONZANELLI G., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- CONTI R., FOGLIA R., *Rimborsabilità delle cure all'estero*, in *Il Corriere giuridico*, 2006 p. 1137.
- CORBETTA C., *Sanità*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 5412.
- CORRETJA TORRENS M., VIVER PI-SUNYER C., *La reforma del Estatuto de Autonomia de Catalunya*, disponibile all'indirizzo internet www10.gencat.cat/drep/binaris/article_reforma_tcm112-22966.pdf.
- COSMACINI G., *Storia della medicina e della sanità in Italia*, Roma-Bari, 2005.

- COSTA A., *Rimborso delle spese mediche impreviste sostenute all'estero e salvaguardia dell'equilibrio finanziario dei sistemi sanitari nazionali*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2010, 3, p. 661.
- CRAIG P., *Administrative Law*, V ed., Londra, 2003.
- CRAIG P., *Competing models of Judicial Review*, in *Public Law*, 1999, p. 428.
- CUNIBERTI M., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 510.
- CUOCOLO L., *I rapporti Stato-Regioni in materia farmaceutica, tra diritti costituzionali e contenimento della spesa*, in *Quaderni Regionali*, 2008, 1, p. 33.
- CUOCOLO L., *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo: profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2005.
- CUOCOLO L., *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 2, p. 1264.
- CYGAN A., *Public healthcare in the European Union: still a service of general interest?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2008, 3, p. 529.
- D'ALOIA A., *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1063.
- D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale : contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.
- D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. IX.
- D'ANGELOSANTE M., *L'incidenza delle regole di organizzazione e di distribuzione delle competenze sulla conformazione del mercato dei servizi sanitari: sistemi universalistici e sistemi occupazionali a confronto nello spazio comunitario*, in PIOGGIA A., CIVITARESE MATTEUCCI S., RACCA G.M., DUGATO M. (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 17.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005.
- DANI M., *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 4, p. 795.
- DANIELS N., *Just Health Care*, Cambridge, 1985.

- DANIELS N., SABIN J., *Setting limits fairly. Can we learn to share medical resources?*, Oxford, 2002.
- DAVIES G., *The Community's internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 215.
- DAVIES G., *The effect of Mrs. Watts' Trip to France on the National Health Service*, in *King's College Law Journal*, 2007, 18, p. 158.
- DAVIES M., *Medical Law* (II ed.), Oxford, 2007.
- DE LA QUADRA-SALCEDO T., *Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud*, in PAREJO L., PALOMAR A. VAQUER M. (a cura di), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesion, calidad y estatutos profesionales*, Madrid – Barcellona, 2004, p. 11.
- DE LA ROSA S., *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, in *Common Market Law Review*, 2012, 49, p. 16.
- DE PRETIS D., *Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in COMANDÉ G., PONZANELLI G., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 415.
- DE VECCHI F., *La libertà incarnata. Filosofia, etica e diritti umani secondo Jeanne Hersch*, Milano, 2008.
- DEIAS F., *I livelli essenziali di assistenza: concetti generali, normativa di riferimento, esperienze comparate*, in *Sanità pubblica e privata*, 2007, 1, p. 9.
- DELLEDONNE G., *Federalismo, Livelli essenziali, diritti*, in CAMPEDELLI M., CARROZZA P., PEPINO L. (a cura di), *Diritto di Welfare*, Bologna, 2010, p. 251.
- DENIER Y., *Efficiency, Justice and Care. Philosophical Reflections on Scarcity in Health Care*, Dordrecht, 2007.
- DI CIOMMO M., *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010.
- DI RIENZO A., *L'esclusione assoluta del rimborso delle spese di ricovero all'estero è contraria al diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 1275.
- DI SOMMA C., *Livelli essenziali di assistenza e leale collaborazione attraverso l'intesa*, in forumcostituzionale.it, 18.07.2006.
- DICEY A.V., *The law of the constitution*, Londra, 1897.

- DÍEZ-PICAZO L.M., *Diritti sociali e federalismo*, in *Politica del diritto*, 1999, 1, p. 17.
- DÍEZ-PICAZO L.M., *Diritti sociali e federalismo*, in *Politica del diritto*, 1999, 1, p. 17.
- DIMASI L., *Salute e confini: servizi sanitari e modello sociale europeo. Il Regolamento n. 882/2004: una riforma mancata?*, in *Sanità pubblica e privata*, 2, 2010, p. 59.
- DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S., ZATTI P.(a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, p. 579.
- DÜRIG G., *Art. 1 (1958)*, in MAUNZ, T. DÜRIG G., HERZOG R., *Grundgesetz Kommentar*, Vol. I, Monaco di Baviera, 2003.
- DÜRIG G., *Der Grundsatz von der Menschenwürde*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1956, p. 81.
- ELLIOTT M., *Taking Local Government Seriously: Democracy, Autonomy and the Constitution*, in *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 436.
- ESCOBAR ROCA G., *Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales*, versione provvisoria della relazione presentata al IX Congresso dell'Associazione dei Costituzionalisti spagnoli, "Derechos sociales y principios rectores", Santa Cruz de Tenerife, 27-28 gennaio 2011, originariamente disponibile sul sito internet dell'Asociación de Constitucionalistas de España, www.acoes.es.
- FABRE C., *Social Rights under the Constitution*, Oxford, 2000.
- FAVRETTO A.R., *Diritti, culture della salute e partecipazione*, in BALDUZZI R.(a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, p. 165.
- FERIOLI E.A., *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 564.
- FERNÁNDEZ MONTALVO R., *Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)*, in *Derecho y salud*, 2010, 19, p. 11.
- FERNÁNDEZ SANTIAGO J.M., *La descentralización en el Sistema Nacional de Salud: una asignatura pendiente*, in *Revista de Administración Sanitaria*, 1997, 3.

BIBLIOGRAFIA

- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España: reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2001, 7, p. 65.
- FERRARA R. (a cura di), *Salute e sanità*, in RODOTÀ S., ZATTI P. (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. IV, Milano, 2010.
- FERRARA R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in FERRARA R. (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 3.
- FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.
- FERRARA R., *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, p. 514.
- FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 2-3, p. 546.
- FIGUERAS J., MOSSIALOS E., MCKEE M., SASSI F., *Health care systems in Southern Europe: is there a Mediterranean paradigm?*, in *International Journal of Health Sciences*, 1994, p. 135.
- FLEAR M.L., *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 239.
- FLICK G.M., *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 39.
- FONT T., *L'effettività del principio d'eguaglianza nel sistema spagnolo*, in BERTI G., DE MARTIN G.C. (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003, p. 91.
- FOX A.M., MASON MEIER B., *Health as a Freedom: Addressing social determinants of Global Health Inequalities through the Human Right to Development*, in *Bioethics*, 2009, 2, p. 112.
- FRANCE G., *Diritto alla salute, devolution e contenimento della spesa: scelte difficili, scelte obbligate*, in ISSiRFA-CNR, *Terzo Rapporto annuale sullo stato del regionalismo in italia*, Milano 2005.
- FREEMAN M., LEWIS A.D.E. (a cura di), *Law and Medicine*, Oxford, 2000.
- GALA VALLEJO C., *La asistencia sanitaria en el marco de la seguridad social*, Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2007

- GAMBINO S., *Autonomia, asimmetria e principio di eguaglianza: limiti costituzionali al federalismo fiscale*, in *Politica del diritto*, 2009, 1, p. 3.
- GAMBINO S., *Cittadinanza e diritti sociali fra neoregionalismo e integrazione comunitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 1, p. 67.
- GAMBINO S., *Cittadinanza, funzioni pubbliche, federalismo*, 17 settembre 2008, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- GAMBINO S., *Diritti fondamentali e Unione europea: una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009.
- GAMBINO S., *Federalismo e salute*, in *Federalismi.it*, 2005, 4.
- GARCIA DE ENTERRIA E., *La costituzione come norma giuridica*, in GARCIA DE ENTERRIA E., PREDIERI A. (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, p. 71.
- GARCIA DE ENTERRIA E., *Los fundamentos constitucionales del Estado*, in *Revista española de derecho constitucional*, 1998, 52, p. 11.
- GARCIA DE ENTERRIA E., PREDIERI A. (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982.
- GARCÍA PELAYO M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, III ed., Madrid, 1982.
- GARWOOD-GOWERS A., TINGLE J., LEWIS T., *Healthcare: the impact of the Human Rights Act 1998*, Londra, 2001.
- GAVARA DE CARA J.C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcellona, 2010.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.
- GEMMA G., *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 2, p. 379.
- GEMMA G., *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 31.
- GIANNINI A., *La tutela della salute come principio costituzionale*, in *INADEL*, 1960, p. 813.
- GIANNINI M.S., *Stato sociale. Una nozione inutile*, in *Il politico*, 1977, p. 205.
- GIBSON J., *Intellectual property, Medicine and Health*, Farnham, 2009.
- GIOIOSA M., *Stato sociale e immigrazione in Spagna. Confronti con l'Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 1, p. 213.

- GIORGIS A., *Il (controverso) ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione del diritto degli indigenti in materia di tutela della salute*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, p. 145.
- GIUBBONI S., *Social Insurance Monopolies in Community Competition Law and the Italian Constitution: "Practical" Convergences and "Theoretical" Conflicts*, in *European Law Journal*, 2001, Vol. 7, n. 1, p. 69.
- GONZÁLEZ DÍAZ F.A., *Contenido y Limites de la Prestación de Asistencia Sanitaria*, Elcano, 2003.
- GONZÁLEZ PASCUAL M.I., *El proceso autonómico ante la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales*, Bilbao, 2007.
- GOODMAN M.D., *Human Dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence*, in *Nebraska Law Review*, 2006, 84, p. 740.
- GRASSI P., *Consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e diritto valutario nazionale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1984, p. 481.
- GREER S.L., RAUSCHER S., *Destabilization rights and restabilization politics: policy and political reactions to European Union healthcare services law*, in *Journal of European Public Policy*, 2011, 2, p. 240.
- GRIGLIO E., *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, p. 247.
- GROSSO E., *Stranieri irregolari e diritto alla salute: l'esperienza giurisprudenziale*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, p. 157.
- GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011.
- GUIBERNAU M., *Devolution and Independence in the United Kingdom: the case of Scotland*, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 2010, 11, p. 56.
- GUIGLIA G., *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007.
- HAM C., *Health Policy in Britain*, IV ed., Houndmills, 1999.

- HAZELL R. (a cura di), *The State and the Nations. The first year of devolution in the United Kingdom*, Thoverdon, 2000.
- HAZELL R., RAWLINGS R. (a cura di), *Devolution, Law Making and the Constitution*, Exeter, 2005.
- HEALD D., *Territorial Public Expenditure in the United Kingdom*, in *Public Administration*, Vol 72, Summer 1994, p. 147.
- HERVEY T.K., *The Legal basis of European Community Public Health Policy*, in MCKEE M., MOSSIALOS E., BAETEN R. (a cura di.), *The impact of EU Law on Healthcare Systems*, Bruxelles, 2002, p. 23.
- HERVEY T.K., *Community and National Competence in Health after Tobacco Advertising*, in *Common Market Law Review*, 2001, 38, p. 1421.
- HERVEY T.K., *Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy*, in *European Public Law*, 2002, 1, p. 69.
- HERVEY T.K., MCHALE J., *Health Law and the European Union*, Cambridge, 2004.
- HERVEY T.K., *New Governance Responses to Healthcare Migration in the EU: the EU Guidelines on Block Purchasing*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 303.
- HERVEY T.K., *The "Right to Health" in European Union Law*, in HERVEY T.K., KENNER J. (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal perspective*, Hart, 2003.
- HERVEY T.K., TRUBEK L., *Narrowing the gap? Law and new approaches to governance in the European Union. Freedom to provide health care services within the EU: an opportunity for a transformative directive*, in *Columbia Journal of European Law*, 2007, 13, p. 623.
- HEULIN MARTÍNEZ DE VELASCO J., *La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos*, in *Derecho y Salud*, 2011, 21, p. 85.
- HODGSON J., *The Impact of European Union Law on Public Health*, in *British Journal of Nursing*, 2009, Vol. 18, N. 6, p. 378.
- HOLLAND S., *Public Health Ethics*, Cambridge, 2007.
- ILLICH I., *Nemesi medica*, Milano, 1977.
- JACKSON E., *Medical law. Text cases and materials*, II ed., Oxford, 2010.

- JAMES R., LONGLEY D., *Judicial review ad tragic choices: Ex Parte B*, in *Public Law*, 1995, p. 367.
- KACZOROWSKA A., *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, 2006, 3, p. 345.
- KAHALE CARRILLO D.M., *La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España*, in *Derecho y Salud*, 2007, 1, p. 99.
- KING J.A., *The justiciability of resource allocation*, in *Modern Law Review*, 2007, 70 (2), p. 197.
- KLESTA DOSI L., *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino*, Torino, 2008.
- KOUTRAKOS P., *Healthcare as an Economic service under EC Law*, in SPAVENTA E., DOUGAN M. (a cura di), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005, p. 105.
- LA PORTA S., *Liveas e posizioni giuridiche soggettive degli utenti*, in BALBONI E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, p. 393.
- LEE B., *Judicial Review and Access to Healthcare*, in BUCK T. (a cura di), *Judicial Review and Social Welfare*, Londra, 1998, p. 39.
- LEE K., *Public Expenditure, Health Services and Health*, in WALKER A. (a cura di), *Public Expenditure and Social Policy*, Londra, 1982, p. 73.
- LEGA C., *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952.
- LEMA AÑÓN C., *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, 2010.
- LEYLAND P., *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005.
- LEYLAND P., *L'esperienza della devolution nel Regno Unito: uno sconvolgimento dell'assetto costituzionale?*, in *Le Regioni*, 2000, 2, p. 341.
- LEYLAND P., *The multifaceted constitutional dynamics of U.K. devolution*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 1, p. 251.
- LONGLEY D., *Health Care Constitutions*, Cavendish, 1996.
- LONGO E., *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale ([Osservazione a] Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 10)*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 1, p. 164.
- LONGO E., *Il diritto ai migliori trattamenti sanitari nella giurisprudenza di Lussemburgo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 3, p. 662.

- LUCIANI M., *A proposito del diritto alla salute*, in *Diritto e società*, 1979, p. 407.
- LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni: a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2002, 3, p. 345.
- LUCIANI M., *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in CATELANI E., CERRINA FERONI G., GRISOLIA M.C. (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, p. 9.
- LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, p. 769.
- MAESTRO BUELGA G., *Los derechos sociales de los emigrantes*, in *Revista catalana de dret públic*, 2010, 40, p. 53.
- MAFFETTONE S., *Introduzione a Rawls*, Roma-Bari, 2011.
- MALDONADO MOLINA J.A., *Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria*, in MONEREO PÉREZ J.L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M.N., *Commentario a la legislación reguladora de la sanidad en España. Régimen jurídico de la organización sanitaria, personal sanitario y prestaciones sanitarias*, Granada, 2007.
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.
- MARNOCH G., *Scottish devolution: Identity and Impact and the Case of Community Care for the Elderly*, in *Public Administration*, 2003, 81, 2, p. 254.
- MAROCCO T., *Giurisprudenza amministrativa e determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Foro amministrativo TAR*, 2003, 3, p. 1992.
- MARTÍN DELGADO I., *La asistencia sanitaria de los extranjeros en España*, in *Derecho y Salud*, 2002, 2, p. 197.
- MARZOT S., *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in *Sanità pubblica e privata*, 2008, 4, p. 5.
- MASON J.K., LAURIE G.T., *Law and Medical Ethics*, VII ed., Oxford, 2006.
- MASON J.K., LAURIE G.T., *Law and Medical Ethics*, VIII ed., Oxford, 2011.
- MASTRANDREA M., *Libera prestazione di servizi e rimborso di spese mediche*, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 1078.

BIBLIOGRAFIA

- MATTHEWS E., *The Ethics of Rationing*, in MATTHEWS E., MENLOWE M. (a cura di), *Philosophy and Healthcare*, Avebury, 1992, p. 28.
- MAXWELL R., *Health care: the growing dilemma*, New York, 1974.
- MAYER-SERRA C.E., *El derecho a la protección de la salud*, in *Salud pública de México*, 2007, 2, p. 144.
- McHALE J., *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in retrospective*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2007, 14, p. 263.
- McHALE J., *Fundamental Rights and Health Care*, in MOSSIALOS E., PERMANAND G., BAETEN R., HERVEY T.K. (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, p. 282.
- McHALE J., *Law, Patient's Rights and NHS Resource Allocation: is Eurostar the answer?*, in *Health Care Anal*, 2006, 14, p. 169.
- McHALE J., *Rights to medical treatment in EU law*, in *Medical Law Review*, 2007, 15, p. 99.
- McKEE M., MOSSIALOS E., BAETEN R. (a cura di), *The impact of EU Law on Healthcare Systems*, Bruxelles, 2002.
- McLEAN S., MASON J.K., *Legal and Ethical Aspects of Healthcare*, Londra, 2003.
- MENTO S., *I sistemi sanitari nazionali e il principio di libera circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2006, 12, p. 1309.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- MICHETTI M., *Potestà esclusiva, potestà ripartita: un problema di difficile convivenza. Sentenza (14 dicembre 2005) 28 dicembre 2005 n. 467*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, 6, p. 4987.
- MIDWINTER A., *Financing Devolution in Practice: the Barnett Formula and the Scottish Budget, 1999-2003*, in *Public Money and Management*, June 2004, p. 137.
- MIDWINTER A., *The New Politics of Local Spending: Central-Local Financial Relations under Scottish Devolution*, in *Public Money and Management*, April-June 2002, p. 37.
- MIDWINTER A., *The Politics of Needs Assessment: the Treasury Select Committee and the Barnett Formula*, in *Public Money and Management*, April-June 1999, p. 51.

- MOLASCHI V., *I livelli essenziali delle prestazioni e LEA sanitari: prime indicazioni della giurisprudenza di merito*, nota a Tar Lazio, Roma, sez. III-ter, 10 luglio 2002, n. 6252, in *Foro amministrativo – TAR*, 2003, 1, p. 181.
- MOLASCHI V., *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in FERRARA R. (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 445.
- MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.
- MOLASCHI V., *Osservazioni sul ruolo dell'Agenzia italiana del farmaco (Aifa) nel governo della spesa farmaceutica*, in *Foro amministrativo – TAR*, 2006, 1, p. 232.
- MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del diritto*, 2011, 1, p. 45.
- MONTGOMERY J., *Healthcare law*, II ed., Oxford, 2003.
- MONTGOMERY J., *Impact of European Union Law on English Healthcare Law*, in SPAVENTA E., DOUGAN M. (a cura di), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005, p. 145.
- MONTGOMERY J., *Law and the demoralisation of medicine*, in *Legal Studies*, 2006, 26, 285, p. 198.
- MOONEY G., POOLE L., “*A land of milk and honey*”? *Social policy in Scotland after devolution*, in *Critical Social Policy*, 2004, 24(4), p. 458.
- MORANA D., *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art.32 Cost. nel primo “trentennio sanitario”*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, pp. 321 ss.
- MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici*, Milano, 2002.
- MORENO PALANQUÉS R.F., *La culminación del proceso de descentralización sanitaria*, in *Revista de Administración Sanitaria*, 2002, 21, p. 33.
- MORGAN D., *Issues in Medical Law*, Londra, 2001.
- MORLEO A., *Il diritto alla salute delle persone senza fissa dimora*, in *Sanità pubblica e privata*, 2005, 5, p. 18.
- MORTATI C., *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1961, 1, p. 1.
- MULLEN T., MURDOCH J., MILLER A., CRAIG S., *Human Rights in the Scottish Courts*, in *Journal of Law and Society*, 2005, Vol. 32, N. 1, p. 148.

BIBLIOGRAFIA

- MURARO G., *Federalismo e solidarietà*, in *Quaderni regionali*, 2008, 1, p. 51.
- NAVARRO MUNUERA A., *Bioética y ley general de sanidad*, in CASADO M., *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcellona, 1996, p. 83.
- NEWDICK C., *Citizenship, Free Movement and Health Care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *Common Market Law Review*, 2006, 43, p. 1645.
- NEWDICK C., *Judicial Review: low-priority treatment and exceptional case review*, in *Medical Law Review*, 2007, 15, p. 236.
- NEWDICK C., *The positive side of healthcare rights*, in McLEAN S.A.M. (a cura di), *First do not harm*, Aldershot, 2006, p. 573.
- NEWDICK C., *Who should we treat?* (II ed.), Oxford, 2005.
- NICKEL J.W., *Making Sense of Human Rights*, Berkeley, 1987.
- NICOLÁS ORTIZ C., *El derecho a la salud y los derechos de los enfermos*, Madrid, 1983.
- NICOLAZZI T., *I livelli essenziali di assistenza*, nota a Tar Puglia, Lecce, sez. II, ord. 1 giugno 2002, n. 499, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2002, 5, p. 1744.
- NIETO A., *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, in *Revista de administración pública*, 1983, 100-102, p. 371.
- NUSSBAUM M.C., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002.
- O'LEARY S., *The Court of Justice as a Reluctant Constitutional Adjudicator: An Examination of the Abortion Information Case*, in *European Law Review*, 1992, p.138.
- O'NEILL A., *Judging democracy: the devolutionary settlement and the Scottish constitution*, in *Edinburgh Law Review*, 2004, p. 177.
- OEHLLING DE LOS REYES A., *El concepto constitucional del dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2011, 91, p. 135.
- PACCAGNELLA B., *L'evoluzione del concetto di salute*, in *Pace e diritti umani*, 2005, 3, p. 21.
- PAGE A., BATEY A., *Scotland's other Parliament: Westminster legislation about devolved matters in Scotland since devolution*, in *Public Law*, 2002, p. 501.

- PAGE A., REID C., ROSS A., *A guide to the Scotland Act 1998*, Edimburgo, 1999.
- PALM W., GLINOS I.A., *Enabling Patient Mobility in the EU: between free movement and coordination*, in MOSSIALOS E., PERMANAND G., BAETEN R., HERVEY T.K. (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, p. 509.
- PANUNZIO S. (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova, 2007.
- PANZERA C., *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 2010, 4, p. 941.
- PANZERA C., *Legislature, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in *Diritto e società*, 2004, 3, p. 309.
- PAREJO L., PALOMAR A. VAQUER M. (a cura di), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesion, calidad y estatutos profesionales*, Madrid – Barcellona, 2004.
- PAROLARI S., *Il Regionalismo inglese: the dark side of devolution*, Padova, 2008.
- PATTINSON S.D., *Medical Law and Ethics*, II ed., Londra, 2009.
- PELISSERO G., MINGARDI A., *Eppur si muove*, Torino, 2010.
- PEMÁN GAVIN J., *Artículo 149.1.1*, in CASAS BAAMONDE M.E., RODRIGUEZ - PIÑERO Y BRAVO – FERRER M. (a cura di), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2008, p. 2264.
- PEMÁN GAVIN J., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada, 2005
- PEMÁN GAVIN J., *Derecho a la salud y administración sanitaria*, Bologna, 1989.
- PEMÁN GAVIN J., EZQUERRA HERVA A., *El Empadronamiento de extranjeros en situación irregular*, in *El Cronista*, 2010, 11, p. 72
- PEMÁN GAVIN J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Zaragoza, 1992.
- PEMÁN GAVIN J., *La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes*, in *Derecho y Salud*, 2001, 2, p. 91.
- PEMÁN GAVIN J., *La culminación del proceso de descentralización de la Sanidad Española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación*, in *Informe Comunidades Autónomas*, Barcelona, 2001, disponibile all'indirizzo internet: www.idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2001/2_parte/sanidadespaola.pdf.

- PEMÁN GAVIN J., *La nueva configuración del Sistema Nacional de Salud tras la Ley de Cohesión y Calidad (Ley 16/2003, de 28 de mayo)*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 2005, 71, p. 173.
- PEMÁN GAVIN J., *Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿Desarrollo o reforma?*, in *Revista española de derecho administrativo*, 1998, 97, p. 65.
- PEMÁN GAVIN J., *Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*, in *Derecho y Salud*, 2008, 16, p. 29.
- PEMÁN GAVIN J., *Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la ley general de sanidad: balance y perspectivas*, in *Derecho y Salud*, 1999, 2, p. 1.
- PENASA S., *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2009, 4, p. 817.
- PÉREZ GÁLVEZ J.F., *Salud, sanidad y farmacia en el nuevo estatuto de autonomía de Andalucía*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2007, 2, p. 299.
- PESARESI E., *Art. 117, comma 2, lett. m), Cost., la determinazione anche delle prestazioni? Tra riserva di legge e leale collaborazione, possibili reviviscenze del potere di indirizzo e coordinamento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 2, p. 1273.
- PESARESI E., *In tema di effettività del diritto alla salute*, in *Foro amministrativo TAR*, 2003, 3, p. 991.
- PESARESI E., *La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e la materia Tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 2, p. 1733.
- PEZZINI B., *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, 2007, p. 211.
- PEZZINI B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1983, 1, p. 21.
- PILKINGTON C., *Devolution in Britain today*, Manchester, 2002.
- PINELLI C., *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali" (art.117 co.2, lett.m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 3, p. 881.

- PIOGGIA A., *Il diritto alla salute e la direttiva Sacconi sull'obbligatorietà di nutrizione e idratazione artificiali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 4, p. 386.
- PIOGGIA A., *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 2, p. 407.
- PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità*, Roma, 2007.
- PITINO A., *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, p. 333.
- PITINO A., *Il diritto alla salute degli immigrati tra leggi ordinarie e Costituzione*, in *Quaderni Regionali*, 2009, 2, p. 491.
- PIZZOLATO F., *LA procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in BALBONI E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, p. 310.
- POGGESCHI G., *La Devolution in Scozia*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1998, p. 937.
- POOLE T., *Legitimacy, rights and judicial review*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2005, p. 697.
- POTO M., *La Corte costituzionale e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sui diritti civili e sociali*, nota a Corte costituzionale, sentenza n. 467/2005, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2006, 3, p. 437.
- RAO N., *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, 24, p. 201.
- RAWLS J., *A theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, 1971.
- REED R., MURDOCH J., *A Guide to Human Rights in Scotland*, Edimburgo, 2008.
- REID S., EDWARDS J., *The Scottish Legal System*, in *Legal Information Management*, 2009, p. 9.
- RETANA IZA N., *La sanidad publica en España, 1950-2000. Medio siglo de historias médicas*, Madrid, 2005.
- RIMOLI F., *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero. Sentenza (28 novembre 2005) 2 dicembre 2005 n. 432*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005, 6, p. 4657.

- ROLLA G. (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010.
- ROLLA G., *Profili costituzionali della dignità umana*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 57.
- ROMANO SANTI, *Principii di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912.
- ROSE N., NOVAS C., *Biological citizenship*, in ONG A., COLLIER J. (a cura di), *Global Assemblages*, Oxford, 2005, p. 439.
- ROTHMARR HERRMANN J., *Are you a man or a mouse?*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2008, 1, p. 16.
- ROTHMARR HERRMANN J., *Cross Border Care and the free movement of morality*, in *Retfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift*, 2010, 3, p. 94.
- ROTHMARR HERRMANN J., *Legal Hybrids: on the Legal Status of Embryos and fetuses*, in *Medical Law International*, 2009, 1, p. 1.
- ROTHMARR HERRMANN J., ROWLANDSON M., *The Role of Ethics and Morality in the EU*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2008, 6, p. 241.
- ROTIGLIANO R., *L'autorizzazione come presupposto per il rimborso delle prestazioni sanitarie erogate da strutture di un altro stato membro: diritto alla salute (della comunità nazionale) versus principio comunitario della libera prestazione dei servizi (Nota a CGCE 12 luglio 2001 (causa C-157/99))*, in *Nuove Autonomie*, 2001, 4-5, p. 606.
- ROVAGNATI A., *Dalla Consulta nuove indicazioni sul concorso di competenze dello Stato, delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano? Brevi considerazioni a margine della sent. n. 80 del 2007*, in *Le Regioni*, 2007, 5, p. 805.
- ROVAGNATI A., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 6, p. 1141.
- ROVAGNATI A., *Sulla natura dei diritti sociali*, Torino, 2009.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in ANGIOLINI V.(a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, p. 221.

- RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 3, p. 347.
- RUGGERI A., *Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di corte cost. n. 325 del 2011)*, pubblicato in www.giurcost.org.
- RUGGIU I., *Aspetti recenti della devolution nel Regno Unito: uno Stato territoriale «a metà» tra occasionalismo riformista, asimmetria e pax partitica*, in *Le Regioni*, 2005, 6, p. 1157.
- RUGGIU I., *Devolution scozzese quattro anni dopo: the bones... and the flesh*, in *Le Regioni*, 2003, 5, p. 737.
- RUGGIU I., *Il sistema delle conferenze ed il ruolo istituzionale delle Regioni nelle decisioni statali*, in *Le Regioni*, 2011, 2-3, p. 529.
- RUGGIU I., *Le politiche della devolution scozzese: unus rex unus grex una lex?*, in *Le Regioni*, 2004, 6, p. 1267.
- SALVAGNI M., *La tutela del diritto alla salute del cittadino straniero entrato irregolarmente nel territorio nazionale (Corte Costituzionale, 17 luglio 2001, n. 252)*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, 2, p. 371.
- SALVINI N., *Prevalenza del diritto alla salute sul requisito reddituale: brevi note a Corte Costituzionale n. 306 del 30 luglio 2008*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2008, 3-4, p. 149.
- SAMUELS A., *When Does the NHS (UK Government) Have to Pay for Medical Treatment in Another EU State? Are Patients Gaining Greater Legal Power Over the Secretary of State?*, in *Medico-Legal Journal*, 2006, 74, p. 169.
- SÁNCHEZ-CARO J., *Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad española (la perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)*, in *Revista de Administración Sanitaria*, 2000, 14, p. 91.
- SCACCIA G., *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 3, p. 531.
- SCAFFARDI L., *Politiche regionali e disomogeneità dei servizi erogati. Alla ricerca di una procedura condivisa per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in BALBONI E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, p. 425.

- SCHEFOLD D., *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 113.
- SCUDIERO M. (a cura di), *Il diritto costituzionale Comune europeo*, vol. I, Napoli, 2002.
- SERRANO GÓMEZ E., *Derechos fundamentales y justicia distributiva*, in *Andamios*, 2011, 15, p. 189.
- SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, p. 655.
- SMITH R., *NICE: a panacea for the NHS?*, in *British Medical Journal* 1999, 318, p. 823.
- SPADARO A., *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, 4, del 06/12/2011.
- STARFIELD B., *Promoting equity in health through research and understanding*, in *Developing World Bioethics*, 2004, 4, p. 76.
- SULLIVAN M., *Health policy: Differentiation and devolution*, in ADAMS J., ROBINSON P. (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, Londra, 2002, p. 60.
- SYRETT K., *Deconstructing deliberation in the appraisal of medical technologies: NICEly does it?*, in *Modern Law Review*, 2006, 69, p. 869.
- SYRETT K., *Impotence or Importance? Judicial Review in an Era of explicit NHS rationing*, in *Modern Law Review*, 2004, 67, p. 289.
- SYRETT K., *Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare*, Cambridge, 2007.
- SYRETT K., *NICE and judicial review: enforcing “accountability for reasonableness” through the Courts?*, in *Medical Law Review*, 2008, 16, p. 127.
- SYRETT K., *Nice work? Rationing, review and the “legitimacy problem” in the new NHS*, in *Medical Law Review*, 2002, 10, p. 1.
- SYRETT K., *Opening eyes to the reality of scarce health care resources? R. (on the application of Rogers) c Swindon NHS Primary Care Trust and Secretary of State for Health*, in *Public Law*, 2006, p. 664.

- TEFF H., *Clinical Guidelines, Negligence and Medical Practice*, in FREEMAN M., LEWIS A.D.E. (a cura di), *Law and Medicine*, Oxford, 2000, p. 67.
- TOEBES B., *Towards an improved understanding of the international Human Rights to Health*, in *Human Rights Quarterly*, 1999, 21, p. 661.
- TOMMASEO F., *Orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela del diritto alla salute*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 404.
- TONIATTI R. (a cura di), *Diritto, diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002.
- TORCHIA L., *Sistemi di welfare e federalimo*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 4, p. 713.
- TORNOS MÁ S J., *Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud*, in *Revista de Derecho y Salud*, 2002, 1, p. 5
- TORRE A., «On devolution». *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2000, 2, p. 203.
- TORRE A., *Evoluzione istituzionale dello stato e dell'Unione europea – Cronache: Regno Unito: il terzo voto della devolution in Scozia e Galles*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, 4, p. 1589.
- TORRE A., *La devolution dei poteri, nuovo punto di accesso all'Unione europea? Note per una ricerca sul caso britannico*, in SCUDIERO M. (a cura di), *Il diritto costituzionale Comune europeo*, vol. I, tomo II, Napoli, 2002, p. 729.
- TOSI R., *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai «livelli essenziali delle prestazioni...»*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, 3, p. 629.
- TRENCH A. (a cura di), *The State of the Nations 2001. The second year of devolution in the United Kingdom*, Thoverdon, 2002.
- TUBERTINI C., *Garanzia della salute e sostenibilità finanziaria*, in PIOGGIA A., CIVITARESE MATTEUCCI S., RACCA G.M., DUGATO M., *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 137.
- TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.
- TURPIN C., TOMKINS A., *British government and the constitution : text and materials*, Cambridge, 2007.

- URBANO G., *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009.
- VAQUER CABALLERÍA M., *La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, in PAREJO L., PALOMAR A., VAQUER M. (a cura di), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesion, calidad y estatutos profesionales*, Madrid – Barcellona, 2004, p. 111.
- VEDASCHI A., *La devolution of powers in Scozia e in Galles*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1999, 1, p. 104.
- VENTOSE E.D., *Case Report. R. v North and East Devon HA Ex p. Coughlan [2001] Q.B. 213 (CA (Civ Div))*, in *Law Quarterly Review*, 2009, p. 578.
- VERONESI P., *Il corpo e la costituzione : concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007.
- VERONESI P., *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 3, p. 591.
- VIDA FERNÁNDEZ J., *Il sistema sanitario pubblico spagnolo: la legge 28 maggio 2003, n. 16, di coesione e qualità del sistema nazionale di salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 10, p. 969.
- VIDA FERNÁNDEZ J., *Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios*, in PAREJO L., PALOMAR A., VAQUER M. (a cura di), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesion, calidad y estatutos profesionales*, Madrid – Barcellona, 2004, p. 37.
- VIDA FERNÁNDEZ J., *Un paso decisivo en la intervención de las Comunidades Autónomas sobre la configuración prestacional del derecho a la protección de la salud: Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, núm. 98/2004*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2004, 7, p. 1.
- VIGNUDELLI A., *Il rapporto di consumo*, Rimini, 1984.
- VITIELLO B., *La sanità pubblica: specchio della realtà dei rapporti Stato-Regioni (con riferimenti alla finanziaria 2007)*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2006, 6, p. 955.
- WICKS E., *Human rights and healthcare*, Oxford, 2007.
- WINETROBE B., *Counter-Devolution? The Sewel Convention on devolved legislation at Westminster*, in *Scottish Law and Practice Quarterly*, 2001, p. 286.

BIBLIOGRAFIA

WINETROBE B., *Scottish devolved legislation and the courts*, in *Public Law*, 2002, p. 31.

WOODS K.J., *Health Policy and the NHS in the UK 1997-2002*, in ADAMS J., ROBINSON P. (a cura di), *Devolution in Practice. Public policy differences within the UK*, Londra, 2002, p. 25.

YOUNG K.G., *A typology of economic and social rights adjudication: exploring the catalytic function of judicial review*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 3, p. 385.

ZIGANTE V., *Assessing Welfare Effects of the European Choice Agenda: The case of health care in the United Kingdom*, LSE “Europe in Question”, Discussion paper series, 2011, 35.

ZORZI GIUSTINIANI A., *La metamorfosi dello Stato unitario: «décentralisation» francese e «devolution» britannica a confronto*, in *Le Regioni*, 2006, 2-3, p. 269.