



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE
E DIRITTO EUROPEO.
UN PERCORSO DI RICERCA
PER E CON LA FORMAZIONE GIUDIZIARIA

a cura di

Paola Iamiceli

2020



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

47

2020

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© *Copyright 2020*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-926-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-943-2.

Novembre 2020

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE
E DIRITTO EUROPEO.
UN PERCORSO DI RICERCA
PER E CON LA FORMAZIONE GIUDIZIARIA

a cura di
Paola Iamiceli

Università degli Studi di Trento 2020

INDICE

	Pag.
Paola Iamiceli <i>Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali</i>	1
PARTE PRIMA DIRITTI FONDAMENTALI, ART. 47 CDFUE E RUOLO DEL GIUDICE NEI SISTEMI DI TUTELA MULTILIVELLO	
Fabrizio Cafaggi <i>Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività</i>	51
Davide Strazzari <i>Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia</i>	71
Martina Flamini <i>Accesso alla giustizia e protezione internazionale. La sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto della domanda di protezione internazionale alla luce dei principi di effettività, equivalenza e imparzialità</i>	109
Simone Penasa <i>L'effettività del diritto a presentare la domanda di protezione internazionale: un diritto amministrativamente condizionato? Prime riflessioni in prospettiva europea e comparata</i>	129
Antonino Ali <i>Tutela giurisdizionale effettiva e tutela della sicurezza dello Stato nel diritto dell'Unione europea</i>	159

PARTE SECONDA
EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE,
DOVERI DI COOPERAZIONE
E POTERI DEL GIUDICE

Madalina Moraru <i>L'influenza delle corti europee e nazionali sul diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti non regolari</i>	181
Diana Ungureanu <i>Il ruolo del giudice nazionale e i poteri d'ufficio nell'applicazione del diritto europeo dei consumatori.....</i>	227
Giuseppe Fiengo <i>Prime riflessioni sui poteri istruttori ex officio del giudice dell'esecuzione e tutela del consumatore</i>	255

PARTE TERZA
PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ, PROPORZIONALITÀ
E DETERRENZA NEL DIALOGO
TRA CORTI E LEGISLATORI

Fabrizio Cafaggi <i>Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'applicazione del New Deal</i>	295
Gianmatteo Sabatino <i>Tutela effettiva dei consumatori nel diritto della concorrenza dell'Unione europea: disamina di alcuni profili rilevanti.....</i>	331
Chiara Angiolini <i>Dati personali e informazioni all'interessato. L'impatto dell'art. 47 CDFUE e del principio di proporzionalità. Prime riflessioni alla luce del dialogo fra Corti e autorità di controllo</i>	357

PARTE QUARTA
EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE,
DIRITTI FONDAMENTALI
E INTERFERENZE TRA SETTORI

Giovanni Arnone	
<i>Principio di effettività e diritto del lavoro</i>	391
Federica Casarosa	
<i>Azioni collettive fra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori: nuovi strumenti alla prova dei fatti</i>	429
Lucia Busatta	
<i>L'access to justice funzionale: l'effettività rimediale quale veicolo di garanzia del diritto alle prestazioni sanitarie</i>	459

L'ACCESSO TO JUSTICE FUNZIONALE: L'EFFETTIVITÀ RIMEDIALE QUALE VEICOLO DI GARANZIA DEL DIRITTO ALLE PRESTAZIONI SANITARIE

*Lucia Busatta**

SOMMARIO: 1. *Introduzione. La salute nel diritto europeo.* 2. *Quando l'effettività del diritto alla salute transita attraverso i diritti procedurali.* 2.1. *La mobilità transfrontaliera dei pazienti quale canale di emersione del diritto ai rimedi effettivi per la garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie: il livello europeo.* 2.2. *(segue): il livello nazionale.* 2.3. *Spunti di diritto comparato.* 3. *Rimedi effettivi e diritto alla salute degli stranieri: il nodo dell'accessibilità.* 4. *Conclusioni: la via procedurale all'effettività e le insidie di un diritto non sempre accessibile.*

1. Introduzione. La salute nel diritto europeo

Negli ultimi anni, gli interventi delle istituzioni dell'Unione europea nel campo della salute si sono progressivamente ampliati. Pur non godendo di una competenza propria quanto all'organizzazione dei servizi sanitari o alla garanzia delle prestazioni riguardanti la tutela del diritto alla salute, gli interventi dell'UE hanno gradualmente permeato i diritti nazionali, anche nello specifico ambito dell'assistenza sanitaria e della protezione del diritto alla salute delle persone¹.

Dal punto di vista delle fonti, infatti, l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, pur riconoscendo il diritto di ogni persona ad accedere alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche, prevede che le condizioni per la garanzia di tale diritto siano stabilite a livello naziona-

* Collaboratrice di ricerca, Università degli Studi di Trento

¹ T. K. HERVEY, J. V. MCHALE, *European Union Health Law*, Cambridge, 2015, 30 ss.; S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 73 ss.; se si vuole anche L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, 205 ss.

le. A mente dell'articolo 168 TFUE, inoltre, «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana». In termini generali si può, quindi, osservare come, da un lato, l'Unione europea abbia sempre dimostrato – quantomeno formalmente – di rispettare la competenza degli Stati membri sull'organizzazione e gestione dei sistemi sanitari interni, mentre, dall'altro, sia comunque riuscita a incidere sugli ordinamenti nazionali, influenzando talvolta le modalità di garanzia in concreto del diritto alla salute².

Fra i diversi canali attraverso i quali il diritto europeo è riuscito ad orientare e, talvolta, anche a condizionare le soluzioni normative interne in materia di diritto alla salute, in generale, e di accesso alle prestazioni sanitarie, in particolare, si possono senz'altro menzionare le politiche europee in materia ambientale³, o gli atti adottati nell'ambito della libera circolazione delle merci, dei servizi e delle persone⁴.

Vi può essere, però, anche un altro modo di guardare al fenomeno, cambiando l'angolo visuale e spostandosi dall'osservazione dei singoli

² Per alcune riflessioni a riguardo cfr. N. LAZZERINI, *Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 2, 2019, 241 ss.

³ Per alcuni riferimenti circa l'intersezione tra politiche ambientali e per la salute dell'Unione europea, v. G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 118; S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, 10; S. PENASA, *La "salute in tutte le politiche": presupposti teorici e fondamento costituzionale. Il Trentino come laboratorio istituzionale*, in *Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 7 febbraio 2014; F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2017, 137 ss.

⁴ Con riguardo al rapporto tra diritto alla salute e libera circolazione si vedano, *inter multis*, T. K. HERVEY, J. V. MCHALE, *European Union Health Law*, cit., 34 ss.; M. DANI, *Costituzione e integrazione europea: dalle "limitazioni della sovranità" alla trasformazione del diritto costituzionale*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, 329 ss.; M. INGLESE, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2012, 109 ss.

ambiti di normazione, alle funzioni e agli strumenti utili a rendere concretamente operativo l'accesso ai diritti. Da questo punto di vista, prendere in esame, ad esempio, il rapporto tra il diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE)⁵ e gli strumenti per l'attuazione del diritto alla salute può rivelare un duplice profilo d'interesse.

Da un lato, considerare l'effettività rimediale come funzionale e strumentale alla salute può contribuire, nel rapporto verticale tra istituzioni pubbliche e persona, ad evidenziare i vuoti di tutela, così come i possibili divari nel livello di garanzia delle prestazioni sanitarie, al fine di colmare eventuali deficit di protezione o specifiche condizioni di disegualianza. Da un altro lato, e in una prospettiva più ampia, il legame tra salute e rimedi giurisdizionali serve, come si cercherà di evidenziare nelle pagine che seguono, a dimostrazione del fatto che, con riguardo alla tutela del diritto alla salute e alla garanzia di prestazioni, la mera regolamentazione della materia sanitaria non è di per sé sola sufficiente a garantire l'effettività della salute. Ciò risulta essere particolarmente evidente proprio in quest'ambito e si applica tanto nella dimensione di diritto meramente interno, quanto in una prospettiva sovranazionale. Al fine di verificare se il diritto alle prestazioni è reso effettivo, in altre parole, è necessario valutare se la posizione giuridica della persona dinanzi alle decisioni sui criteri, sui modi, sui tempi di accesso alle prestazioni e sull'allocazione delle risorse sanitarie sia effi-

⁵ A riguardo è necessario precisare che le riflessioni che saranno sviluppate nei paragrafi che seguono tengono in considerazione, necessariamente, l'ambito di applicazione dei diritti enunciati nella Carta (*ex art. 51* CDFUE). Ne segue che, anche a motivo delle (relativamente) limitate competenze di cui l'Unione gode in materia sanitaria (soprattutto per quanto attiene al principale *focus* della trattazione, ossia il diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie), si terranno in considerazione solamente gli ambiti nei quali il diritto alla salute – inteso nella sua dimensione di diritto sociale – interseca le competenze europee. A riguardo si veda P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2015, 23 ss. Circa i rapporti tra art. 51 e art. 47 della Carta, cfr. più recentemente anche A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers*, 4(2), 2019, 615 ss. Sul punto si tornerà, comunque, più diffusamente nel prosieguo.

cacemente presidiata da strumenti che consentono al singolo di porsi utilmente in contatto con il soggetto responsabile per tali scelte e di contestare eventuali determinazioni a lui sfavorevoli. Di certo, quest'ultimo dato è maggiormente evidente in ordinamenti che, come il nostro, hanno scelto di organizzare il complesso degli strumenti, delle strutture e del personale occupati nella tutela e promozione del diritto alla salute in un sistema sanitario di tipo universalistico. In questo senso, accanto – e in via preliminare – al principio del diritto ad un ricorso effettivo, si pone quello spettro di diritti rientranti nel principio della buona amministrazione.

Cionondimeno, anche negli Stati nei quali l'organizzazione è ispirata al modello mutualistico o a quello privatistico, l'inevitabile commistione tra diritti sociali e di libertà e tra obbligazioni più o meno cogenti in capo ai pubblici poteri impone che a presidio di posizioni giuridiche potenzialmente anche molto delicate sia posta la possibilità di avvalersi in modo efficace di ricorsi giurisdizionali o para-giurisdizionali a tutela dei propri diritti⁶.

Da questo punto di vista, il carattere statale delle competenze in materia sanitaria, come si è anticipato, potrebbe apparire un ostacolo all'apertura di una riflessione sulla capacità del diritto previsto dall'art. 47 CDFUE di incidere positivamente sull'effettività della garanzia del diritto alla salute. A riguardo, bisogna, tuttavia, ricordare come le stesse istituzioni dell'Unione abbiano da tempo riconosciuto e riconfermato che l'*access to justice* rappresenta un principio, pur previsto dalla Carta, ma appartenente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁷. Inoltre, le considerazioni già sinteticamente sviluppate in riferimento alla commistione tra diritto europeo e diritti nazionali nel

⁶ Sui rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e diritto alla salute cfr. 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, 282 ss.

⁷ Come da tempo affermato dalla Corte di giustizia, nella sentenza C-222/84, *Johnston*, 15 maggio 1986, par. 18. In argomento cfr. anche A. OSTI, *Teoria e prassi dell'access to justice*, Milano, 2016, 131 ss.; S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. PAULUSSEN ET AL. (a cura di), *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, The Hague, 2016, 145 ss.

campo della salute e la progressiva influenza che gli interventi euro-unitari hanno esercitato sulle scelte normative interne suggeriscono che sia possibile individuare alcune proficue aree di intersezione tra quanto previsto dall'art. 47 della Carta e il diritto alla salute⁸. In altri termini, anche se formalmente le competenze dell'Unione sono molto limitate in materia sanitaria, la forza pervasiva del diritto europeo ha dimostrato di saper influenzare progressivamente anche il diritto strettamente nazionale.

Lo scopo del presente contributo consiste nel dimostrare come il diritto ad un ricorso effettivo (e, in via preliminare, anche il principio di buona amministrazione, con le dovute distinzioni) possa concorrere ad influenzare in modo significativo le scelte di diritto meramente interno, nel campo della salute.

2. *Quando l'effettività del diritto alla salute transita attraverso i diritti procedurali*

Il fenomeno di cui si è dato conto sinora, ossia la progressiva interazione del diritto europeo con la dimensione nazionale, anche in ambiti che tradizionalmente sono riservati alla competenza statale, appare particolarmente evidente, come si è detto, nel campo sanitario. La dimensione prestazionale del diritto alla salute rappresenta, proprio per questo motivo, il principale *focus* della presente analisi, in cui il diritto alla salute sarà analizzato sotto il profilo del diritto del singolo alle prestazioni mediche, quale veicolo attraverso cui le istituzioni pubbliche contribuiscono alla realizzazione in concreto del diritto alla salute⁹.

⁸ La capacità dell'art. 47 della Carta di porsi in relazione con gli altri diritti e con altre aree di diritto, anche di carattere eminentemente privatistico è efficacemente messa in luce in F. CAFAGGI, S. LAW, *Judicial dialogue in European private law: introductory remarks*, in IID. (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017, 1 ss.; M. SAFJAN, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, in F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *op. cit.*, 51 ss.

⁹ Sulle diverse declinazioni del diritto alla salute, che può essere inteso sia come diritto di libertà sia come diritto sociale, sia consentito rinviare alle ampie riflessioni sviluppate in L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., in particolare 31 ss.

In particolare, con riguardo al diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie, pare che proprio la garanzia di rimedi effettivi possa essere considerata un importante veicolo attraverso cui il diritto europeo contribuisce al miglioramento dei quadri giuridici nazionali.

Prima di prendere più da vicino in esame il rapporto tra *access to justice* e diritto alle prestazioni, si rende necessaria una precisazione preliminare: dal punto di vista della tassonomia euro-unitaria, le prestazioni sanitarie sono considerate quali servizi ai sensi del Trattato¹⁰. Di conseguenza, alle questioni inerenti all'accesso alle prestazioni le istituzioni dell'Unione si sono sempre rapportate applicando gli schemi propri della garanzia delle libertà fondamentali, inclusi il divieto di restrizioni ingiustificate e le relative eccezioni¹¹.

Come ora vedremo, proprio prendendo in considerazione le restrizioni che taluni Stati membri, nel corso degli anni, avevano (o sembravano aver) apposto alla libera circolazione delle persone e dei servizi in campo sanitario, la Corte di giustizia ha spesso verificato se, oltre all'eventuale giustificabilità e proporzionalità di tali restrizioni, fossero stati previsti adeguati strumenti procedurali a favore del cittadino euro-

¹⁰ A partire dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso C-286/82, *Luisi e Carbone c. ministero del Tesoro*, 31 gennaio 1984, par. 16. A riguardo sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *DPCE online*, 3, 2015, 136.

¹¹ A riguardo, si vedano L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 210 e la giurisprudenza della Corte di giustizia citata. In argomento, la letteratura è ormai ricca. Senza pretese di completezza, cfr. D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018; G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità transfrontaliera in Italia*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2018, 277 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018; L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *federalismi.it*, 19, 2014; G. DI FEDERICO, *L'accesso alle cure mediche nell'Unione europea tra diritti fondamentali e sovranità nazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2013, 679; M. INGLESE, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2012, 109; G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in *RDSS: Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 3, 2012, 683; G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009.

peo che desiderasse avvalersi delle norme derivanti dal diritto dell'Unione per fruire di prestazioni sanitarie in uno Stato membro diverso da quello di residenza. In tal senso, la Corte ha rimarcato con costanza la necessità che gli Stati membri si adoperino nella garanzia di effettività tanto dei procedimenti organizzativi interni ai sistemi sanitari statali quanto dei rimedi giurisdizionali o para-giurisdizionali a disposizione dei pazienti che ricevono prestazioni sanitarie in un altro Stato membro.

2.1. La mobilità transfrontaliera dei pazienti quale canale di emersione del diritto ai rimedi effettivi per la garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie: il livello europeo

Per meglio comprendere le dinamiche di intersezione tra garanzia del diritto alla salute ed *access to justice*, si rende necessaria una sintetica contestualizzazione del fenomeno di cui si sta trattando e dell'approccio seguito dalle istituzioni dell'Unione per i pazienti europei e per la garanzia di un equilibrio interno dei sistemi sanitari statali.

Per mobilità transfrontaliera dei pazienti in Europa si intende la possibilità, per i cittadini europei, di accedere alle prestazioni sanitarie in un altro Stato membro, a determinate condizioni e a carico del sistema sanitario di affiliazione. Il fenomeno è andato acquisendo rilevanza (pur rimanendo relativamente ridotto in termini numerici) soprattutto tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, periodo nel quale si è affastellata una giurisprudenza piuttosto densa della Corte di Lussemburgo¹².

¹² Fra le pronunce più rilevanti in tema di mobilità transfrontaliera dei pazienti, cfr. *Raymond Kohll contro Union des caisses de maladie*, 28 aprile 1998, C-158/96; *Abdon Vanbraekel e altri contro Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, 12 luglio 2001, C-368/98; *B.S.M. Smits, coniugata Geraets, contro Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms contro Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 12 luglio 2001, C-157/99; *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-385/99; *Eredi di Annette Keller contro Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, 12 aprile 2005, C-145/03; *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, 16 maggio 2006, C-372/04; *Aikaterini Stamatelaki*

La possibilità di ottenere cure mediche in uno Stato membro diverso da quello di residenza era prevista da tempo nel diritto europeo. In particolare, il regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale¹³, oltre a garantire il diritto dei cittadini europei e dei loro familiari che si recano all'estero per motivi di lavoro, a godere delle provvidenze sociali dello Stato membro ospitante, prevede anche una norma in base alla quale una persona possa essere autorizzata dal sistema sanitario di propria affiliazione a ricevere cure adeguate al suo stato di salute in un altro Stato membro. Le condizioni per tale autorizzazione includono un criterio di reciprocità (ossia che si tratti di una prestazione già inclusa fra quelle garantite dal sistema sanitario di appartenenza) e l'impossibilità, per le autorità dello Stato membro di residenza, di garantire tali cure entro un lasso di tempo accettabile¹⁴. Nel caso in cui l'autorizzazione sia concessa, il servizio sanitario di destinazione garantisce i trattamenti medici «per conto» del sistema sanitario di affiliazione e senza discriminazioni tra il paziente «straniero» e gli altri utenti. Dal punto di vista economico, il costo di tali prestazioni viene corrisposto direttamente dalle autorità sanitarie dello Stato di residenza, senza oneri aggiuntivi, ossia come se il paziente ricevesse le cure direttamente da parte del proprio servizio sanitario¹⁵.

Nel corso degli anni, come si è detto, una serie di controversie interne relative al diniego di autorizzazione a fruire di cure mediche all'estero opposte da alcuni sistemi sanitari nazionali a pazienti che ne avevano fatto richiesta e il successivo rifiuto di rimborsare le spese sostenute, hanno generato una non trascurabile serie di pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo hanno, così, progressi-

c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleutheron Epagelmaton (OAEE), 19 aprile 2007, C-444/05; *Commissione europea v. Regno di Spagna*, 15 giugno 2010, C-211/08; *Elchivov*, 5 ottobre 2010 C-173/09, in Racc. 2010 I-08889; *Petru*, C. giust. UE, 9 ottobre 2014, C-268/13.

¹³ Si tratta del Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, oggi sostituito dal Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

¹⁴ Si veda l'art. 20 del Reg. n. 833 del 2004.

¹⁵ Tale sistema è illustrato anche in G. BOGGERO, *op. cit.*, 380-381.

vamente forgiato un sistema di garanzie (soprattutto di carattere procedurale) per i pazienti che ricevono prestazioni sanitarie all'estero, i cui costi sono imputabili ai sistemi sanitari di affiliazione¹⁶.

Le motivazioni della Corte sono sempre state incentrate sulla realizzazione della libera circolazione dei servizi (nei quali, come si è detto, vanno annoverate anche le prestazioni sanitarie) e i principi via via affermati hanno progressivamente assunto un peso tale da suggerire alle istituzioni euro-unitarie di adottare una direttiva nella quale consolidare l'esito di tale filone giurisprudenziale. La direttiva 2011/24/UE, approvata dopo un lungo periodo di discussione, si occupa dei diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera e prevede che – laddove non possano trovare applicazione le norme del regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale – i pazienti abbiano diritto, a fronte del soddisfacimento di una serie di condizioni, di ottenere dal proprio sistema sanitario di iscrizione il rimborso delle spese sostenute per le cure mediche ricevute in un altro Stato membro¹⁷.

Da questo punto di vista, la direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera rappresenta un esempio significativo di incrocio tra differenti canali di intervento dell'Unione e competenze nazionali. Da un lato, a livello euro-unitario, le basi giuridiche della direttiva sono rappresentate dall'art. 114 TFUE (funzionamento del mercato interno) e dall'art. 168 TFUE (promozione di un alto livello di tutela della salute in tutte le politiche dell'Unione). Dall'altro lato, come si è già rammen-

¹⁶ In argomento, oltre alla letteratura già citata, cfr. G. DAVIES, *The Community's internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences*, in *Maastricht J. of Eur. and Comp. Law*, 3, 2007, 215; M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht J. of Eur. and Comp. Law*, 3, 2007, 239; S.L. GREER, T. SOKOL, *Rules for Rights: European Law, Health Care and Social Citizenship*, in *Eur. Law J.*, 1, 2014, 66; R. BAETEN, *Cross-border patient mobility in the European Union: in search of benefits from the new legal framework*, in *Journal of Health Services Research & Policy*, 4, 2014, 195; C.M. RIEDER, *Cross-border Movement of Patients in the EU: A Re-Appraisal*, in *European Journal of Health Law*, 24, 2017, 1.

¹⁷ S. DE LA ROSA, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 15; G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione Europea*, cit., 693.

tato, i sistemi sanitari sono considerati un elemento centrale ai fini del raggiungimento degli elevati livelli di protezione dei diritti garantiti dagli Stati membri dell'Unione. A riguardo, inoltre, la competenza statale nell'organizzazione dei sistemi sanitari si estrinseca anche nella diversità di modelli e di approcci alla gestione dei servizi per la salute in ciascun ordinamento. I sistemi sanitari degli Stati membri differiscono, infatti, profondamente quanto a criteri individuali di accesso alle prestazioni mediche, condizioni di finanziamento o di rimborso delle spese sanitarie, modalità di garanzia dei trattamenti, ecc. In alcuni casi, inoltre, la struttura federale o regionale dello Stato può incidere anche sull'organizzazione interna dei servizi per la salute, tanto che questi si possono differenziare, soprattutto per le modalità organizzative, anche all'interno dei singoli Stati.

In questo articolato contesto, l'elemento che emerge tanto dalla saga giurisprudenziale di cui si è dato brevemente conto, quanto dal testo della direttiva concerne il dato per cui il diritto a fruire di cure all'estero a spese del sistema sanitario di affiliazione viene reso effettivo per mezzo di una serie di presidi di natura procedurale e organizzativa¹⁸.

In altre parole, la Corte, prima, e la direttiva, poi, non si limitano ad affermare l'esistenza del mero diritto a ottenere prestazioni sanitarie all'estero – che deriva direttamente dalle libertà sancite nei Trattati –, ma intendono assicurare che il relativo costo sia sostenuto (a fronte del soddisfacimento di specifiche condizioni) dal sistema sanitario di partenza e ne garantiscono il concreto funzionamento attraverso una serie di requisiti. Questi ultimi spaziano dalla definizione dei limiti e dei presupposti per autorizzare il paziente a recarsi all'estero per ottenere un trattamento garantito dal sistema sanitario di iscrizione, alla necessità di assicurare allo stesso un procedimento chiaro, trasparente e non discriminatorio. Nel novero dei diritti procedurali che la Corte di giustizia e

¹⁸ A questo riguardo, cfr. *inter multis*, L. BUSATTA, T.K. HERVEY, *Cross-border Healthcare and the 'Social Market Economy'*, in D. FERRI, F. CORTESE (a cura di), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, London, 2019, 197; L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 224; G. BOGGERO, *op. cit.* Sui profili procedurali e amministrativistici, soprattutto di diritto interno, cfr. N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 2016, 489.

la direttiva hanno riconosciuto ai pazienti che fruiscono di prestazioni sanitarie transfrontaliere è compreso anche il diritto a poter impugnare un eventuale diniego di autorizzazione nell'ambito di un ricorso giurisdizionale¹⁹.

A tale riguardo, è interessante osservare che, secondo la Corte di giustizia, affinché questo diritto sia effettivo, gli Stati membri devono fare in modo di garantire che i dinieghi di autorizzazione, emessi dalle amministrazioni sanitarie (o dalle istituzioni a tal fine preposte all'interno dei singoli sistemi sanitari) siano debitamente motivati e indichino le disposizioni e gli elementi di diritto su cui si fonda la decisione. Inoltre, le autorità giurisdizionali competenti sui ricorsi «devono potersi avvalere, se lo ritengono necessario per l'esercizio del controllo loro spettante, del parere di esperti indipendenti che presentino tutte le garanzie di obiettività ed imparzialità»²⁰.

Si può quindi evidenziare come l'eventuale mancanza di tali requisiti costituisca non solo una violazione dei profili sostanziali del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie transfrontaliere, ma configuri anche – in termini più ampi – una possibile violazione del principio di buona amministrazione²¹ e di quanto previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in punto di effettività dell'accesso alla giustizia.

¹⁹ Si tratta di quanto è stato rilevato dalla Corte stessa nella giurisprudenza citata. Per tutti, cfr. C. giust. UE, *Watts*, 16 maggio 2006, C-372/04, par. 116 ss., ove si richiamano anche i precedenti più significativi.

²⁰ Si vedano, ad esempio, C. giust. UE, sent. C-372/04, *Watts*, cit., par. 117; C. giust. UE C-56/01, *Inizan*, cit., par. 49.

²¹ A riguardo, bisogna precisare, in termini generali che il principio di buona amministrazione, sancito all'art. 41 CDFUE, inteso quale principio generale derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, si applica a questi quando operano nell'ambito del diritto dell'Unione (come in questo caso). La questione, pur in ambito differente, è stata chiarita dalla Corte di giustizia nel caso, *H.N.*, 8 maggio 2014, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302, par. 49-50. Sul punto si veda, principalmente in materia di immigrazione, F. CAFAGGI (coord.), *Re-Jus CaseBook. Effective Justice in Asylum and Immigration*, 31 ottobre 2018, https://www.rejus.eu/sites/default/files/con_tent/materials/rejus_casebook_effective_justice_in_asylum_and_immigration.pdf (in particolare 62 ss.).

2.2. (segue): il livello nazionale

Una volta tratteggiato il quadro giurisprudenziale e normativo europeo di riferimento, è possibile prendere in esame il livello interno, anche alla luce delle diverse modalità di recepimento della direttiva che gli Stati membri hanno posto in essere.

I principi progressivamente elaborati dalla Corte di giustizia sono stati positivizzati nella direttiva 2011/24/UE attraverso la previsione di un sistema di previa autorizzazione²². Basato su una procedura amministrativa fondata su criteri obiettivi, non discriminatori e facilmente accessibili ai potenziali pazienti, lo schema autorizzatorio dovrebbe essere riservato, nelle legislazioni nazionali, alle prestazioni sanitarie maggiormente costose o rischiose. Essendo funzionale alla fruizione di prestazioni sanitarie in un altro Stato membro e al relativo rimborso dei costi, tale procedura deve concludersi con una decisione motivata, eventualmente impugnabile dall'interessato dinanzi ad un'autorità giurisdizionale (art. 9 della direttiva).

Nel nostro ordinamento, tale direttiva è stata recepita con d.lgs. n. 38/2014, il cui art. 10 indica la procedura amministrativa applicabile alle autorizzazioni preliminari alla fruizione di prestazioni sanitarie transfrontaliere o ad eventuali rimborsi. Per quanto qui di interesse, tale articolo prevede che di regola il procedimento debba chiudersi entro 30 giorni dalla richiesta presentata dal paziente, con un provvedimento di concessione (che indichi pure l'importo ammesso al rimborso) oppure con un diniego, entrambi motivati²³.

Oltre agli ordinari mezzi (amministrativi e giurisdizionali) di impugnazione, il decreto legislativo introduce anche un ulteriore canale attraverso il quale il paziente può chiedere il riesame all'amministrazione sanitaria di un eventuale diniego. In base a quanto previsto dall'art. 10,

²² Tale sistema dovrebbe rappresentare, comunque, un meccanismo residuale rispetto alla regola generale fondata sulla libera circolazione dei pazienti e disciplinata dall'art. 20 del Regolamento 883/2004, come espresso anche nella direttiva stessa (cfr. in particolare il *Considerando* n. 28).

²³ Sul punto si veda la ricostruzione in chiave critica del procedimento amministrativo per la previa autorizzazione e delle sue possibili implicazioni in N. POSTERARO, *op. cit.*

co. 9, del d.lgs. n. 38/2014, quindi, il paziente può proporre istanza al direttore generale dell'azienda sanitaria competente, che si esprime entro 15 giorni.

L'introduzione di tale tipologia di rimedio giustiziale, la possibilità di avversi degli ordinari mezzi di impugnazione amministrativa e il carattere comunque residuale di questo sistema di accesso alle cure oltre i confini statali rappresentano fattori che riducono significativamente il contenzioso giurisdizionale. In aggiunta, va anche segnalato il fatto che, in base al sistema introdotto dalla direttiva europea, la questione giuridica eventualmente oggetto di giudizio riguarda la possibilità di ottenere il rimborso per cure mediche di cui si è già beneficiato in un altro Stato membro dell'Unione europea, oppure l'illegittimità del diniego opposto dalla struttura sanitaria di iscrizione alla richiesta di autorizzazione a fruire di trattamenti sanitari transfrontalieri a spese del servizio sanitario di affiliazione. Le procedure introdotte dalla direttiva europea e recepite nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 38 del 2014 non mettono in discussione, quantomeno in astratto, la libertà di circolazione nello spazio dell'Unione per il cittadino UE, che può comunque accedere, a proprie spese, a trattamenti medici in altri Stati membri²⁴.

A riguardo, è utile evidenziare anche il fatto che, tra gli obiettivi della direttiva, fosse espressamente menzionata la necessità di portare maggiore chiarezza in tale specifico ambito del diritto dell'Unione, sia a causa dell'accresciuta rilevanza sociale del fenomeno della mobilità sanitaria transfrontaliera, sia per effetto della stratificazione di interpretazioni giurisprudenziali²⁵.

Trascorsi oltre cinque anni dal recepimento della direttiva nel nostro ordinamento, è quindi possibile sviluppare un primo bilancio circa il raggiungimento degli obiettivi tracciati dal testo normativo dell'Unione, tanto nel diritto interno quanto a livello europeo.

Dal punto di vista del contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia UE, si possono considerare essenzialmente raggiunti gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, dal momento che l'articolata saga giurisprudenziale, che aveva suggerito la necessità di un intervento normativo chiarificatore,

²⁴ Di conseguenza, la giurisdizione sugli eventuali provvedimenti di diniego spetta al giudice amministrativo, come argomenta anche N. POSTERARO, *op. cit.*, 519.

²⁵ Si veda, ad esempio il *Considerando* n. 8 della Direttiva *de qua*.

ha subito una indicativa battuta d'arresto. Recentemente è stata decisa una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione di una norma della direttiva, concernente il mutuo riconoscimento di prescrizioni mediche²⁶, ma va sicuramente segnalato il fatto che dal 2014 non vi sono state altre pronunce significative relative all'interpretazione dei diritti connessi all'assistenza sanitaria transfrontaliera²⁷.

Diversamente, ciò che pare aprire prospettive più interessanti, anche in termini di effettività dell'accesso alla giustizia, risulta la dimensione nazionale.

A riguardo, e proprio nella prospettiva dell'interpretazione del diritto europeo e delle relative norme di recepimento a livello interno, suscita interesse una sentenza del Consiglio di Stato del 2018²⁸. Il caso concerneva il diniego di autorizzazione a fruire della procreazione medicalmente assistita all'estero e a ricevere *ex post* il rimborso delle spese sostenute.

Per quanto di maggiore interesse in questa sede, preme evidenziare come il collegio abbia, anzi tutto, colto l'occasione per pronunciarsi in modo definitivo circa la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie attinenti ai dinieghi di autorizzazione adottati secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 38/2014. Riprendendo in ampia parte le motivazioni del noto pronunciamento con

²⁶ C. giust. UE, *VIPA*, 18 settembre 2019, C-222/18, ECLI:EU:C:2019:751.

²⁷ Tale riduzione del contenzioso potrebbe essere dovuta all'introduzione, per mezzo della direttiva, dei diritti procedurali. Sul punto cfr. L. BUSATTA, T.K. HERVEY, *Cross-border Healthcare and the 'Social Market Economy'*, cit., 208. Va, peraltro, segnalato che è attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia la decisione su una questione pregiudiziale proveniente dalla Lettonia e avente ad oggetto il rimborso per spese mediche sostenute da un cittadino lettone, testimone di Geova, in Polonia. Il caso presenta profili che rendono la futura decisione particolarmente interessante per l'intersezione tra fattore religioso e assistenza sanitaria. Il sistema sanitario lettone, diversamente da quello polacco, non poteva assicurare l'intervento chirurgico necessario per il paziente senza una trasfusione di sangue che, però, la persona, a motivo della propria fede religiosa, rifiutava. La Corte sarà chiamata a decidere se il diritto al rimborso di spese sanitarie sostenute all'estero si possa spingere anche a coprire casi come questo. *Veselibas ministrija*, C-243/19 conclusioni dell'Avvocato generale del 30 aprile 2020, ECLI:EU:C:2020:325.

²⁸ Cons. St., sez. III, sent. n. 5861/2018, pubblicata l'11 ottobre 2018.

cui i giudici amministrativi ritennero illegittimo il provvedimento con cui la Regione Lombardia negava la possibilità di accesso ad una struttura sanitaria regionale per ottenere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale per Eluana Englaro²⁹, il Collegio ricorda che «la situazione del privato che 'dialoga' col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo»³⁰. Ad essere caratterizzante in questo senso è l'esercizio, da parte dell'amministrazione, di un potere autoritativo all'esito di un procedimento iniziato su istanza di parte³¹.

La sentenza, inoltre, pone in evidenza alcuni importanti principi relativi all'onere motivazionale ricadente in capo all'amministrazione sanitaria che si pronuncia sulla richiesta di autorizzazione presentata dal paziente (par. 6.2). In particolare, ad avviso del giudice amministrativo, il sistema di autorizzazione preventiva previsto dalla direttiva e recepito dall'art. 8 del d.lgs. n. 38 del 2014 è eccezionale e derogatorio rispetto alla regola generale della libera circolazione del cittadino europeo. Di conseguenza, i dinieghi da parte dell'amministrazione sanitaria di iscrizione devono essere debitamente motivati; tale onere motivazionale, a mente dell'art. 8 stesso, comprende altresì l'indicazione della possibilità di avvalersi del trattamento richiesto nel circuito interno della sanità pubblica, anche se in altra Regione. In aggiunta, sottolinea il Consiglio di Stato, è necessario specificare anche se tale trattamento possa essere prestato «entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico», indicando la relativa struttura e il tempo d'attesa³².

La pronuncia citata suscita interesse non solo poiché rappresenta uno dei più pregnanti arresti giurisprudenziali inerenti alla nuova disciplina, ma anche perché riprende – adattandolo al quadro normativo in-

²⁹ Cons. St., sez. III, sent. n. 4460/2014. Come si ricorderà, il distacco era stato autorizzato dalla Corte d'Appello di Milano (decreto 9.7.2008) nel giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione (sent. 21748/2007).

³⁰ Cons. St., sent. n. 936/2018, par.5.2.vii.

³¹ La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sullo scrutinio di questo genere di provvedimenti, peraltro, era già stata confermata dal Consiglio di Stato nelle precedenti sentenze n. 1320 del 17 marzo 2014 e n. 19 del 17 gennaio 2014, concernenti il diniego di autorizzazione a fruire di cure all'estero (cfr. punto 5.3 della sentenza).

³² Si veda il par. 6 della sentenza.

terno – un principio sul quale era già intervenuta la stessa Corte di giustizia, pur pronunciandosi su un caso rispetto al quale il sistema introdotto dalla direttiva non trovava (ancora) applicazione³³.

2.3. *Spunti di diritto comparato*

L'esame degli strumenti adottati a livello interno per il recepimento di un atto normativo dell'Unione europea offre l'opportunità di verificare, tramite il metodo comparatistico, la tenuta delle soluzioni osservate rispetto a quelle similari elaborate in altri Stati membri. La peculiarità dell'oggetto di indagine consente, altresì, di verificare il grado di "resistenza" o di permeabilità al diritto euro-unitario di alcuni ordinamenti nazionali, accomunati – come nel caso che si vedrà ora – dalla medesima tradizione giuridica.

L'ordinamento europeo verso il quale la comparazione risulta, in questa disciplina, particolarmente efficace è quello spagnolo. Spagna e Italia, oltre ad essere accomunate dalla medesima tradizione giuridica e a condividere una forte caratterizzazione costituzionale verso i diritti sociali, presentano anche alcuni ulteriori fattori di analogia rilevanti per il *case study* che si sta qui affrontando. In particolare, si può rammentare come anche l'ordinamento iberico abbia scelto di organizzare la sanità per mezzo di un servizio di carattere pubblicistico, basato sul principio universalista e finanziato attraverso la fiscalità generale. Inoltre, il regionalismo differenziato che connota entrambi gli ordinamenti imprime alla gestione del sistema sanitario caratteristiche molto simili: in entrambi i Paesi, infatti, l'organizzazione e la gestione dei servizi sanitari spetta alle Regioni che – soprattutto in Spagna – hanno margini tal-

³³ C-268/13, *Petru*, 9 ottobre 2014. In commento alla sentenza cfr. M. FRISCHHUT, R. LEVAGGI, *Patient mobility in the context of austerity and an enlarged EU: the European Court of Justice's ruling in the Petru case*, in *Health Policy*, 119, 2015, 1293; M. CAPPELLETTI, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di giustizia*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 175.

volta anche significativi per connotare in senso territoriale l'offerta di servizi e prestazioni mediche³⁴.

A fronte di questo terreno comune, l'elemento comparatistico su cui si desidera qui riflettere concerne il grado di recepimento dei principi di carattere generale che transitano attraverso il diritto alla mobilità transfrontaliera dei pazienti. Fra questi, appare interessante osservare quanto attiene al riconoscimento, anche in questo specifico ambito, di un diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo per i pazienti che ricevono assistenza sanitaria in un altro Stato membro.

A tal proposito, uno studio comparato tra Spagna e Danimarca si è proposto di indagare il grado di permeabilità giurisdizionale del diritto europeo da parte degli organi giudicanti dei due Paesi, con specifico riguardo all'assistenza sanitaria³⁵. Un profilo particolarmente interessante ai fini delle riflessioni che si stanno qui sviluppando concerne le modalità di recepimento degli strumenti che il diritto europeo prevede come funzionali alla realizzazione del diritto alla mobilità transfrontaliera dei pazienti nell'UE. Questi – come abbiamo visto – possono essere individuati nei c.d. diritti procedurali introdotti a presidio della mobilità sanitaria, che si concretizzano, da un lato, nel rigore del procedimento di valutazione delle prelieve autorizzazioni e dei relativi rimborsi e, dall'altro lato, nel diritto ad un rimedio effettivo in caso di diniego³⁶.

³⁴ Sul regionalismo della sanità in Spagna cfr. *inter multis*, S. GARCÍA-ARRESTO, M.B. ABADÍA-TAIRA, A. DURÁ, C. HERNÁNDEZ-QUEVEDO, E. BERNAL-DELGADO, *Spain: Health system review*, in *Health Systems in Transition*, 4, 2010, 1-295, xix-xx; J.M. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada, 2005; J.J. RUIZ RUIZ, *El derecho a la salud en la actual crisis económica: los límites constitucionales a los recortes de prestaciones sanitarias y las exigencias de sostenibilidad del gasto social*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 707; N.M. GARRIDO CUENCA, *La igualdad y cohesión del sistema nacional de salud. La protección de la salud en el modelo autonómico*, in AA. Vv., *Tratado de derecho sanitario*, Vol. I, Cizur Menor, 2013, 103 ss.

³⁵ D.S. MARTINSEN, J.A. MAYORAL DÍAZ ASENSIO, *A Judicialisation of Healthcare Policies in Denmark and Spain? The Universalist Healthcare Model meets the European Union*, in *Comparative European Politics*, 3, 2017, 414 ss.

³⁶ Sui diritti procedurali sia consentito rinviare ancora a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 224 ss. e letteratura ivi citata.

Mentre, come si è visto, il nostro ordinamento ha inserito una nuova tipologia di ricorso amministrativo, consistente nella possibilità di impugnare un eventuale diniego dinanzi al direttore generale dell'azienda sanitaria competente, per rendere maggiormente effettivi i diritti dei pazienti, la Spagna ha scelto una strada differente. Pur avendo recepito formalmente ciascuna parte della direttiva, il legislatore iberico si è limitato ad operare richiami e rinvii (peraltro di carattere generale e non alle singole norme) alla legge sul procedimento amministrativo³⁷. Ne segue che non solo non vengono introdotti nuovi rimedi giurisdizionali (o para-giurisdizionali) nell'ordinamento, ma che nemmeno la struttura del procedimento amministrativo viene adeguata alle peculiarità del diritto europeo³⁸.

Un esempio giurisprudenziale appare utile a suffragare queste riflessioni. In una sentenza del 2018, il Tribunal Superior de Justicia prende in esame la richiesta di rimborso di spese mediche sostenute all'estero da parte di una studentessa durante il periodo di Erasmus³⁹. Nonostante il caso riguardasse tangenzialmente la sanità transfrontaliera (la studentessa, infatti, aveva avuto bisogno di cure mentre si trovava all'estero, ma l'assistenza sanitaria non costituiva il motivo principale del suo viaggio), la decisione risulta interessante, proprio sotto il profilo della garanzia dell'*access to justice* in chiave europea: la Corte – pur confermando la legittimità del diniego di rimborso – si limita a segnalare il mancato rispetto delle norme sul procedimento amministrativo. La

³⁷ D.S. MARTINSEN, J.A. MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, *op. cit.*, 428.

³⁸ L'atto normativo spagnolo di recepimento della direttiva sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti è il Real Decreto n. 81/2014. Gli articoli 14 e 16 sono dedicati, rispettivamente, ai requisiti minimi del procedimento di rimborso e di previa autorizzazione e, salvo ripetere i profili sostanziali già previsti dalla direttiva, in riferimento agli aspetti di dettaglio del procedimento e agli strumenti di ricorso si limitano a rinviare alla legge generale sul procedimento amministrativo, legge n. 30 del 1992. In argomento v. M.T. REQUEJO, *Cross-border Healthcare in Spain and the Implementation of the Directive 2011/24/eu on the Application of Patient's Rights in Cross-border Healthcare*, in *European Journal of Health Law*, 1, 2014, 79; A. ROMANO, *Estudio comparado sobre la transposición de la Directiva en materia de asistencia sanitaria transfronteriza*, in *Derecho y Salud*, 26, 2016, 322.

³⁹ Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, sent. n. 405/2018, ECLI: ES:TSJM:2018:6162.

struttura sanitaria avrebbe, infatti, dovuto informare la ricorrente della possibilità di applicare le norme sulla sanità transfrontaliera e sollecitarla, quindi, a formulare la propria istanza sulla base di tale normativa, soprattutto alla luce del fatto che la donna era ancora entro il termine di tre mesi previsto dalla legge per presentare siffatta richiesta⁴⁰.

Alla luce delle considerazioni sinora espresse e degli esempi prospettati, si può, anzi tutto, confermare il dato per cui la mobilità transfrontaliera dei pazienti rappresenta un *case study* molto efficace per l'indagine circa la reazione delle giurisdizioni interne ai principi di carattere generale derivanti dal diritto dell'Unione.

Il diritto a un ricorso effettivo, in questo caso, si qualifica quale presidio di carattere procedurale – e in questi termini funzionale – alla garanzia di effettività di un ambito molto specifico del diritto alla salute, nel quale le istituzioni dell'Unione possono esercitare le proprie competenze. Pur in assenza di un richiamo esplicito agli artt. 41 e 47 CDFUE, quanto preso in esame evidenzia in modo piuttosto efficace i margini a disposizione delle istituzioni euro-unitarie per garantire, nel campo della tutela del diritto alla salute, una piena attuazione del principio di effettività nell'accesso alla giustizia e le relative “reazioni” da parte delle giurisdizioni nazionali.

3. Rimedi effettivi e diritto alla salute degli stranieri: il nodo dell'accessibilità

Se l'angolo visuale offerto dalla sanità transfrontaliera pone in evidenza alcune peculiarità del rapporto tra effettività dei diritti nel diritto europeo ed accesso alla giustizia, un altro ambito specifico attinente alla tutela della salute consente di prendere in esame alcune criticità.

Nonostante, come abbiamo visto, sia riservata agli Stati membri la decisione sull'organizzazione interna della propria sanità, sulla garanzia delle prestazioni e sull'individuazione dei destinatari, la frequente intersezione della materia sanitaria con ambiti di competenza dell'Unione finisce per creare spesso interessanti commistioni. In questo quadro, la

⁴⁰ Cfr. Trib. Sup. de Justicia, sent. 405/2018, Cuarto Fundamento de Derecho.

garanzia del diritto alle cure per gli stranieri risente, in parte, del fenomeno di cui si è dato conto, poiché l'ambito delle migrazioni è progressivamente interessato dall'intervento delle istituzioni europee⁴¹.

Tralasciando una puntuale ricostruzione delle numerose sfaccettature che l'intersezione tra *access to justice* e condizione giuridica dello straniero possono offrire⁴², ciò che maggiormente interessa in questa sede concerne, ancora una volta, la strumentalità della garanzia di un ricorso effettivo per la realizzazione di un diritto costituzionale. Talvolta, infatti, è solamente attraverso il rimedio giurisdizionale che situazioni di particolare fragilità (quale quella in cui versa uno straniero bisognoso di assistenza sanitaria) possono ottenere la dovuta considerazione. Altre volte, come ora si vedrà, la categorizzazione che le norme di diritto europeo hanno necessariamente impresso al fenomeno migratorio per dare ad esso un ordine, può avere il risultato di creare alcune (o apparenti) lacune nella tutela dei diritti, soprattutto nel caso in cui le scelte del legislatore nazionale si dimostrino troppo rigide.

Alcuni esempi possono aiutare a meglio focalizzare le diverse traiettorie cui si sta facendo cenno.

L'intersezione tra diritto alla salute ed effettività giurisdizionale, nel diritto euro-unitario, è agevolmente dimostrata da due casi decisi nella medesima data dalla Corte di giustizia.

Con la sentenza *M'Bodj*, resa nel dicembre 2014, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che non rientra tra i requisiti per il riconoscimento della protezione sussidiaria (come definiti dall'art. 15 della c.d. Direttiva Qualifiche)⁴³ il rischio di deterioramento dello stato di salute di un cittadino di un Paese terzo, a meno che ciò non derivi da una privazione di

⁴¹ In argomento v. D. STRAZZARI, *Access to Justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2018, 157 ss., ID., *Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di Giustizia*, presente in questo volume.

⁴² Su cui cfr. D. STRAZZARI, *op. cit.*

⁴³ Ci si riferisce alla Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in seguito rifiuta nella Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011.

assistenza sanitaria inflittagli intenzionalmente⁴⁴. Ne segue che uno Stato membro non è tenuto al riconoscimento della protezione sussidiaria e della correlata assistenza sanitaria allo straniero, «qualora non esista alcuna terapia adeguata nel paese d'origine» (par. 47).

Tuttavia, in pari data, la Corte pubblicava una decisione su tematiche analoghe, nella quale la fragile situazione clinica del ricorrente viene combinata con il diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 47 CDFUE*. Nel caso *Abdida*⁴⁵, i giudici di Lussemburgo fornivano alla c.d. Direttiva Rimpatri un'interpretazione decisamente garantista, affermando che gli Stati membri devono assicurare

un ricorso con effetto sospensivo contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino interessato di paese terzo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute⁴⁶.

Ne consegue che lo Stato membro è tenuto a prendere in carico, nelle more della decisione giurisdizionale, le necessità primarie dello straniero gravemente malato (par. 59), pur non essendo in principio tenuto (in base a quanto deciso nel caso *M'Bodj*) a riconoscergli, poi, la protezione sussidiaria. Ciò non esclude, comunque, che allo straniero possa essere garantita, in base alle norme di diritto interno, la possibilità di rimanere nel territorio dello Stato ospitante per fruire di cure mediche, con un titolo di soggiorno differente.

Ancora, più recentemente, in un caso deciso nel 2017 e avente ad oggetto la richiesta di una cittadina di paese terzo richiedente protezione internazionale di non essere trasferita dalla Slovenia alla Croazia a motivo della gravità del proprio stato di salute e delle carenze sistemiche della procedura di asilo e delle condizioni accoglienza nello Stato membro competente a decidere la domanda⁴⁷, la Corte di giustizia ha

⁴⁴ C. giust. UE, *M'Bodj*, 18 dicembre 2014, C-542/13, ECLI:EU:C:2014:2452, par. 31.

⁴⁵ C. giust. UE, *Abdida*, 18 dicembre 2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

⁴⁶ *Abdida*, C-562/13, par. 53.

⁴⁷ C. giust. UE, sent. *PPU - C. K. e a.*, 16 febbraio 2017, C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127. Il caso riguardava una cittadina siriana e un cittadino egiziano che, dopo aver trascorso un breve periodo di Croazia, erano stati ammessi in un centro per richiedenti

avuto modo di indicare le valutazioni che le autorità interessate devono compiere di fronte a tali istanze. In particolare, secondo i giudici, qualora, nell'ambito del ricorso effettivo garantito dal diritto europeo⁴⁸, un richiedente asilo produca

elementi oggettivi [...] idonei a dimostrare la gravità particolare del suo stato di salute e le conseguenze significative e irrimediabili che potrebbe comportare un trasferimento nei suoi confronti, le autorità dello Stato membro interessato, ivi compresi gli organi giurisdizionali, non potranno ignorare tali elementi⁴⁹.

In questi casi, infatti, le circostanze oggettive che il richiedente asilo porta all'attenzione delle autorità (anche giurisdizionali) statali devono essere valutate adeguatamente, soprattutto con riguardo alle eventuali conseguenze del trasferimento. L'esecuzione della decisione potrebbe, infatti, determinare un trattamento inumano e degradante nei confronti dello straniero (*ex art. 4 CDFUE*); si infrangerebbe così un divieto al quale la Corte stessa attribuisce «carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta»⁵⁰. Il punto di maggiore interesse ai fini della presente trattazione riguarda, ancora una volta, la relazione tra la garanzia del diritto

asilo della Slovenia ed avevano entrambi presentato in quest'ultimo Stato membro una domanda di asilo, rifiutata dalle autorità slovene in applicazione del Regolamento c.d. Dublino III. La donna, incinta al momento dell'ingresso in Slovenia, aveva portato a termine la gravidanza e partorito; la procedura per il trasferimento veniva quindi seguita solo dopo la nascita del minore. A seguito delle condizioni della gravidanza e di alcune complicazioni psichiatriche seguite alla nascita del figlio, tuttavia, la signora lamentava che le strutture di accoglienza croate non avrebbero potuto garantire un livello adeguato di assistenza a lei e al neonato. Veniva quindi impugnata la decisione delle autorità slovene sul trasferimento e l'autorità giurisdizionale investita della decisione sottoponeva una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁴⁸ Si tratta dell'articolo 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (GU 2013, L 180, p. 31), c.d. Regolamento Dublino III.

⁴⁹ C-578/16, cit., par. 75.

⁵⁰ C-578/16, cit., par. 59.

alla salute dello straniero e l'effettività rimediale. Il diritto al ricorso effettivo racchiude in sé anche la garanzia che le autorità giurisdizionali adite prendano in adeguata considerazione gli elementi oggettivi portati in giudizio dal ricorrente e, qualora ritengano che essi non soddisfino i requisiti previsti dal diritto europeo, deve adottare le precauzioni necessarie affinché il trasferimento del richiedente asilo nello Stato membro competente a decidere la sua domanda sia effettuato in condizioni tali da tutelare la salute della persona⁵¹.

Quanto affermato nei casi qui menzionati rappresenta il precipitato, da un lato, della necessità di definire in termini chiari e inequivocabili quali siano i requisiti per soddisfare le condizioni per la protezione internazionale come prevista dal diritto euro-unitario e, dall'altro, dell'esigenza di garantire, anche in un campo del diritto in continua evoluzione come quello dell'immigrazione, l'applicazione effettiva dei diritti della Carta⁵².

A fronte di tale contesto, ci si può, quindi, chiedere quali possano essere le reazioni della giurisdizione interna e come essa possa efficacemente utilizzare i principi espressi dalla Corte di Lussemburgo.

Nel Regno Unito, ad esempio, una legislazione piuttosto rigida in materia di garanzia delle prestazioni sanitarie agli stranieri e la necessi-

⁵¹ C-578/16, cit., par. 96: «[...] spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici, eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato adottando le precauzioni necessarie affinché il suo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute di tale persona. Nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a garantire che il suo trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro interessato sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto [...]». Eventualmente, prosegue la Corte, nel caso in cui la sospensione possa aggravare lo stato di salute della persona, lo Stato membro potrebbe esaminare la domanda d'asilo, applicando la clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Regolamento Dublino III.

⁵² Per alcune riflessioni in argomento cfr. C. GULLOTTA, *Il diritto alla salute dei migranti nel pacchetto di proposte della Commissione sulla riforma del "diritto di asilo europeo" e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2017, 729.

tà di garantire la soglia di protezione dei diritti della Cedu, secondo l'interpretazione ad essi data dalla Corte di Strasburgo, possono dar vita a soluzioni che, pur non soddisfacendo dal punto di vista sostanziale le richieste del ricorrente (ad esempio, in termini di riconoscimento di un valido titolo di soggiorno, oppure della protezione internazionale), riescono comunque ad assicurare il rispetto dei diritti procedurali dello straniero.

Un recente caso deciso dalla High Court rappresenta, in questo senso, un efficace esempio di tale commistione e della verifica giurisdizionale del rispetto dei diritti procedurali da parte delle autorità statali⁵³. La ricorrente, cittadina nigeriana gravemente malata di cancro, chiedeva che le fosse riconosciuta l'esenzione dal pagamento delle cure che stava ricevendo all'interno del servizio sanitario inglese (NHS). Contestualmente era pendente, dinanzi ad altra autorità giurisdizionale, il ricorso avverso il diniego che le autorità statali avevano opposto alla richiesta della donna di poter rimanere nel Regno Unito per «compassionate and compelling circumstances»⁵⁴. Con riguardo all'oggetto del giudizio, ossia l'esenzione dalle spese mediche, bisogna osservare che la possibilità di assicurare la gratuità delle cure, nel diritto migratorio inglese, è subordinata al verificarsi di specifiche condizioni, fra le quali si annovera anche lo *status* giuridico dello straniero a cui sia riconosciuta la protezione internazionale o che abbia presentato la relativa richiesta⁵⁵. La ricorrente, tuttavia, non aveva presentato siffatta domanda, ma

⁵³ High Court, *ERA, R (On the Application Of) v Basildon And Thurrock Hospitals NHS Foundation Trust & Anor* [2019] EWHC 1249 (Admin), 16 maggio 2019.

⁵⁴ In particolare, come si evince dal paragrafo 15 della sentenza citata, la donna aveva impugnato il diniego invocando l'art. 3 Cedu e le sue condizioni cliniche. La difesa della donna sosteneva, infatti, che il trasferimento in Nigeria avrebbe comportato, per il Regno Unito, la violazione delle obbligazioni derivanti dagli artt. 3 e 8 Cedu e, di conseguenza, la violazione anche dell'art. 6 dello Human Rights Act.

⁵⁵ La fonte di riferimento, in questo caso, è il *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2015*, il cui articolo 15, rubricato "Refugees, asylum seekers, supported individuals and looked after children", prevede la gratuità dell'accesso alle cure per gli stranieri titolari di protezione internazionale o che abbiano presentato la relativa richiesta. Nel caso di specie, la ricorrente era in attesa della pronuncia giurisdizionale sull'impugnazione del diniego di riconoscimento di protezione internazionale.

aveva chiesto che le fosse riconosciuto, per le sue gravi condizioni di salute, il titolo a restare nel Regno Unito, in quanto un suo eventuale rimpatrio avrebbe potuto essere configurabile come sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti, in base alla soglia di gravità stabilita individuata dalla Corte di Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 3 Cedu⁵⁶.

La Corte rigetta il ricorso, poiché la donna non può essere considerata una richiedente asilo in base alle norme di diritto dell'immigrazione inglese, dal momento che l'istanza della stessa esula dalla protezione internazionale (anche in base ai principi affermati dalla Corte di giustizia UE nel caso *M'Bodj*, su cui *supra*) e può, invece, essere considerata come richiesta di soggiorno di carattere umanitario. Ne segue che alla donna non può essere riconosciuta l'esenzione dal pagamento delle spese mediche.

La pronuncia citata è, comunque, interessante per le riflessioni in essa sviluppate, che richiamano indirettamente alcune considerazioni sull'accesso alla giustizia e sull'effettività dei rimedi. La High Court rileva che la qualificazione della condizione giuridica della straniera sarà oggetto della decisione da parte dell'autorità giurisdizionale competente. A riguardo, viene osservato come, proprio a motivo della rigidità del diritto dell'immigrazione inglese, per uno straniero nelle condizioni della ricorrente, che presenti una richiesta di permesso di soggiorno per motivi di carattere medico, sia difficile individuare il modulo corretto per inoltrare la propria domanda⁵⁷. Tant'è che, nel caso di specie, ci si trovava – appunto – in attesa del provvedimento del giudice sull'impugnazione del relativo diniego. Secondo la Corte, comunque, nella valutazione giurisdizionale di tali domande, è opportuno guardare alla so-

⁵⁶ Circa le questioni relative al diritto alla salute dello straniero e al fatto che la scarsa assistenza sanitaria fornita nel Paese di provenienza non possa costituire per sé un elemento sufficiente a garantire il diritto alla permanenza dello straniero sul territorio di uno Stato europeo cfr. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 69 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2013, 20.

⁵⁷ Nelle parole della High Court: «The forms are not particularly flexible and it is not always obvious which one to use, even for a represented party» (par. 12).

stanza, non limitarsi alla forma della domanda⁵⁸. In questa pronuncia, la combinazione tra diritto alla salute e accesso alla giustizia per gli stranieri dimostra l'esistenza, come si è anticipato, di possibili lacune nella tutela dei diritti. Infatti, sebbene alla ricorrente fossero state garantite le prestazioni sanitarie di cui necessitava e nonostante ella avesse comunque avuto la possibilità di rivolgersi all'autorità giurisdizionale (peraltro formulando due distinte istanze dinanzi a diversi organi giudicanti), il quadro che traspare dalla lettura della sentenza evidenzia come, anzi tutto, il diritto alla salute si componga di diverse dimensioni. Queste comprendono certamente la garanzia delle prestazioni sanitarie, ma anche l'esenzione dal pagamento del relativo costo (aspetto non irrilevante, se si pensa che il pagamento delle cure può rappresentare una significativa barriera nell'accesso alla sanità, soprattutto per le categorie più fragili di stranieri, con i conseguenti rischi per la salute collettiva che ne possono derivare). In secondo luogo, poi, parte essenziale del diritto alla salute risulta essere anche la possibilità di adire un organo giurisdizionale per poter impugnare eventuali provvedimenti dell'amministrazione sanitaria limitativi del diritto a ottenere i trattamenti necessari. Elemento essenziale di questa specifica declinazione del diritto alla salute è rappresentato anche dalla garanzia di ottenere una decisione giurisdizionale in tempi compatibili con la propria situazione clinica.

Venendo, poi, al nostro ordinamento, l'adozione del decreto sicurezza del 2018 e la *vexata quaestio* del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ha creato, come noto, non pochi problemi interpretativi proprio in relazione all'effettività dell'accesso alla sanità per questa particolare tipologia di stranieri⁵⁹.

⁵⁸ Testualmente: «to determine whether an overseas visitor is a person who has made an application falling within regulation 15(b), it is necessary to consider the nature of any application made as a matter of substance not form. The nature and grounds of the application must be considered, not the labels attached to them» High Court, *ERA*, cit., par. 35.

⁵⁹ Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132, articolo 13. Su cui cfr. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *federalismi.it*, 22, 2018.; A. MORELLI, *La "ribellione" dei Sindaci contro il "Decreto*

Nonostante la novella legislativa non abbia – formalmente – intaccato il diritto dei richiedenti asilo ad essere iscritti al sistema sanitario (ex art. 34 del d.lgs. 286/1998, Testo unico dell’immigrazione) e ad essere, quindi, titolari delle prestazioni garantite dalla sanità italiana al pari dei cittadini, il requisito dell’iscrizione anagrafica pare(va) essere determinante, per consentire all’azienda sanitaria territorialmente competente di inserire il richiedente asilo tra i propri assistiti.

Quid iuris, dunque, di fronte a tale situazione? Quali rimedi giurisdizionali sono a disposizione del richiedente asilo? Le impugnazioni dei dinieghi di iscrizione anagrafica non si sono fatte attendere molto, dopo l’entrata in vigore della riforma del 2018⁶⁰. In particolare, ciò che desta interesse è la reazione giurisdizionale a tale norma, nel rapporto tra effettività dei rimedi e garanzia del diritto alla salute.

Le soluzioni prospettate dai diversi giudici chiamati a pronunciarsi sia sul diniego di iscrizione anagrafica opposto da alcuni Comuni sia sul (correlato) rifiuto di iscrizione al servizio sanitario da parte di alcune aziende sanitarie⁶¹, in assenza di certificato di residenza, suggeriscono alcune riflessioni proprio in tema di effettività dei rimedi giurisdizionali. Fra tali pronunce si può segnalare, ad esempio, il provvedimento con cui il Tribunale di Bologna ha ordinato al Comune di Reggio Emilia di procedere all’iscrizione anagrafica del ricorrente. L’ordinanza è resa in un procedimento cautelare e, ai fini delle riflessioni che si stanno sviluppando in questa sede, è interessante osservare come sia proprio tale strumento quello che consente di assicurare maggiore effettività ai diritti dello straniero. Infatti, proprio a motivo dell’irreparabilità e della gravità del pregiudizio che derivano dall’impossibilità di

sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale, in *Consulta online*, 7 gennaio 2019.

⁶⁰ Fra le principali pronunce, si vedano Trib. Firenze, ord. 18 marzo 2019 e ord. 7 dicembre 2020; Trib. Bologna, ord. 2 maggio 2019, ord. 23 settembre 2019, ord. febbraio 2020; Trib. Genova, ord. 22 maggio 2019; Trib. Prato, ord. 28 maggio 2019; Trib. Lecce, ord. 4 luglio 2019 e ord. 6 dicembre 2010; Trib. Napoli, ord. 10 luglio 2019; Trib. Ferrara, ord. 24 settembre 2019; Trib. Catania, ord. 1° novembre 2019; Trib. Roma, ord. 25 novembre 2019; Trib. Bergamo, ord. 14 gennaio 2020; Trib. Palermo, decreto 23 gennaio 2020; Trib. Bari, ord. 28 febbraio 2020. Tutte le pronunce citate sono reperibili sul sito www.asgi.it.

⁶¹ Vedasi, in particolare, Trib. Napoli, ord. 10 luglio 2019.

esercitare una serie di diritti e facoltà previsti dall'ordinamento, la tutela cautelare si dimostra efficace al raggiungimento dell'obiettivo richiesto dal ricorrente.

Con specifico riguardo alla garanzia effettiva del diritto alla salute, va segnalata l'ordinanza del Tribunale di Napoli del 10 luglio 2019, con cui è stata ordinata l'iscrizione al Servizio sanitario di un richiedente asilo, anche in assenza di iscrizione anagrafica. Nell'ambito di un procedimento *ex art. 702 bis c.p.c.*, il giudice ha affermato che il permesso di soggiorno per richiesta d'asilo costituisce il titolo comprovante la condizione giuridica soggettiva che, in base all'art. 34 del Testo Unico dell'immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998), consente l'iscrizione dello straniero al servizio sanitario nazionale. Il diritto alla salute dello straniero regolarmente presente sul territorio dello Stato prescinde, in altre parole, dalla sua iscrizione anagrafica e l'azienda sanitaria territorialmente competente sarà individuata attraverso le generalità indicate nel permesso di soggiorno.

Con la sentenza n. 186 del 2020, pubblicata il 31 luglio, la Corte costituzionale si è, infine, pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale del divieto di iscrizione anagrafica sollevate da alcuni tribunali⁶². Il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni impugnate per la loro manifesta irragionevolezza, che si declina, da un lato, nell'incoerenza tra quanto previsto dal legislatore e la finalità dichiarata, di aumentare il livello di sicurezza pubblica e, dall'altro lato, nell'ingiustificata differenziazione tra categorie di stranieri, in base al titolo di permanenza⁶³. Il passaggio che, però, merita maggiore attenzione in relazione alle considerazioni che si stanno qui sviluppando riguarda la violazione della pari dignità sociale. Secondo la Corte, infatti, la «condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione» in cui vengono a trovarsi i richiedenti asilo che non possono essere

⁶² Trib. Ancona, ord. 29 luglio 2019; Trib. Milano, ord. 1 agosto 2019; Trib. Salerno, ord. 9 agosto 2019. I parametri di costituzionalità invocati comprendono gli artt. 2, 3, 10, 16, 77, 117, comma primo, (in relazione all'art. 14 Cedu e agli artt. 12 e 26 del Patto internazionale dei diritti civili e politici). In aggiunta a dette ordinanze di rinvio, risulta ancora pendente davanti alla Corte un rinvio da parte del Trib. Ferrara, ord. 24 settembre 2019, iscritta al registro degli atti di promovimento n. 40 del 2020.

⁶³ C. cost., sent. n. 186 del 2020, punto 4 del considerato in diritto.

iscritti all'anagrafe della popolazione residente si traduce in un più difficile accesso ai servizi. Sebbene, da questo punto di vista, il c.d. Decreto Sicurezza non abbia intaccato espressamente le condizioni di accessibilità ai servizi essenziali (come, ad esempio, quello sanitario)⁶⁴, la mera necessità di richiedere l'accesso in base al domicilio e non alla residenza ne rende, inevitabilmente, più complesso l'iter per il riconoscimento, «non fosse altro che per gli ostacoli di ordine pratico e burocratico connessi alle modalità di richiesta dell'erogazione»⁶⁵.

Anche in punto di effettività della tutela rimediabile, inoltre, alcune considerazioni possono essere mosse circa il fatto che, per vedersi riconosciuto il diritto all'assistenza sanitaria secondo quanto previsto dalla legge, è stato necessario che il richiedente asilo, nel caso deciso dal Tribunale di Napoli, stimolasse il diniego da parte dell'amministrazione sanitaria, al fine di poterlo impugnare in via giurisdizionale. La tutela cautelare, in questi casi, si è dimostrata l'unica via utile per fornire l'adeguata risposta all'istanza del ricorrente. Simili sono stati, poi, i percorsi che hanno gradatamente portato alle ordinanze di rimessione e alla pronuncia della Corte costituzionale.

È proprio questo elemento ad essere costellato di criticità, dal momento che si impone allo straniero un onere eccessivo rispetto alle tutele che, per legge, gli spettano e che non hanno subito modificazioni per effetto della novella legislativa. Il punto problematico, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale, riguarda l'incertezza venutasi a creare per effetto di una riforma normativa che, a distanza di pochi mesi dalla sua approvazione, ha già incontrato una prima censura da parte del giudice delle leggi. Tal genere di interventi legislativi e le conseguenze che essi provocano determinano, inevitabilmente, dispendio di energie, di tempo e di risorse, anche pubbliche, nonché una oggettiva compressione dei diritti dei più deboli che, sia per la fragilità delle situazioni che vivono, sia per la carenza di mezzi, più difficilmente rie-

⁶⁴ L'articolo 34 del d.lgs. 286/1998, relativo al diritto-dovere dello straniero con permesso di soggiorno per richiesta di asilo ad iscriversi al Sistema sanitario nazionale, non risulta infatti intaccato dalla novella legislativa.

⁶⁵ C. cost., sent. n. 186 del 2020, punto 4.2. del considerato in diritto.

scono ad avere accesso ai rimedi che l'ordinamento mette loro a disposizione⁶⁶.

4. Conclusioni: la via procedurale all'effettività e le insidie di un diritto non sempre accessibile

Le considerazioni qui sviluppate e la rapida carrellata di pronunciamenti presi in esame consentono, ora, di tracciare alcune linee conclusive sul rapporto tra effettività dei rimedi giurisdizionali e diritto alla salute. Calare i principi del diritto europeo nella dimensione interna, e in modo particolare, nella quotidianità delle sentenze (anche di merito) permette di evidenziare quanto sia importante mantenere fisso il richiamo all'ampio spettro di tali diritti. In altre parole, mantenere i diritti enunciati nella Carta europea e appartenenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, quale bussola del ragionamento del giudice, pur nei limiti di applicazione della Carta europea, consente di orientare la costruzione della giurisprudenza ad un livello di omogeneità condiviso tra i Paesi europei, pur nella diversità degli approcci nazionali al recepimento del diritto euro-unitario.

In secondo luogo, quanto preso in esame dimostra, ancora una volta che la giuridicizzazione del diritto europeo costituisce in larga parte il prodotto degli interventi della Corte di giustizia⁶⁷. Quest'ultima, a sua volta, nella sua funzione nomofilattica⁶⁸, è continuamente stimolata dai giudici nazionali, la cui sensibilità verso le questioni che investono il diritto dell'Unione europea ne rappresenta il primo e più concreto fattore di crescita. In questo circolo virtuoso, il precipitato degli approdi della giurisprudenza di Lussemburgo si riverbera, da un lato, sull'obiet-

⁶⁶ Per alcuni (pur ormai non recentissimi) rilievi critici circa i vuoti di effettività nella tutela giurisdizionale dello straniero, cfr. A. PUGIOTTO, "Purché se ne vada-no". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Diritto e Società*, 3-4, 2009, 482.

⁶⁷ Sul punto v. K. VEITCH, *Juridification, medicalisation, and the impact of EU law: patient mobility and the allocation of scarce NHS resources*, in *Medical Law Review*, 3, 2012, 362 ss.

⁶⁸ D. STRAZZARI, *op. cit.*, 183.

tivo generale di armonizzazione dei diritti nazionali che resta al centro degli interventi delle istituzioni europee e, dall'altro lato, ancora una volta, sulla funzione giurisdizionale interna. Ad essa, in particolare, si richiede il complesso compito di attuare, nella concretezza della quotidianità, i principi generali del diritto sovranazionale, nella loro veste di «decentralised enforcers of EU law»⁶⁹.

Da questo angolo visuale, il dialogo giurisdizionale e istituzionale sui profili di effettività della mobilità transfrontaliera dei pazienti, pur riguardando un ambito molto ristretto del più ampio settore della sanità, si dimostra molto efficace ad evidenziare quanto l'*access to justice* sia *funzionale* all'accessibilità ai servizi sanitari. Tale tematica, inoltre, pone al centro proprio l'effettività della tutela rimediale poiché la positivizzazione del diritto europeo ha tratto impulso, come si è visto, da un denso filone giurisdizionale nel quale il profilo rimediale rivestiva un ruolo non trascurabile.

L'effettività della tutela rimediale per gli stranieri, quando posta in relazione con il diritto alla salute, pone, inoltre, in risalto la necessità di presidiare opportunamente situazioni individuali caratterizzate da molteplici fattori di vulnerabilità. Accanto alla situazione clinica, infatti, si pongono le problematiche questioni collegate con la difficoltà nel garantire l'accessibilità ai servizi ai non cittadini e le criticità insite nell'individuazione del più efficace strumento rimediale o giurisdizionale per ottenere la tutela in concreto di un diritto fondamentale. Ed anche in questo caso, è da sottolinearsi la funzionalità della tutela giurisdizionale effettiva rispetto alla garanzia del diritto alla salute, che può essere assicurato in concreto solo grazie all'attivazione di un canale di impugnazione che possa fornire risposta in tempi adeguati.

È possibile concludere questa disamina rilevando come, sebbene nella giurisprudenza interna presa in esame i richiami espliciti all'art. 47 CDFUE non siano frequenti, i principi dell'accesso effettivo alla giustizia e della concretezza dei rimedi attivabili permeino in maniera talvolta determinante il diritto interno e contribuiscano a saldare

⁶⁹ D.S. MARTINSEN, J.A. MAYORAL DÍAZ ASENSIO, *op. cit.*, 418; R.D. KELEMEN, *Judicialisation, democracy and European integration*, in *Representation*, 3, 2013, 295.

quel dialogo virtuoso tra giurisdizioni che contribuisce all'accrescimento del diritto europeo e, per mezzo di esso, dei diritti nazionali⁷⁰.

⁷⁰ Sugli effetti che il “dialogo” tra Corti produce sulla tutela effettiva dei diritti (anche) sociali, *inter multis* cfr. A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2, 2015, 538-553; A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 24.11.2014.