

La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza.

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. LA CONCEZIONE UNITARIA DELLA TUTELA DELLA SALUTE E LE DUE RICOSTRUZIONI DEL DIRITTO ALLA SALUTE - 3. LA DIMENSIONE DELL'OBBLIGO PER L'AMMINISTRAZIONE: IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO SOGGETTIVO CONDIZIONATO DALLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA – 4. LA DIMENSIONE DELL'AUTORITÀ: IL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO CONDIZIONATO ANCHE DALLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA- 5. INSUFFICIENZA DELLA NOZIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE COME DIRITTO SOGGETTIVO PERFETTO? - 6. I PRINCIPI DELLA LIBERA SCELTA E DELLA PARITÀ TRA PUBBLICO E PRIVATO IN MATERIA SANITARIA ED I RIFLESSI SUL CONTENUTO DEL DIRITTO - 7. LA TESI DEL DIRITTO CONDIZIONATO SOLO LEGISLATIVAMENTE È L'UNICA COMPATIBILE CON I PRINCIPI COSTITUZIONALI? - 8. L'ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO SANITARIO INTEGRATO ITALIANO E IL PRINCIPIO COMUNITARIO DELLA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI: NUOVE PROBLEMATICHE PER L'INQUADRAMENTO TEORICO DEL DIRITTO ALLA SALUTE - 9. TUTELA DELLA SALUTE, CONCORRENZA, MERCATO - 10. IL POTERE DI ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO SANITARIO, TRA LOGICHE DI PROGRAMMAZIONE E VINCOLI FINANZIARI: IL MITO DELLA VESTE PRIVATISTICA DEGLI STRUMENTI, E LA REALTÀ GIURIDICA DELLA NATURA PUBBLICISTICA DEI RAPPORTI. - 11. ORGANIZZAZIONE DEL SERVIZIO E PROVVISORIA FINANZIARIA - 12. IL CONTENUTO DEL DIRITTO E LA PROCEDIMENTALIZZAZIONE DELL'AZIONE DEI PUBBLICI POTERI. IL POTERE *NORMATIVO* SUI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI - 13. APPROVAZIONE CON LEGGE DI PIANI SANITARI E TUTELA DEL CITTADINO - 14. DIRITTO ALLA SALUTE E FUNZIONE AMMINISTRATIVA - 15. DIRITTO ALLA SALUTE E RISARCIMENTO DEL DANNO: PER UNA INVERSIONE DEL METODO – 16. CONCLUSIONI.

(*) In corso di pubblicazione in *Giurisprudenza italiana*.

Il lavoro è stato elaborato congiuntamente dai due autori; ad ogni modo, i paragrafi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 12 sono stati materialmente redatti dalla dott.ssa Cavasino, i paragrafi 1, 9, 10, 11, 13, 14, 15 dal dott. Tulumello; le conclusioni sono state redatte congiuntamente.

1. Premessa

Il problema della effettività della garanzia costituzionale del diritto alla salute rileva su almeno due piani.

Il primo è strettamente costituzionalistico, in quanto direttamente correlato alla forma di Stato: solo l'effettiva attuazione della garanzia costituzionale dei diritti sociali¹, secondo la giurisprudenza costituzionale, assicura infatti “le condizioni minime di uno Stato sociale”².

¹ Sul significato storico-costituzionale della tutela dei diritti sociali, nella manualistica: PALADIN, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, 1998, 662-663; CARETTI-DE SIERVO, *Istituzioni di diritto*

Tale forma di Stato implica dunque che fra i compiti primari ed irrinunciabili dei pubblici poteri vi sia quello di “contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l’immagine universale della dignità umana”³.

Questa considerazione pone tuttavia un secondo problema, quello del rapporto fra tutela del diritto alla salute, in quanto diritto sociale, e potere amministrativo⁴.

È un dato ormai acquisito quello dell’incremento quantitativo dei compiti dell’amministrazione nello Stato sociale⁵.

Quel che merita di essere approfondito, specie in una fase ormai evoluta di questo modello (anche per effetto delle mutazioni prodotte dalla dimensione comunitaria dello Stato sociale), è il possibile cambiamento qualitativo dei compiti

pubblico, VII ed., Torino, 2004, 431: “Si tratta di una dimensione nuova, del tutto sconosciuta alla tradizione del costituzionalismo ottocentesco: di quella tradizione essa non rinnega l’impostazione individualistica dei diritti di libertà (essi restano innanzitutto diritti individuali), ma attribuisce loro un’ulteriore valenza, reinterprestandoli in un’ottica non più esclusivamente garantista, di tutela di uno spazio intangibile da parte dei pubblici poteri o dei privati (la c.d. *libertà negativa* o *libertà dallo Stato*), ma anche positiva, di tutela di un’effettiva partecipazione di tutti alla vita politica e sociale (la c.d. *libertà positiva* o *libertà nello Stato*). Una dimensione, dunque, che, in questi termini, si salda perfettamente con l’elemento caratterizzante della forma di Stato sociale (...)”; BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2002, 418 ss. Per una ricostruzione del “contenuto” e dei “limiti” al diritto alla salute, LUCIANI, (voce) *Salute, I Diritto alla salute – dir. Cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 9 ss.; Id., *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1995, 545-576; Id., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 769 – 811; FERRARA, (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Utet, Torino, 1997, 513; MONTUSCHI –VINCENZI AMATO, *sub art. 32*, in Branca (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976; PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, 54-55, 87-94, 123; SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000; MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002. Sui limiti alla discrezionalità del Legislatore nella definizione del contenuto del diritto MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del Legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *giur. cost.*, 1998, 1309; PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito “circuito” di produzione normativa?)*, in *dir. soc.*, 3/2004, 309.

² Corte costituzionale, sentenza n. 217 del 1988.

³ Corte costituzionale, sentenza 217/1988, cit.

⁴ Fra i diritti sociali, il diritto alla salute è forse quello che maggiormente determina un coinvolgimento attivo dei pubblici poteri per l’attuazione del dettato costituzionale: e, dunque, che maggiormente incide sull’azione della pubblica amministrazione: “Tutti i soggetti pubblici che insieme compongono la Repubblica (dallo Stato alle Regioni, dalle Province ai Comuni) sono dunque impegnati a rendere effettivo questo diritto intervenendo sia direttamente, attraverso apposite strutture assistenziali, sia indirettamente, mediante la predisposizione degli strumenti idonei a consentire anche a soggetti privati lo svolgimento della stessa funzione. L’impegno dei soggetti pubblici si traduce nell’obbligo di garantire le condizioni minime di salute e di benessere psicofisico dell’individuo, indipendentemente dalle sue condizioni economiche (...)”(CARETTI-DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 476).

L’intervento pubblico, dunque, può assumere i contorni dell’erogazione diretta di prestazioni, come di regolazione di analoghe attività gestite da privati: il che, come si vedrà, pone ulteriori questioni in relazione ad altre previsioni costituzionali.

⁵ Per tutti, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 7 e 913.

rimessi all'amministrazione: ciò che in definitiva riflette il modo d'essere della funzione amministrativa⁶.

Posto che fine del potere amministrativo è quello di garantire l'effettività della tutela costituzionale, tale valore entra tuttavia in comparazione con altri interessi di cui pure l'amministrazione è tributaria (o dai quali è comunque condizionata)⁷, come quello al contenimento della spesa pubblica, che a seguito del patto di stabilità ha una precisa rilevanza anche comunitaria⁸.

Si tratta allora di verificare come l'attribuzione alla pubblica amministrazione di "compiti di benessere"⁹ direttamente correlati allo Stato sociale, incida sull'esercizio del potere amministrativo, rispetto, ad esempio, al modo in cui veniva esercitata la funzione amministrativa nello Stato liberale¹⁰.

⁶ Si interrogano sulle ricadute della forma di Stato sulla teoria dell'attività amministrativa, sia pure al diverso scopo di indagare sul formalismo procedimentale, FRACCHIA e OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in www.GiustAmm.it, in specie § 2, ove la conclusione secondo la quale "L'individuazione della fattispecie concreta cui la legge riconduce la produzione di effetti giuridici non può pertanto avvenire consegnando all'amministrazione il mero compito di seguire gli automatismi tipici dei momenti procedurali: ad essa, invece, si richiede di precisare l'interesse pubblico alla luce dei tratti mutevoli della realtà, svolgendo la funzione della comparazione degli interessi che nell'ambito procedimentale hanno trovato censimento ed evidenziazione".

Una approfondita analisi della mutazione della funzione amministrativa, e della sua attuale fisionomia, è condotta da GIACCHETTI, *I nuovi confini della giustizia amministrativa*, in *Cons. di Stato*, 2003, II, 1927.

⁷ "La crescita dei diritti sociali – strettamente legata al maggiore o minore intervento dello Stato nell'economia – incontra naturalmente limiti intrinseci nelle risorse dello Stato o in quelle che esso può mobilitare. Creare nuovi diritti comporta infatti oneri per lo Stato, e indirettamente per i cittadini contribuenti. Ecco allora il manifestarsi di limiti all'azione delle autorità pubbliche particolarmente stringenti nel caso di norme costituzionali che impegnino a rendere *effettivo* un diritto" (ELIABUSIA, *Stato democratico*, voce del *Digesto disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 72). In generale, sul vincolo di compatibilità derivante dal reperimento delle risorse necessarie a garantire l'esercizio dei diritti, HOLMES e SUNSTEIN, *Il costo dei diritti – perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna, 2000.

⁸ Sulla compressione della potestà organizzativa dei servizi pubblici per effetto dei vincoli derivanti dal patto di stabilità, si vedano le sentenze nn. 4/2004, 17/2004 e 36/2004 della Corte costituzionale. Da ultimo, per un'ipotesi di scrutinio di ragionevolezza della scelta del legislatore regionale tendente a parametrare (e limitare), nella logica della programmazione, la spesa sanitaria sulla base dei flussi di prestazioni registrati negli anni precedenti, Corte costituzionale, sentenza n. 111 del 18 marzo 2005.

⁹ Secondo la sistematica accolta nel *Manuale di diritto amministrativo* di SANDULLI, cit.

¹⁰ Pur senza alcun espresso collegamento con il problema della forma di Stato, una posizione analoga a quella sostenuta nel testo è alla base del recente contributo di S. PAJNO (*Per una teoria unica della discrezionalità*, in *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto*, Atti del seminario di Palermo dell'11 febbraio 2002, Torino, 2004, 169 e ss., in specie § 5), il quale osserva (p. 183) come "alla pubblica amministrazione sia affidata un'opera di mediazione e composizione di diversi interessi", e come, attraverso una rimodulazione della nozione di interesse pubblico (non più quello proprio dell'amministrazione, ma quello risultante dal contemperamento e dalla composizione di più interessi, pubblici e privati), il procedimento amministrativo vada inteso come "vera e propria *tecnica di emersione degli interessi*" (p. 186).

In particolare, la scelta di promuovere l'uguaglianza ed il benessere sociale, quali forme di estrinsecazione dei diritti civili e di protezione del valore della dignità umana, comporta in capo all'amministrazione il compito di assicurare prestazioni conformi (quantitativamente e qualitativamente) al parametro costituzionale, rispettando nello stesso tempo altri interessi e valori pure costituzionalmente rilevanti¹¹.

La dialettica autorità-libertà, che nello Stato liberale seguiva una logica tendenzialmente binaria, nello Stato sociale si caratterizza invece per la presenza della posizione (anche) dei portatori di interessi antagonisti rispetto alla funzione distributiva di utilità che l'amministrazione si trova ad esercitare¹².

Mutuando una terminologia processualistica, potrebbe sintetizzarsi tale fenomeno nel rilievo della sempre maggiore importanza che assume la figura del controinteressato – rispetto alle risorse (limitate) sulla cui distribuzione incidono le scelte amministrative – nei rapporti giuridici di diritto pubblico (o, comunque, mediati dalla pubblica amministrazione).

L'incremento delle situazioni tutelate, determinato dall'evoluzione dell'attuale forma di Stato, provoca così una corrispondente difficoltà di assicurare una tutela piena ed effettiva a ciascuna di esse.¹³

L'effettività della tutela del diritto alla salute, al pari degli altri diritti sociali, si misura allora a valle, ripercorrendo a ritroso i percorsi ricostruttivi indicati dalla

¹¹ Lo Stato sociale, infatti, oltre ad individuare una serie di impegni per i pubblici poteri in relazione a misure positive da assumere, comporta altresì "l'individuazione di tutta una serie di doveri ed anche di limiti alle situazioni di vantaggio, motivati dalla tutela di esigenze di solidarietà (si pensi, ad es., ai vari limiti in materia di attività economiche)" (CARETTI-DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 69).

¹² In quest'ottica, sul versante della dimensione pubblicistica dei beni e delle attività dei privati nello Stato sociale, si svolge l'analisi di VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui 'diritti' del giudice amministrativo*, Napoli, 2001.

CASSESE (*La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, in specie 74 e ss.) propone invece la sostituzione del tradizionale "paradigma binomiale tradizionale", che a lungo ha retto la scena dei soggetti del diritto amministrativo, fondato sulla distinzione romaniana fra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa, con la definizione di "arena pubblica", descrittiva dello "spazio sociale nel quale si svolgono dialogo e conflitti e che serve al trasferimento della domanda sociale al corpo politico".

Sul piano dogmatico, TRAVI (*Nuovi fermenti del diritto amministrativo sul finire degli anni '90*, in *Foro It.*, 1997, V, 168 e ss.) definisce "relazione multipolare" quella "che si instaura, in seguito al potere amministrativo, fra più soggetti in posizioni fra loro differenziate e l'amministrazione" (c. 175).

¹³ "Gli stessi valori cui la società s'informa sono molteplici, incoerenti e a volte inconciliabili: e la nostra è una società a pluralismo maturo (qualcuno pensa: anche troppo)" (CALABRO', *Relazione*, pronunciata in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2005 presso il T.A.R. del Lazio, in www.GiustAmm.it).

giurisprudenza in sede di giudizio di compatibilità con le esigenze antagoniste, per giungere a conclusioni che possano consentire una sistemazione teorica consapevole del dato storico.

Il risultato di tale giudizio di compatibilità, tuttavia, non può dipendere unicamente da variabili storiche, che influenzano l'esercizio della discrezionalità amministrativa (e di quella legislativa), ma deve essere comunque conforme, sul piano sostanziale, al parametro costituzionale e a quello comunitario.

Il discorso non può che estendersi, dai contenuti, agli strumenti: occorre infatti riflettere sul reale significato che, nell'ambito dell'organizzazione della sanità pubblica, hanno gli strumenti di diritto comune con i quali vengono regolati i rapporti patrimoniali fra i soggetti privati che erogano le prestazioni, e la pubblica amministrazione.

Le affermazioni, sul punto, della più recente giurisprudenza costituzionale, hanno aperto alcuni interrogativi sui quali occorre soffermarsi criticamente, nel tentativo di cogliere la realtà dei fenomeni giuridici anche oltre la dimensione della loro formale qualificazione.

2. La concezione unitaria della tutela della salute e le due ricostruzioni del diritto alla salute

Le disposizioni costituzionali che riguardano la tutela della salute aprono due diverse prospettive teoriche sulla configurazione degli istituti e delle garanzie poste a presidio di questo "bene" giuridico fondamentale.

I fini fondamentali che l'ordinamento persegue sono enucleati nell'art. 32 Cost.: la tutela del *diritto fondamentale della persona* al mantenimento (ed al miglioramento) del proprio stato di benessere psico-fisico e la tutela dell'*interesse della collettività* alla protezione della salute.

Le riflessioni qui sviluppate riguardano la tutela della salute come "fondamentale diritto dell'individuo" (art. 32, primo comma, della Costituzione), diritto che «non si esaurisce nella mera prestazione delle cure mediche, chirurgiche, generali e specialistiche [...] ma riguarda il coacervo degli interventi pubblici rivolti al recupero ed alla conservazione dello stato di salute del cittadino»¹⁴.

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 23.1.2004, n. 206.

Un primo sguardo al testo costituzionale ci permette di rilevare che non solo il diritto alla salute ha un contenuto “unitario”, ma che a livello costituzionale sono fissati i criteri sulla base dei quali renderlo effettivo.

Infatti, l’assetto delle competenze *normative* e *regolative* in materia di servizi alla salute è delineato negli artt. 117 e 118 Cost. che distribuiscono fra Stato e Regioni la competenza legislativa e regolamentare su *organizzazione e contenuto* del diritto alla salute (riservando allo Stato quella sui *livelli minimi essenziali* di tutela), e disciplinano la distribuzione delle competenze amministrative sulla base del principio di sussidiarietà¹⁵.

La qualificazione del diritto alla salute come diritto fondamentale e come diritto soggettivo “pieno” (ma bilanciabile con altri diritti ed interessi fondamentali), ricavabile dagli artt. 2, 3, e 32 comma 1 Cost. attribuisce ai pubblici poteri, in base ai criteri di cui agli artt. 117 e 118 Cost. il compito di attivarsi per garantire un livello minimo uniforme di servizi per la salute sul territorio nazionale, che permetta di mantenere lo stato di benessere psico-fisico della popolazione residente¹⁶.

Dall’affermazione della natura di diritto “fondamentale” del diritto alla salute, cioè, conseguono diritti ed obblighi per i singoli e vincoli per i pubblici poteri di diversa natura¹⁷.

Dalla definizione del contenuto del diritto alla salute discende il contenuto dei *doveri* dei pubblici poteri, e delle corrispondenti *pretese* (legittime) dei privati.

In generale, sono ascritti alla categoria dei vincoli all’azione dei pubblici poteri i profili dell’organizzazione del servizio sanitario, dei rapporti fra personale tecnico-specialistico e soggetto-utente del servizio, delle prestazioni sanitarie erogabili e rimborsabili agli assistiti dal servizio sanitario.

Sulle tipologie dei vincoli all’azione dei pubblici poteri non vi sono contrasti fra gli studiosi e gli interpreti che si sono confrontati con il tema del diritto alla salute.

¹⁵ LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 3/2002, 345; D’ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni* 6/2003, 1099-1100; BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1183; SIMONCINI, *Non c’è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, *ivi*, 1199; ANDRONIO, *I livelli essenziali delle prestazioni sanitarie nella sentenza della Corte costituzionale 13-27 marzo 2003, n. 88*, in <http://www.federalismi.it> n. 8/2003.

¹⁶ Art. 117, comma 2, lett. m) Cost. Sul rapporto fra “contenuti” del diritto fondamentale e “mezzi” di espressione di questo cfr. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 94-120.

¹⁷ Si veda nota 1

L'estensione degli ambiti di tutela del diritto alla salute, invece, è piuttosto controversa¹⁸.

3. La dimensione dell'obbligo per l'amministrazione: il diritto alla salute come diritto soggettivo condizionato dalla discrezionalità legislativa

Un primo indirizzo interpretativo ritiene che la natura di diritto fondamentale e soggettivo impedisca di configurare in capo alla pubblica amministrazione poteri di natura autoritativa nell'attività di erogazione delle prestazioni sanitarie al privato¹⁹, tali da limitare o condizionare il contenuto di tale diritto.

Il diritto alle prestazioni sanitarie, una volta individuato nel suo contenuto dalle disposizioni "legislative" (art. 32 Cost.) diverrebbe pienamente esigibile e si configurerebbero solo "atti dovuti" della pubblica amministrazione nel rapporto fra soggetto erogatore del servizio pubblico e utente del servizio sanitario.

La situazione giuridica degli erogatori del servizio pubblico, non si caratterizzerebbe come esercizio di potestà pubbliche. La pubblica amministrazione non avrebbe il potere di valutare *l'opportunità* dell'erogazione della prestazione richiesta e si limiterebbe ad accertare, utilizzando le proprie competenze tecniche, la presenza delle condizioni per lo svolgimento del servizio.

Il limite al diritto alle cure mediche sarebbe costituito dalla richiesta di terapie "adeguate" alla cura delle patologie della persona.

In merito al requisito dell'adeguatezza delle terapie, questo orientamento interpretativo afferma che l'utente vanta un diritto all'erogazione di quelle prestazioni sanitarie "idonee" alla cura delle proprie patologie. In altri termini, le terapie dovranno essere erogate all'assistito anche se il servizio sanitario pubblico non le comprende fra quelle individuate dalle linee di politica sanitaria predisposte dallo Stato e dalle Regioni in rapporto alle risorse tecniche disponibili sul territorio e alle risorse economiche destinate al finanziamento del servizio sanitario.

¹⁸ Cfr. ad esempio, l'impostazione degli Autori indicati *supra*, nota 15 e soprattutto PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, 2 e 149.

¹⁹ Per i riflessi sul rapporto fra erogatore del servizio pubblico sanitario e utente Cass. S.U. sent. 10.3.1999, n. 117, e Cass. S.U., sent. 9.8.2000, n. 558.

L'utente, in questo caso avrà diritto al rimborso (spesso non totale) delle spese sostenute per sottoporsi alle terapie necessarie alla cura della propria patologia in centri non convenzionati con il servizio sanitario pubblico²⁰.

4. La dimensione dell'autorità: il diritto alla salute come diritto condizionato anche dalla discrezionalità amministrativa

Un altro orientamento giurisprudenziale, pur rilevando che il diritto alla salute ha natura di diritto soggettivo, pone invece l'accento sui "limiti" posti all'effettività delle previsioni costituzionali sulla tutela della salute e giunge ad affermare che il diritto alla salute è un diritto *condizionato* dalle valutazioni *politiche* riservate agli organi costituzionalmente competenti.

Il legislatore ha il compito di procedere all'individuazione del contenuto del diritto attraverso un'operazione di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, in particolare, con l'interesse alla stabilità economica e finanziaria dello Stato²¹.

In questa prospettiva, il diritto alla salute si configura come *diritto* che deve essere garantito, in base alle previsioni costituzionali, soltanto nel suo contenuto essenziale e che è suscettibile di *espansione* secondo le valutazioni discrezionali compiute dal legislatore.

Il limite/obbligo posto ai pubblici poteri dalla Costituzione di garantire una "assistenza adeguata" all'utente per la cura delle proprie patologie (obbligo, ad esempio di fornire i farmaci indispensabili)²², si traduce, sul piano della qualificazione degli atti compiuti dagli organi posti al vertice dell'organizzazione del servizio sanitario nazionale, in atti autoritativi, caratterizzati da *discrezionalità tecnica* nella valutazione della nozione di "assistenza adeguata".

Tenendo ferma la garanzia del contenuto essenziale del diritto alla salute, i pubblici poteri deputati all'applicazione delle linee di politica sanitaria si muovono nella sfera dell'autorità²³.

²⁰ Cass. S.U. sent. 10.3.1999, n. 117, e Cass. S.U., sent. 9.8.2000, n. 558.

²¹ Corte costituzionale, sent. 267/1998.

²² Cass. Civ. Sez. Lav. Sent. 22.4.1994, n. 3870; Cass. Civ. Sez. Lav., sent. 23.2.2000, n. 2034; Cass. Civ. Sez. Lav., 24.1.2003, n. 1092.

²³ Cass. Civ. Sez. Lav. Sent. 22.4.1994, n. 3870; Cass. Civ. Sez. Lav., sent. 23.2.2000, n. 2034; Cass. Civ. Sez. Lav., 24.1.2003, n. 1092.

Quest'orientamento interpretativo affronta, come è evidente, il nodo del rapporto fra privati ed amministrazione nell'erogazione del *servizio pubblico*²⁴.

La precettività delle disposizioni costituzionali che qualificano la salute come "diritto" sfuma e diventa preminente la dimensione della tutela della salute come *interesse* della collettività (tradotto nell'*interesse pubblico* alla tutela della salute) curato dai pubblici poteri nell'ambito della discrezionalità politica in materia di organizzazione ed individuazione delle condizioni e delle risorse destinate all'*implementazione* delle linee di politiche sanitarie.

Ora, ci si deve interrogare su quale di queste due differenti prospettive interpretative sia *compatibile* con l'attuale quadro normativo, caratterizzato dalla modifica del titolo V, parte II della Costituzione, oltre che dall'accresciuta rilevanza diritto comunitario rispetto alle due differenti ricostruzioni del contenuto e delle garanzie della tutela della salute.

Si cercherà di riflettere su questo interrogativo individuando i punti di *crisi* di entrambe le ricostruzioni alla luce del diritto interno e del diritto comunitario per poi formulare una proposta ricostruttiva.

5. Insufficienza della nozione del diritto alla salute come diritto soggettivo perfetto?

Le riforme del sistema sanitario italiano avviate nei primi anni novanta, hanno posto all'attenzione degli interpreti alcuni temi di grande rilievo attinenti l'organizzazione del *sistema integrato* dei servizi sanitari sul territorio italiano²⁵.

Il primo è quello del *controllo della spesa* per la salute attraverso il metodo della programmazione delle prestazioni sanitarie erogabili dal servizio pubblico e della conseguente fissazione di limiti di *budget* per i servizi sanitari (valutazione riservata alla competenza delle regioni italiane nel quadro dei livelli essenziali di assistenza individuati dallo Stato *ex art. 117, comma 3 lett. m) Cost.*).

Il secondo tema attiene alle implicazioni derivanti dal principio accolto dall'ordinamento italiano da circa un ventennio²⁶ per cui l'efficacia e l'economicità

²⁴ Si veda CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in MAZZAROLLI – PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA, *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi, Bologna, 2001, 984 ss.

²⁵ D.lgs. 502/1992; l. 59/97; D.lgs. 116/1998; l. 449/97.

²⁶ Corte costituzionale, sent. 173/1987.

del servizio sanitario possono essere raggiunte soltanto attraverso una *logica di tipo competitivo* tra pubblico e privato²⁷.

A prima vista, la legislazione sanitaria si colloca sulla linea teorica del diritto alla salute come diritto attratto nella sfera dell'autorità²⁸.

Il diritto alla salute, infatti, sarebbe recessivo rispetto alle “insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica”²⁹.

Le riforme legislative e costituzionali fanno pensare che questo “bene” fondamentale viene protetto se ed in quanto è possibile organizzare un servizio pubblico deputato alla sua tutela. Il fine dell'ordinamento individuato dall'art. 32 Cost. può essere perseguito “nei limiti” delle politiche (discrezionalità legislativa) e delle azioni (discrezionalità amministrativa) che i pubblici poteri ritengono opportuno e possibile realizzare: insomma, il diritto alla salute può essere un diritto *effettivo* soltanto qualora le condizioni economiche generali del Paese lo permettano e l'organizzazione del servizio lo preveda.

Anche se il legislatore sembra orientato ad ampliare gli spazi lasciati alla discrezionalità dei pubblici poteri sia nell'individuazione del contenuto del diritto sia nel rapporto con i privati, bisogna verificare se quest'indirizzo politico ed interpretativo, nelle sue implicazioni concrete, realizza i principi costituzionali o, piuttosto, li disattende.

Un'analisi critica delle disposizioni normative vigenti deve quindi verificare se la ricostruzione del diritto alla salute come “diritto condizionato”, ma allo stesso tempo “fondamentale”, è coerente con la Costituzione ed in particolare se non sia intrinsecamente contraddittoria.

L'inquadramento del diritto dell'individuo alla salute come *diritto condizionato attratto nella sfera dell'autorità* ha posto gli interpreti dinanzi al problema di garantire *senza distinzioni di condizioni economiche e sociali* la tutela della salute.

La compatibilità di questa prospettiva ricostruttiva con il principio di uguaglianza si gioca sulla individuazione della *misura* dei “condizionamenti” posti dall'esigenza dell'equilibrio finanziario del sistema e di efficacia ed economicità del

²⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 22.4.2004, n. 2296.

²⁸ *I.e.* del diritto condizionato *anche* dalla discrezionalità amministrativa.

²⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 20.1.2004, n. 1667 v. altresì Consiglio di Stato, sez. V, 20.1.2004, n. 1663, Cons. Stato, V, 30 aprile 2003, n. 2253.

servizio pubblico a copertura della “domanda” di salute che inevitabilmente eccede i limiti strutturali e tecnici del sistema sanitario pubblico e privato italiano.

Per rendere compatibile con i principi costituzionali la tesi del diritto condizionato dalla potestà legislativa ed amministrativa, questo percorso interpretativo distingue fra contenuto “normale” e contenuto “eccezionale” del servizio incaricato di garantire il diritto alla salute.

Rispetto al “normale” svolgimento dei servizi che presiedono alla tutela della salute³⁰, le situazioni giuridiche del titolare di tale diritto sembrano quelle *tipiche* di un rapporto fra pubblici poteri e soggetti privati attratto nella sfera dell’ autorità: qui il diritto alla salute è davvero un diritto “condizionato” e garantito nell’ambito dell’ esercizio di poteri discrezionali.

Nel caso del contenuto “eccezionale” del servizio³¹, invece, il potere discrezionale della pubblica amministrazione viene sostanzialmente annullato dalla precettività dei principi costituzionali che tutelano e garantiscono il rispetto del contenuto essenziale del diritto alla salute³².

Per quanto riguarda l’assetto strutturale del servizio sanitario incaricato di gestire il “normale” svolgimento dell’attività di garanzia del diritto, esso riflette il principio della libertà di scelta del paziente delle strutture sanitarie, collegandolo alla nozione del servizio sanitario come servizio pubblico in senso “oggettivo”³³ e all’ accoglimento della tendenziale parità fra pubblico e privato nella prestazione del servizio. Il soggetto pubblico cui è attribuito l’ onere di prestare il servizio sanitario è vincolato dai limiti di programmazione individuati dall’ ASL in base ai principi di sussidiarietà e di adeguatezza, mentre il soggetto privato incaricato di prestare il servizio è vincolato dalla convenzione di accreditamento con l’ Azienda sanitaria³⁴.

Le garanzie costituzionali del diritto alla salute si concretano, dunque, nel principio del *graduale raggiungimento* di livelli di efficienza e di efficacia del

³⁰ Quello che riguarda le situazioni nelle quali l’utente del servizio non si trova in condizioni di salute gravi, ossia che richiedono cure urgenti e/o non coperte dal servizio pubblico.

³¹ Necessità di terapie urgenti e/o non erogate dal servizio sanitario nazionale.

³² «[C]on la conseguente inconfigurabilità di atti amministrativi (...) condizionanti il diritto all’assistenza» Cass.Civ. S.U., 9.8.2000, n. 558. Cfr. anche Cass. S.U., sent. 10.5.2001, n. 194.

³³ POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, spec. 417 ss.; *contra* GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 537-551; CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit. 945, per i riflessi sul rapporto fra logica della concorrenza e servizi pubblici MERUSI, *I servizi pubblici negli anni ’80*, in *Quad. reg.*, 1985, 42.

³⁴ Convenzione che non può avere effetti retroattivi per quanto riguarda la riduzione dei trasferimenti che le pubbliche amministrazioni devono corrispondere ai privati. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22.4.2004, n. 2296.

servizio attraverso l'adozione del metodo "della concertazione" che, nel rispetto di una *procedura* d'imposizione dei tetti di spesa che sia trasparente e concordata fra i soggetti coinvolti nel "mercato" dei servizi sanitari, permette di utilizzare al meglio le risorse tecniche presenti sul territorio regionale³⁵.

In conclusione, la tesi del diritto *condizionato* dal potere legislativo ed amministrativo, tenendo conto dell'esistenza di vincoli di spesa che costituiscono *limiti oggettivi*³⁶ ed *esterni* all'ambito di effettività che a tale diritto viene garantito dal legislatore, contesta che il contenuto del diritto alla salute comprenda un diritto all'illimitata disponibilità di metodi terapeutici e di strutture tecnicamente avanzate per la cura della persona. Di contro, è il legislatore ad individuare il contenuto del diritto alle terapie necessarie alla cura delle patologie degli utenti e a destinare le risorse per l'organizzazione del servizio (programmazione dell'attività e dei costi delle strutture sanitarie pubbliche), mentre l'amministrazione dovrà rispettare il principio della libertà di scelta fra pubblico e privato, garantire la "efficace competizione"³⁷ fra le strutture sanitarie comprese nel sistema integrato dei servizi alla salute e valutare in base al criterio dell'economicità le condizioni dell'accreditamento³⁸.

Come è stato già accennato, quest'impostazione teorica, rende flessibile il modello strutturale *normale* del diritto alle terapie per permettere l'effettiva garanzia del contenuto minimo del diritto alla salute, prevedendo un regime *eccezionale* di tutela volto a sottrarre alla discrezionalità politica dei pubblici poteri le "scelte" sulla salute.

Le condizioni e il contenuto delle forme "eccezionali" di erogazione del servizio sanitario si concretano nel regime dell'assistenza sanitaria *indiretta*³⁹. Le forme "indirette" di erogazione del servizio permettono all'utente del servizio

³⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 20.1.2004, n. 1667, Consiglio di Stato, sez. V, 20.1.2004, n. 1663, Consiglio di Stato, sez. V, 31.1.2003, n. 499.

³⁶ Corte costituzionale, sent. 247/1992. Cfr. anche par. 3.2

³⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 20.1.2004, n. 1667, punto 5 in diritto.

³⁸ Sulla qualificazione dell'accreditamento in termini di "concessione" o "autorizzazione" cfr. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in MAZZAROLLI – PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, cit., 1227, spec., 1539 – 1554, che lo qualifica come atto strumentale, ricognitivo, ossia come un atto adottato in caso di costituzione *ex lege* di un rapporto fra amministrazione e il privato nel quale l'amministrazione si limita a verificare l'esistenza dei presupposti previsti dalla legge senza esercitare quindi un'attività discrezionale; cfr., anche CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2004, 303 e 309.

³⁹ Cioè non fornite da strutture sanitarie pubbliche o da soggetti convenzionati con la Pubblica Amministrazione. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 29.1.2004, n. 309, sui LEA; Consiglio di Stato, sez. V, 23.1.2004, n. 206 e Cass. S.U., sent. 20.1.1999, n. 88 sulla natura delle convenzioni di accreditamento (concessioni *ex lege*).

sanitario italiano di esercitare il diritto fondamentale ad ottenere prestazioni conformi alle proprie esigenze in caso di oggettiva inidoneità del servizio sanitario ad erogare terapie *adeguate*.

Il regime di assistenza indiretta prevede che l'utente può essere autorizzato ad effettuare le terapie necessarie in uno Stato estero o in una struttura non convenzionata presente sul territorio nazionale, previa autorizzazione da parte dell'amministrazione⁴⁰.

Si resterebbe comunque nell'ambito della dialettica potere amministrativo-interesse pretensivo ed il rapporto fra privato ed amministrazione sarebbe regolato da istituti tipici del regime del procedimento amministrativo, tuttavia la giurisprudenza, facendo leva sugli istituti tipici del controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'atto amministrativo, come la violazione di legge o l'eccesso di potere per illogicità della motivazione, ha rafforzato la posizione del soggetto che richiede una prestazione sanitaria indiretta individuando un preciso obbligo per l'amministrazione: pena l'illegittimità del provvedimento, l'amministrazione che intende negare l'autorizzazione all'utente è tenuta ad indicare le strutture sanitarie che effettuano terapie adeguate alla cura delle sue patologie⁴¹.

Inoltre, è stata fortemente temperata la disciplina delle prestazioni sanitarie indirette ottenute in mancanza di previa autorizzazione. La giurisprudenza ha infatti rilevato l'illogicità del diniego dell'autorizzazione al rimborso *anche* qualora l'istanza fosse stata presentata *successivamente allo svolgimento della terapia*, ricostruendo quindi, affianco al regime *normale* delle prestazioni indirette che, come si è detto, prevede una previa autorizzazione da parte dell'amministrazione, un regime eccezionale. Facendo leva sulla sussistenza di alcune condizioni quali la gravità della patologia, l'urgenza della cura, l'idoneità e la necessità dei trattamenti ricevuti, è stato statuito che qualora i trattamenti sanitari oggetto della richiesta di rimborso si fossero rivelati comparativamente più adeguati rispetto a quelli erogati dal servizio pubblico, l'utente del servizio sanitario avrebbe avuto titolo ad ottenere il rimborso delle cure effettuate.

⁴⁰ Art. 3, comma 5 l. 595/1985 e D.M. sanità 3.11.1989 di attuazione.

⁴¹ Consiglio di Stato, sez. V, sent. 29.1.2004, n. 309, per la qualificazione del vizio dell'atto relativo alla mancanza o alla insufficienza della motivazione come eccesso di potere o violazione di legge dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 l. 142/1990, TAR Sardegna, Cagliari, 14.5.1996 n. 683, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 297; VILLATA, *L'atto amministrativo*, in MAZZAROLLI – PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., II, 1525; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 493, DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 274.

Gli strumenti tipici di controllo della discrezionalità amministrativa si sono rivelati, così, molto incisivi per garantire effettività al diritto alla salute.

La ricostruzione dei limiti alla discrezionalità amministrativa in materia di tutela della salute, tuttavia, non ha concretamente affrontato il nodo *dell'estensione del diritto alle terapie* sotto il profilo dell'*adeguatezza-esigibilità* della prestazione, né sotto quello dell'*adeguatezza-organizzazione* del servizio. Le possibili lesioni al diritto alla salute della persona derivanti dalle tipologie di terapie ritenute dal legislatore “essenziali” per la tutela della salute o dalle modalità di organizzazione del servizio pubblico rilevano in misura limitata nelle valutazioni sulla legittimità degli atti dell'amministrazione perché l'amministrazione ha soltanto l'onere di motivare il provvedimento di diniego qualora riscontri che le terapie non coperte dai LEA o dal Piano Sanitario regionale non possano essere ritenute “comparativamente” più adeguate o qualora essa accerti che in una struttura pubblica o convenzionata potevano essere effettuate delle terapie rientranti nei LEA. Non è possibile, in altre parole, garantire una piena tutela *caso per caso* alla salute della persona, perché il livello di protezione della salute viene individuato *a priori* a seguito di un bilanciamento, una prima volta a livello legislativo, con l'interesse all'equilibrio finanziario e con il tipo di risorse tecniche disponibili sul territorio nazionale (fissazione dei LEA⁴²) ed una seconda volta a livello amministrativo, con il rispetto dei vincoli di *budget* attribuiti dalle Regioni alle ASL e dalle ASL alle strutture convenzionate: il contenuto del diritto è determinato *in astratto*, la persona che esercita il proprio diritto alla salute ha soltanto un interesse qualificato a controllare la legittimità dell'attività amministrativa.

6. I principi della libera scelta e della parità tra pubblico e privato in materia sanitaria ed i riflessi sul contenuto del diritto

Questo modello di attuazione dei principi costituzionali in relazione al “diritto alle terapie sanitarie” afferma, dunque, che la garanzia del diritto alla salute risiede nella

⁴² Per il diritto alla salute si sovrappongono, sul piano terminologico il concetto di livelli essenziali delle prestazioni e di livelli essenziali di assistenza (LEA) perché questi ultimi sono stati stabiliti in Conferenza Stato-Regioni, seduta del 22 novembre 2001, *Accordo tra Governo, Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano sui Livelli Essenziali di Assistenza Sanitaria ai sensi dell'articolo 1 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni*, recepiti in un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2001 e poi “legificati” ex art. 54 l. 289/2002 (legge finanziaria 2003), ora confermati dall'art. 1 comma 169 l. 311/2004 (legge finanziaria 2005).

corretta organizzazione e gestione del servizio, nei limiti individuati dalla legge. Il titolare del diritto alla salute riceve una tutela *indiretta*, mediata dagli atti normativi che individuano il contenuto delle prestazioni sanitarie e le modalità organizzative del servizio e dagli atti di gestione di quest'ultimo. La garanzia del diritto è quella propria del procedimento di accertamento dei vizi degli atti amministrativi che gli negano determinate prestazioni o che ne attribuiscono alcune non idonee a soddisfare la "domanda di salute" della persona.

L'effettività del diritto si concreta nel controllo sulla motivazione del provvedimento amministrativo, è insita nella logica della programmazione, nell'individuazione dei livelli essenziali di assistenza⁴³ e, quindi, nell'efficacia dell'azione dei pubblici poteri.

Quanto all'*effettività mediante la programmazione*, infatti, i LEA costituiscono il punto di riferimento essenziale per l'individuazione del contenuto del diritto ed il controllo sul rispetto delle garanzie costituzionali deve essere esercitato, da un lato, verificando il rispetto del limite alle competenze concorrenti regionali in materia di tutela della salute (art. 117 comma 3 Cost.) e dall'altro, verificando il rispetto del limite degli artt. 2, 3 e 32 Cost. relativo alla garanzia del contenuto essenziale del diritto. Le forme sono quelle del controllo di costituzionalità degli atti normativi.

La verifica della compatibilità con i principi costituzionali e gli atti di programmazione degli atti dell'amministrazione sanitaria spetta, invece, in primo luogo alla Regione. Quest'ultima, infatti, ha il compito di programmare ed organizzare il servizio pubblico integrato della sanità, detiene poteri di controllo della qualità delle prestazioni erogate e di direzione sulla gestione delle aziende sanitarie pubbliche e private⁴⁴, salvo il potere del Ministro della Salute di verificare l'effettiva ed efficiente erogazione dei LEA accedendo presso le ASL e le aziende ospedaliere.⁴⁵

Per quanto riguarda, infine, l'accreditamento dei privati nel servizio pubblico, sarà l'amministrazione sanitaria ad individuare i diritti ed obblighi generali del concedente e del concessionario del servizio sanitario.

⁴³ Sulla riserva di legge in materia e la problematica delle leggi provvedimento, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4.2.2004, n. 398, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1103, con nota di GIGLIONI, *Le procedure di determinazione dei livelli essenziali di assistenza*.

⁴⁴ In merito al riparto di competenze legislative fra Stato e regioni sul diritto alla salute di cui all'art. 117 Cost., cfr. Corte cost. sentt. 282/2002; 88/2002; 338/2003. Sulle competenze regionali in materia di organizzazione del servizio sanitario regionale cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23.1.2004, n. 206.

⁴⁵ Art. 1 comma 172 l. 311/2004.

Ma come si afferma la titolarità del diritto alla salute in questa rete di competenze normative ed amministrative?

Lo strumento principale, come si è già detto, è rappresentato dalla “giustiziabilità” del principio di buon andamento della pubblica amministrazione – che ha comportato l’affermazione, in giurisprudenza, del principio della parità fra pubblico e privato⁴⁶.

Per ragionare su questo aspetto dell’analisi della teoria del diritto condizionato anche dalla discrezionalità amministrativa è necessario richiamare le conclusioni del dibattito relativo alla natura della convenzione stipulata fra ASL e privati accreditati per l'erogazione di prestazioni sanitarie, sulla natura dei poteri delle Regioni e delle ASL rispetto alla individuazione delle clausole della convenzione con il privato.

Secondo l’orientamento interpretativo maggioritario, l’amministrazione eserciterebbe poteri autoritativi nell’ambito del rapporto di convenzionamento con il soggetto privato.

L’affermazione che il privato vanti un “diritto” al riconoscimento dei requisiti previsti dalla legge per l’iscrizione nell’elenco dei soggetti accreditati, non implicherebbe un mutamento del rapporto fra soggetto privato e pubblica amministrazione che svolge funzioni di tutela della salute,⁴⁷ ma si risolverebbe in una procedimentalizzazione del potere amministrativo, che è vincolato – nella individuazione dei soggetti privati con cui stipulare delle convenzioni – al mero accertamento degli *standards di qualificazione* previsti dall’art. 8, comma 4 d.lgs. 502/1992 (e definiti nell’atto di indirizzo e coordinamento emanato a seguito di un’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni e Province autonome)⁴⁸ e nel controllo della permanenza di tali requisiti in capo al soggetto accreditato⁴⁹. D’altro canto, a fronte di tale *diritto*, il soggetto privato accreditato è obbligato ad erogare le prestazioni sanitarie – individuate come essenziali alla tutela della salute dallo Stato e dalle Regioni nell’esercizio delle loro rispettive competenze e dalle ASL nella singola convenzione conclusa con l’amministrazione – agli assistiti dal servizio sanitario pubblico.

È evidente, quindi, che il principio della libertà di scelta tra soggetto pubblico e soggetto privato (accreditato) per l’ottenimento delle prestazioni sanitarie non incide

⁴⁶ Il principio della parità fra pubblico e privato è stato “positivizzato” nel d.lgs. 502/1992 e poi nella l. 449/1997 su cui ad es. Cons. Stato, sez. V, 22.4.2004, n. 2296.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. IV, 26.1.2004, n. 241.

⁴⁸ Cfr. Corte costituzionale, sent. 416/1995 punto 6.1 del considerato in diritto.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. IV, 26.1.2004, n. 241

in alcun modo sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive che trovano la loro *ratio* nel diritto fondamentale alla salute: diritto alla salute non significherebbe libertà di scelta delle prestazioni per il paziente⁵⁰.

Dal nuovo impianto normativo emergono però con maggiore evidenza quei risvolti derivanti dalla costituzionalizzazione del diritto alla salute legati alla natura del potere amministrativo di applicazione delle disposizioni della legge 502/1992: l'amministrazione competente avrebbe un vero e proprio *obbligo* di attivarsi sia per riconoscere i soggetti in possesso dei requisiti necessari all'accreditamento, sia per controllare se essi permangono in capo ai soggetti accreditati ed è entro tali limiti che si rende giustiziabile il diritto alla "scelta" del luogo e delle modalità di esecuzione delle prestazioni sanitarie⁵¹.

7. La tesi del diritto condizionato solo legislativamente è l'unica compatibile con i principi costituzionali?

La natura "fondamentale" del diritto alla salute ed il suo contenuto "unitario", com'è già stato evidenziato, hanno consentito la correzione della rigidità del modello della programmazione, come si è visto, ma la tesi del diritto condizionato attratto nella sfera dell'autorità (accettata dal legislatore e da parte della giurisprudenza) non lascia comunque spazio ad alcuna forma di tutela né nella prospettiva dell'*esigibilità-adequatezza* delle prestazioni, né in quella – strettamente connessa – dell'*organizzazione-adequatezza* del servizio.

L'unica soluzione che garantirebbe l'effettività del diritto alla salute è quella propria della teoria del diritto soggettivo perfetto (diritto condizionato solo legislativamente): il diritto a terapie adeguate verrebbe garantito attraverso la disapplicazione dei LEA⁵², qualora si rilevi che un soggetto abbia richiesto prestazioni *indispensabili, insostituibili, non assimilabili ad altre classificate nei LEA, e specifiche* per il trattamento sanitario di una patologia da cui era affetto⁵³.

⁵⁰ Corte costituzionale, sent. 416/1995 punto 6.3 del considerato in diritto.

⁵¹ Cfr. Corte costituzionale, sent. 416/1995, punto 6.1 del considerato in diritto.

⁵² Ove contenuti in atti non legislativi. La sigla LEA sta per livelli di protezione *minima ed obbligatoria* dei diritti civili e sociali che devono essere garantiti – nella logica del coordinamento pubblico-privato – su tutto il territorio italiano in modo uniforme. Cfr. Corte cost., sent. 88/2003.

⁵³ Cass. civ., sez. lav., sent. 24.1.2003, n. 1092 sulla disapplicazione degli atti regolamentari contenenti i LEA laddove non comprendono prestazioni necessarie alla cura di una patologia, T.A.R. Puglia, sez. II, Lecce, ord. sospensiva 1.1.2003, n. 499 sulla sospensione dell'applicazione dei LEA laddove non individuano nuove indicazioni cliniche per una determinata patologia e non ne comprendono nessuna

Ma anche al di là della – non agevole – praticabilità dello strumento della disapplicazione, è evidente che gli istituti che vengono in rilievo restano quelli tipici del rapporto autoritativo fra soggetto pubblico e privato: la prospettiva è sempre quella del controllo *esterno* sull'atto amministrativo (effettuata, secondo tale prospettiva, dal giudice ordinario in via incidentale).

Prevale comunque la dimensione della tutela della salute come *interesse*, o meglio, come *diritto condizionato solo dal legislatore*.

Anche questa impostazione non risponde al nodo principale da affrontare quando si ragiona sull'effettività della tutela del diritto alla salute: quali sono i criteri in base ai quali poter definire il contenuto essenziale del diritto?

Una prima indicazione per rispondere a tale interrogativo proviene dal regime delle prestazioni sanitarie indirette, regime da cui si possono trarre indici utili per valutare la compatibilità delle scelte legislative ed amministrative con il principi per cui nel nostro ordinamento costituzionale deve essere garantito il contenuto *essenziale* del diritto alla salute.

Il primo dato che viene in rilievo rispetto al regime delle prestazioni sanitarie indirette è che l'ordinamento italiano (ed anche gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea) lo configura come un regime *eccezionale* rispetto all'ipotesi *normale* dell'erogazione di servizi sanitari⁵⁴.

Si è già evidenziato come la *ratio* sottesa a tale normativa è che il diritto alla salute ha natura di diritto condizionato, di diritto “ai trattamenti sanitari *necessari*”⁵⁵. Ciò significa che il servizio sanitario integrato pubblico ha l'obbligo di fornire prestazioni sanitarie *adeguate* rispetto al risultato terapeutico (e quindi idonee a migliorare lo stato di salute) ma non ha l'obbligo di erogare le *migliori terapie* e di possedere le *migliori tecnologie* disponibili allo stato della conoscenza medica⁵⁶.

Si è già visto, infatti, che le scelte relative alle tipologie di prestazioni sanitarie erogabili dal servizio sanitario integrato attengono al piano della *discrezionalità* politica, mentre quelle relative alla verifica in concreto della sussistenza delle condizioni in presenza delle quali è obbligatoria l'erogazione delle prestazioni attengono all'ambito *dell'amministrazione* della sanità, controllabile mediante il

per il trattamento della stessa. In dottrina, per le problematiche connesse al tipo di fonte che disciplina l'organizzazione del servizio DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, CEDAM, 2000.

⁵⁴ Ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 29.1.2004, n. 309.

⁵⁵ Corte costituzionale, sent. 267/1998 (corsivo aggiunto).

⁵⁶ Cass. Civ. Sez. Lavoro, sent. 7.4.2004 n. 6838 e Cass. Civ. Sez. Lavoro, sent. 3.11.2003, n. 16455.

sindacato sulla legittimità degli atti amministrativi, ma non sostituibile con provvedimenti dell'autorità giudiziaria che garantiscano un diritto *assoluto* alla tutela della salute⁵⁷.

La teoria del diritto solo legislativamente condizionato svincola la piena espansione del diritto alla salute dalle forme di controllo autoritativo da parte dell'amministrazione, ma resta fragile sul piano teorico perché non riesce ad infrangere la barriera posta dai condizionamenti legislativi al diritto.

Compiere scelte discrezionali a livello politico in materia di tutela della salute, infatti, significa contemperare esigenze di tutela della salute, vincoli di bilancio e limiti posti dalle capacità tecniche ed organizzative dell'amministrazione sanitaria, scelte che si sono dimostrate come difficilmente "controllabili" attraverso gli strumenti del sindacato giurisdizionale e di costituzionalità.

Il limite oggettivo posto dalle *risorse organizzative* disponibili è costituito dal patrimonio di conoscenze tecniche di cui è dotato il sistema sanitario integrato e dalla capacità che ha di sopperire alla *domanda* di servizi e prestazioni sanitarie.

Il legislatore tutela il contenuto essenziale del diritto alla salute individuando alcuni parametri per regolare l'esercizio delle competenze amministrative in materia di autorizzazione al rimborso delle spese per prestazioni sanitarie in uno Stato estero. I parametri sono la *non usualità-efficacia* e la *tempestività-efficacia* della terapia. In altri termini, il privato è tenuto a dimostrare, per ottenere il rimborso delle prestazioni sanitarie *indirette* (effettuate all'estero), alternativamente:

- a) che le terapie cui intende sottoporsi *non* sono praticate né dalle strutture del sistema sanitario pubblico integrato, né da strutture private presenti sul territorio nazionale e che tali terapie sono *più efficaci* per la cura della propria patologia di quelle ottenibili usufruendo del servizio sanitario integrato;
- b) che intende effettuare all'estero (o presso strutture non convenzionate) una terapia *usualmente* praticata dal sistema sanitario pubblico integrato perché vi sono tempi di attesa inferiori e vi sono esigenze obiettive che la terapia venga effettuata in tempi rapidi.

In altri termini, quando la pubblica amministrazione è chiamata ad autorizzare il rimborso delle prestazioni sanitarie indirette, essa verifica in concreto, nel caso *sub a)*, se le terapie richieste dall'assistito sono quelle che sarebbero *normalmente*

⁵⁷Cass. Civ. Sez. Lavoro, sent. 26.4.2004, n. 7912.

praticate per quel particolare quadro patologico e se vi sono terapie praticate nelle strutture nazionali che sono *comparativamente* altrettanto efficaci; mentre, nel caso *sub b)*, se la terapia è idonea al trattamento di tale patologia e se vi è un'esigenza di tempestività tale da giustificare il trattamento sanitario indiretto all'estero.

I criteri previsti dal legislatore garantiscono una effettiva tutela della salute?

In alcuni casi sembrerebbe di no.

Ad esempio, si potrebbe verificare, nel caso *sub a)*, che laddove il paziente richieda una terapia *non usualmente* praticata sul territorio nazionale, questa potrebbe essere ritenuta *non idonea* alla cura della patologia perché non è quella *normalmente* praticata secondo i canoni della scienza medica *nazionale*; e nel caso *sub b)*, che il paziente sarebbe tenuto a dimostrare l'*urgenza* e la *tempestività*, ovvero, che la terapia richiesta deve essere effettuata in tempi rapidissimi (*urgenza*) perché in questo caso la terapia darà dei benefici comparativamente maggiori rispetto al caso in cui venisse differita (*tempestività*).

Le terapie particolarmente innovative sarebbero così escluse dalla copertura finanziaria e il paziente non potrebbe ricevere in tempi più rapidi prestazioni sanitarie se queste sono erogabili dal servizio pubblico se non viene provata la sussistenza di un beneficio "comparativo" rispetto alle terapie nazionali: le liste d'attesa non sono ritenute dal legislatore, tendenzialmente, come una lesione al contenuto essenziale del diritto alla salute tranne che in casi di particolare gravità.

Anche la tesi del diritto solo legislativamente condizionato, quindi, *protegge* il sistema sanitario nazionale dalla concorrenza delle strutture estere sul piano dell'efficienza tecnica ed organizzativa.

È possibile contenere gli effetti sulla protezione della salute che derivano dai limiti organizzativi e finanziari individuati dal legislatore?

Come si vedrà, dopo aver esaminato l'altro limite oggettivo (quello delle risorse finanziarie), i principi comunitari – che si avvicinano al modello di tutela della salute come diritto condizionato *solo* sul piano legislativo – permettono di superare i vincoli posti dalla legislazione e dalla giurisprudenza maggioritaria, ampliando la sfera di tutela del diritto alla salute nelle fattispecie a *rilevanza comunitaria*, con non pochi problemi sul piano delle *discriminazioni alla rovescia* che potrebbero portare a censure d'incostituzionalità della disciplina italiana del "diritto alle cure"⁵⁸.

⁵⁸ L'affascinante tematica delle discriminazioni alla rovescia non sarà, tuttavia, affrontata in questo contributo. Sul punto, ad es. Corte cost. sent. 86/2004; Corte cost. sent. 332/2002; Corte cost. sent.

Per quanto riguarda il limite finanziario, esso costituisce il *fulcro* intorno al quale ruota (anche) la ricostruzione del diritto alla salute come diritto *condizionato solo legislativamente* e lo strumento utilizzato dai pubblici poteri per sottrarre le proprie scelte discrezionali a penetranti forme di controllo giurisdizionale.

Infatti, la limitatezza delle risorse economico-finanziarie rende costituzionalmente legittime quelle disposizioni di legge che negano un rimborso integrale delle prestazioni sanitarie ottenute all'estero o che, più genericamente, subordinano ad esigenze di carattere economico la tipologia delle prestazioni sanitarie rimborsabili all'assistito⁵⁹. In secondo luogo, rende legittimi i "tetti si spesa", ossia quelle previsioni autoritative che impongono alle strutture facenti parte del servizio sanitario integrato dei limiti di *budget* per l'erogazione delle prestazioni sanitarie⁶⁰.

Ovviamente, le esigenze finanziarie non possono assumere un rilievo "assolutamente preponderante" nella scelta di limitare le prestazioni rimborsabili o le spese rimborsabili⁶¹ e in ogni caso le limitazioni poste al pieno godimento del diritto alla salute devono essere enucleate all'interno di procedimenti che garantiscano un effettivo bilanciamento con gli altri diritti ed interessi fondamentali tutelati dall'ordinamento⁶².

Questo per salvaguardare il *contenuto essenziale del diritto*, che, come si vedrà, emerge attraverso i vincoli procedurali posti all'azione dei pubblici poteri.

8. L'organizzazione del servizio sanitario integrato italiano e il principio comunitario della libera prestazione dei servizi: nuove problematiche per l'inquadramento teorico del diritto alla salute

219/2002; Corte di giustizia CE, sent. 7 novembre 2000, in causa C-168/98, con nota di SPITALERI, *Accesso alla professione forense e discriminazioni "alla rovescia" nella sentenza Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *DUE*, 1/2001, 179-195; Corte costituzionale, sent. 61/1996; Corte costituzionale, sent. 443/1997, con nota di NINATTI, "*La sola alternativa praticabile*": *eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1998, 215-233; Corte cost. sent. 40/1998; Corte cost. sent. 409/1998; TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*. Relazione al convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Trieste, 17-19 dicembre 1998, in *DUE*, 1/1999, 1-19; Corte di giustizia CE, sent. 5.12.2000, C-448/98 con nota di PALLARO, *La sentenza Guimont: un definitivo superamento "processuale" dell'irrelevanza comunitaria "sostanziale" delle c.d. "discriminazioni a rovescio"?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2001, 95-121; Corte di giustizia CE, sent. 14.4.2005, in causa C-110/2003.

⁵⁹ Corte costituzionale, sent. 247/1992 cit.

⁶⁰ Consiglio di Stato, 20.1.2004, n. 1663, punto 6 in diritto.

⁶¹ Corte costituzionale, sent. 304/1994 e Corte costituzionale, sent. 309/1999.

⁶² Cfr. Cons. Stato, 20.1.2004, n. 1663, punto 6 in diritto.

Nonostante la Comunità europea non abbia competenze in materia di previdenza ed assistenza sanitaria né in materia di organizzazione del servizio sanitario è indubbio che i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario e le disposizioni del trattato istitutivo abbiano inciso profondamente sull'interpretazione delle condizioni di erogazione delle prestazioni sanitarie e indirettamente sull'organizzazione e l'esercizio delle competenze delle amministrazioni nazionali in materia di tutela della salute.

Secondo l'orientamento costante della Corte di giustizia delle comunità europee, infatti, i servizi sanitari rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 49 e 50 CE⁶³. Questo comporta che "obiettivi di natura puramente economica non giustificano gli ostacoli al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi"⁶⁴. La riconduzione dei servizi sanitari nell'ambito di applicazione degli artt. 49 e 50 del Trattato istitutivo della Comunità europea impone agli Stati membri il bilanciamento fra la tutela della "concorrenza" (implicitamente affermata dal principio della libera prestazione dei servizi) ed i principi che sottostanno all'organizzazione del servizio sanitario nazionale pubblico.

In particolare, anche se l'ordinamento comunitario non disciplina né l'individuazione delle condizioni del diritto/obbligo di iscrizione ad un regime previdenziale da parte dei cittadini e dei residenti sul territorio degli Stati membri, né l'individuazione delle condizioni alle quali è subordinato il diritto alle prestazioni sanitarie⁶⁵, gli Stati non potranno differenziare la disciplina giuridica delle condizioni per il *rimborso* delle prestazioni sanitarie effettuate *dal servizio sanitario pubblico nazionale*, rispetto a quelle del *rimborso di prestazioni sanitarie effettuate all'estero o da imprese sanitarie comunitarie*, a meno che non dimostrino che le misure restrittive poste alla *concorrenza* in materia di servizi alla salute abbia una *precisa*

⁶³ Corte di giustizia CE, sent. 28.4.1998, causa C-120/95, *Decker*, in *Racc.* 1998, I, 1831 sent. 12.9.2001, causa C-368/98, *Vanbraekel*; sent. 13.5.2003, causa C-385/99, *Müller Fauré e van Riet*, e sent. 23.10.2003, causa C-56/01, *Inizan*, in *riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2004, con nota di ANTONIAZZI, *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione dei 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*, *ivi*, 603.

⁶⁴ Corte di giustizia CE, sent. 28.4.1998, causa C-158/96, *Kohll*, *cit.* In dottrina, sui riflessi che le disposizioni del Trattato Ce avrebbero potuto spiegare sul regime giuridico dei servizi pubblici e sui provvedimenti amministrativi PICOZZA, (voce) *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, I, 1997, 8, 9, 12; FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1/2000, 181.

⁶⁵ Corte di giustizia CE, sent. 30.1.1997, cause riunite C-4/95 e C-5/95 *Stöber e Piosa Pereira*, in *Racc.* 1997, I, 511 e sent. 28.4.1998, causa C-158/96, *Kohll*, in *Racc.* 1998, I, 1931, par. 36.

*giustificazione*⁶⁶. Al fine di salvaguardare il principio di concorrenza e la libertà di prestazione dei servizi, l'ordinamento comunitario attribuisce allo Stato membro l'onere della prova che le *misure-ostacolo* alla liberalizzazione del mercato dei servizi alla salute sono obiettive, non discriminatorie sulla base della nazionalità del prestatore dei servizi, idonee e proporzionate rispetto allo scopo-bene giuridico che intendono proteggere⁶⁷.

Come si è già evidenziato, però, nelle decisioni degli organi giurisdizionali italiani in materia di prestazioni sanitarie indirette non è stata mai messa in dubbio la costituzionalità della distinzione fra regime *normale* e regime *eccezionale* del diritto alle cure mediche. Sembra, anzi, patrimonio culturale degli ordinamenti statali europei l'assunto che la disciplina del *welfare* implica il *controllo autoritativo* dei pubblici poteri sulle modalità, i requisiti organizzativi, la programmazione dei servizi, delle spese, la predeterminazione dei soggetti erogatori del servizio.

Era quindi inevitabile che la Corte di giustizia si sarebbe trovata a giudicare della compatibilità con i principi comunitari sulla concorrenza delle discipline nazionali sui servizi alla salute.

Tutte le questioni poste al vaglio della Corte di giustizia sono state originate da rinvii pregiudiziali in procedimenti in cui i giudici nazionali si sono trovati a dover decidere sulla legittimità del diniego di autorizzazioni al rimborso di cure mediche.

A sostegno della legittimità *comunitaria* di disposizioni nazionali che differenziano il trattamento delle prestazioni sanitarie *indirette*, gli Stati membri hanno addotto l'esigenza di salvaguardare due interessi fondamentali dello Stato: garantire la qualità delle prestazioni sanitarie e l'equilibrio finanziario.

La protezione della salute dell'utente del servizio sanitario e del patrimonio di conoscenze scientifiche e tecniche sul territorio nazionale costituirebbe il primo fondamento delle *misure-ostacolo*: parificando il trattamento delle prestazioni sanitarie indirette all'estero al regime normale di erogazione del servizio, i pubblici poteri non potrebbero più effettuare quell'azione di programmazione e di controllo della spesa sanitaria che è funzionale ad un'elevata qualità delle prestazioni. Inoltre, una normativa meno restrittiva rispetto all'erogazione delle prestazioni sanitarie indirette impedirebbe lo sviluppo delle conoscenze tecniche e scientifiche nelle

⁶⁶ Corte di giustizia CE, sent. 18.3.2004, causa C-8/02, *Leichtle*, cit., par. 41 e 42.

⁶⁷ Corte di giustizia CE, sent. 18.3.2004, causa C-8/02, *Leichtle*, cit., par. 45.

strutture sanitarie pubbliche perché vi sarebbero meno risorse e meno pazienti da curare per il servizio *pubblico*.

Quanto alle esigenze di “bilancio”, secondo gli Stati, la parificazione del trattamento delle prestazioni sanitarie indirette impedirebbe la programmazione della spesa sanitaria e renderebbe inutile la fissazione dei tetti di spesa.

La Corte di Lussemburgo ha sempre respinto tali argomentazioni, ritenendo indimostrati i presupposti delle *misure-ostacolo* ed insufficienti le motivazioni addotte a giustificazione delle limitazioni alla libertà di prestazione dei servizi.

In particolare, in relazione alle normative nazionali che *ostacolavano* il rimborso delle prestazioni sanitarie all'estero per garantire la *qualità* delle prestazioni mediche da parte dello Stato, la Corte di giustizia ha affermato che essendo intervenuta una disciplina uniforme in merito ai requisiti richiesti per poter svolgere professioni sanitarie non è più possibile sostenere che in uno degli Stati membri gli *standards qualitativi* del personale tecnico atto a prestare il servizio possano essere insufficienti o inadeguati a garantire un elevato livello di tutela della salute del paziente⁶⁸.

Quanto ai motivi relativi alla tutela del patrimonio di conoscenze tecnico-scientifiche *nazionali* e dell'equilibrio finanziario dello Stato, è emersa la tendenziale legittimità delle *misure-ostacolo* idonee e strettamente proporzionate ad evitare *gravi* alterazioni del sistema previdenziale dello Stato e volte a garantire l'*uguaglianza sostanziale*⁶⁹, tuttavia, la Corte ha precisato che soltanto la dimostrazione del carattere *necessario* della misura-ostacolo per la salvaguardia della competenza medica, del servizio sanitario protetto della popolazione, permette di ritenere legittima la normativa interna, cosa che sinora non è stata provata dagli Stati⁷⁰.

Sotto questo profilo, quindi, la Corte di giustizia ha condizionato l'esercizio della discrezionalità legislativa sotto il profilo dell'*organizzazione del servizio*, estendendo l'ambito di tutela del diritto alla salute e limitando l'incidenza dei limiti oggettivi in precedenza descritti.

⁶⁸ Riferendosi in particolare alle direttive CE che riguardano le professioni di medico e dentista, Corte di giustizia CE, sent. 28.4.1998, causa C-158/96, *Kohll*, cit., par. 47-49.

⁶⁹ Quali un servizio medico-ospedaliero uniforme e accessibile su tutto il territorio nazionale, ritenuto uno dei “motivi imperativi d'interesse generale” che possono giustificare una misura restrittiva della libertà di prestazione dei servizi, cfr. sent. *Leichtle* cit.

⁷⁰ Corte di giustizia CE, sent. 28.4.1998, causa C-158/96, *Kohll*, cit., par. 50 e 51 e sent. 18.3.2004, causa C-8/02, *Leichtle*, cit., par. 46. Corte di giustizia CE, sent. 12.7.2001, causa C-157/99 *Smits e Peerbooms*, spec. par. 55, 56, 58.

Ma il sindacato della Corte è stato ancora più penetrante per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni nazionali che riguardavano le "condizioni" per l'esercizio del diritto a terapie adeguate, fra le quali la previa autorizzazione da parte dell'amministrazione volta a certificare la necessità, l'idoneità, la tempestività della prestazione sanitaria indiretta.

Applicando il principio della libera prestazione dei servizi, sono state ritenute ingiustificate alcune delle condizioni poste al beneficiario del regime "previdenziale" nazionale che intendeva recarsi in uno Stato membro diverso da quello d'iscrizione per ottenere le prestazioni *necessarie* alla cura della propria patologia⁷¹.

Quanto alla "necessità della terapia" ed alla "idoneità della terapia" richiesta si può affermare, infatti, che la Corte di Lussemburgo ha "comunitarizzato" e "tecnicizzato" questi requisiti. In primo luogo, la Corte di giustizia ha ritenuto che gli organi amministrativi degli Stati preposti alla verifica delle condizioni per l'autorizzazione ed il rimborso delle prestazioni sanitarie devono valutare la sussistenza dei requisiti dell'idoneità e della necessità della terapia richiesta in base ai parametri tecnico-scientifici della comunità scientifica *internazionale* e non della sola comunità scientifica *nazionale*.

Inoltre, la Corte di giustizia ha sostanzialmente riformulato il requisito della necessità terapeutica appiattendolo su quello della *tempestività* della terapia, nel senso che i poteri pubblici nazionali potranno rifiutare l'autorizzazione ed il rimborso di prestazioni sanitarie all'estero soltanto qualora sul territorio nazionale sia possibile ottenere in tempi d'attesa *uguali* o *inferiori* una terapia altrettanto idonea a realizzare i benefici terapeutici richiesti dallo stato psico-fisico del paziente⁷².

In altre parole, la Corte di Lussemburgo ha ampliato gli spazi di libertà della scelta del luogo di cura da parte del paziente e lo spettro delle terapie disponibili per la cura delle proprie patologie, eliminando le misure ostacolo che richiedevano (come quelle italiane) la dimostrazione della maggiore efficacia della terapia e della necessità della maggiore tempestività dell'intervento.

⁷¹ La sentenza "monito" della Corte di giustizia CE è la sent. 12.7.2001, causa C-157/99 *Smits e Peerbooms*, spec. parr. 97, 105, 108, i cui principi sono stati poi sviluppati nelle sent. 18.3.2004, causa C-8/02, *Leichtle*; sent. 13.5.2003, causa C- 385/99, *Müller Fauré e van Riet* e sent. 23.10.2003, causa C-56/01, *Inizan*.

⁷² Corte di giustizia CE, sent. 13.5.2003, causa C- 385/99, *Müller Fauré e van Riet*, spec. par. 89; Corte di giustizia CE, sent. 12.7.2001, causa C-157/99 *Smits e Peerbooms*, cit., parr. 94-96 (par. 103 per la necessità terapeutica) e par. 108.

Ma non solo, l'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia ha determinato la comunitarizzazione della "concezione unitaria della tutela della salute", nel senso che la Corte comunitaria ha interpretato il concetto di servizio sanitario in senso estensivo, facendovi rientrare qualsiasi attività *collegata* ad un trattamento terapeutico e non solo le "prestazioni propriamente mediche".

Anche le attività "accessorie" a quelle "terapeutiche" sono ritenute facenti parte del trattamento sanitario e sono equiparate ad esso nella prospettiva dell'autorizzazione e del rimborso: tutela della salute significa, quindi, non solo copertura previdenziale delle terapie mediche, ma anche rimborsabilità di ogni prestazione ad esse accessoria⁷³.

Dalla concezione unitaria – di matrice comunitaria – della tutela della salute deriva, quindi, un notevole ampliamento delle prestazioni esigibili dal paziente, perché costituiscono misure-ostacolo illegittime tutte quelle disposizioni interne che prescrivono come condizione per la autorizzazione e la rimborsabilità di terapie effettuate all'estero l'accertamento che le cure ottenute sono "assolutamente" necessarie nel senso che i loro effetti devono essere *notevolmente* superiori rispetto a quelli delle terapie ottenibili dal servizio sanitario nazionale,⁷⁴.

In conclusione, la Corte di Lussemburgo ha intrapreso un'attività di controllo della discrezionalità legislativa e amministrativa nella definizione dei principi in materia di organizzazione dei servizi sanitari e della loro erogazione, fondata sia sull'ampliamento della sfera di soggetti-utenti che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, sia sul principio che i regimi nazionali devono prevedere criteri "oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo" per le prestazioni sanitarie indirette; devono delineare "un sistema procedurale di facile accesso" che garantisca l'esame delle domande degli assistiti da parte dei regimi previdenziali "entro un termine ragionevole ed in modo imparziale"; ed, infine, devono prescrivere che il provvedimento debba essere adeguatamente motivato e prefigurare un sistema di ricorsi "giurisdizionali" per l'esame degli atti amministrativi di diniego delle richieste degli assistiti in materia di prestazioni sanitarie⁷⁵.

⁷³ Nella specie si trattava di un assistito dal servizio sanitario nazionale tedesco che si era sottoposto a cure termali in Italia, nell'isola di Ischia, ed aveva chiesto il rimborso anche delle di spese di vitto ed alloggio. Corte di giustizia CE, sent. 18.3.2004, causa C-8/02, *Leichtle*, cit.

⁷⁴ Corte di giustizia CE, sent. 18.3.2004, causa C-8/02, *Leichtle*, cit., par. 51.

⁷⁵ Corte di giustizia CE, sent. 23.10.2003, causa C-56/01, *Inizan*, par. 48 e 49 con nota di ANTONIAZZI, *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione dei servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un differente Paese membro, subordinata alla*

Al legislatore viene indirizzato il monito di regolare la materia delle prestazioni sanitarie *non ospedaliere ed ospedaliere* ridimensionando la portata del “limite” alla erogazione delle prestazioni all'estero costituita dal controllo della spesa sanitaria⁷⁶, perché altrimenti sarà alquanto probabile che le normative interne verranno ritenute contrastanti con il diritto comunitario⁷⁷.

Per quanto riguarda in particolare l'attività amministrativa ed il controllo giurisdizionale sulla stessa, la comunitarizzazione della concezione unitaria della tutela della salute e dei requisiti per l'erogazione delle prestazioni sanitarie, impongono, infine, alle “autorità nazionali” di esaminare le questioni sottoposte alla loro attenzione tenendo conto dei seguenti parametri di riferimento: le circostanze del caso concreto e lo stato di salute della persona al momento della richiesta, con particolare attenzione al “dolore” ed alla “infermità” che presenta l'assistito⁷⁸.

Il riflesso dei principi comunitari sull'applicazione delle disposizioni interne in materia di prestazioni sanitarie è, quindi, costituito dall'affiancarsi dei parametri comunitari al sistema interno di erogazione delle prestazioni sanitarie.

E questo non può non avere dei riflessi sul controllo della logicità della motivazione – e, più in generale, sullo scrutinio della legittimità – dei provvedimenti amministrativi nazionali relativi alle istanze di rimborso delle prestazioni sanitarie⁷⁹.

Infatti, sarà necessario, per l'amministrazione e per il giudice, verificare se il sistema comunitario riflette o meno in senso sostanziale i principi che sottostanno alla legislazione sulla tutela del diritto alla salute. In caso di compatibilità del diritto comunitario con il diritto *interno*, i principi comunitari potranno dirsi integrati nel diritto interno, il quale conoscerà nuove “modalità” di regolazione del diritto alle prestazioni sanitarie sostanzialmente rispondenti ai principi costituzionali. In caso di

necessaria autorizzazione amministrativa dello Stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 603; Corte di giustizia CE, sent. 13.5.2003, causa C- 385/99, *Müller Fauré e van Riet*, par. 85.

⁷⁶ Ritenendo che *culturalmente* il paziente, eccetto che per i casi di *urgenza* (che hanno un rilievo quantitativamente limitato sulla spesa sanitaria) non si sposterà dal luogo di residenza per ricevere le prestazioni sanitarie necessarie. Cfr. Corte di giustizia CE, sent. 13.5.2003, causa C- 385/99, *Müller Fauré e van Riet*, par. 94 - 97.

⁷⁷ Corte di giustizia CE, sent. 13.5.2003, causa C- 385/99, *Müller Fauré e van Riet*, par. 109.

⁷⁸ Corte di giustizia CE, sent. 13.5.2003, causa C- 385/99, *Müller Fauré e van Riet*, par. 90.

⁷⁹ La legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla legge 241 del 1990, introduce l'art. 10-*bis* nel testo della l. 241/90 – rubricato *Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza* – e modifica l'art. 1, comma 1 della l. 241/1990 per il quale: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...) secondo le modalità prevista dalla presente legge (...) nonché dei principi dell'ordinamento comunitario». Si veda *supra* nota 54 per i riflessi che ha il diritto comunitario sull'attuazione del principio di eguaglianza. Il “nodo” delle discriminazioni *alla rovescia*.

contrasto, invece, mentre le disposizioni di rango legislativo sarebbero inapplicabili, i provvedimenti amministrativi sarebbero affetti da illegittimità *comunitaria*⁸⁰.

In caso contrario, il sistema comunitario dovrebbe essere ritenuto in contrasto con il principio dell'equilibrio economico-finanziario e della salvaguardia del patrimonio tecnico-scientifico in materia sanitaria con le conseguenze che ne derivano in materia di violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Per tentare di chiarire i termini della questione, occorre soffermarsi sul rilievo che ha assunto la tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, perché è questo il perno intorno al quale si incardinano i rapporti fra ordinamento interno ed ordinamento comunitario in materia di attività d'impresa, servizi pubblici, potere amministrativo e diritti della persona.⁸¹

9. Tutela della salute, concorrenza, mercato

Il problema della reciproca compatibilità fra tutela della concorrenza ed istanze sociali, si pone infatti, oltre che nel diritto comunitario, anche nel diritto interno.

⁸⁰ La portata della modifica dell'art. 1 della l. 241/1990 effettuata dalla l. 15/2005 sull'esercizio dell'attività amministrativa, non può essere oggetto di questo scritto per ragioni di coerenza ed organicità dello stesso. Si segnala, però, che mentre il Consiglio di Stato ritiene che in caso di illegittimità comunitaria l'atto amministrativo interno sia invalido-annullabile (cfr., ad es., Cons. St., sez. V, 10.1.2003, n. 35; Cons. St., sez. V, 22.7.2002, n. 4012, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 1421, con nota di GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, *ivi*, 1429), in dottrina si segnalano anche opinioni che propendono per la nullità dell'atto o per la sua disapplicabilità e contestano il principio dell'inoppugnabilità dell'atto non impugnato nei termini ordinari. La Corte di Giustizia delle Comunità europee, dopo la sentenza 19.4.1999, caso c-224/99, *Ciola*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 1241, sembra orientata per la disapplicazione dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario, bilanciando il principio di supremazia del diritto comunitario con quelli della certezza del diritto e del legittimo affidamento (da ultimo, cfr. Corte di giustizia CE, sent. 13.1.2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV*, in *Giornale di dir. amm.*, 7/2004, con commento di DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, *certezza del diritto e potere di riesame*, *ivi*, 725. Cfr. anche, Corte di Giustizia CE, sent. 27.2.2003, causa C-327/00, *Santex*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 474 con note di BARONE, *ivi*, c. 475 e FERRARI, *La corte di giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, *ivi*, c. 477; CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687. Per una ampia panoramica delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali GRECO, in CHITI – GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, 561-564; CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, 1999, 355-359;

⁸¹ Non va infatti trascurato che l'ampliamento del contenuto del diritto alla salute che risulta dalla richiamata giurisprudenza comunitaria, appare ispirato più da logiche legate più all'esigenza di favorire la libera prestazione dei servizi fra gli Stati, che non da istanze di tipo propriamente solidaristico o sociale.

Si è osservato in dottrina che la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza “implica quella del mercato (concorrenziale)”⁸².

Ciò comporta, però, un problema di compatibilità: “Il paradosso di uno Stato che tutela il mercato consiste nel fatto che Stato e mercato offrono due risposte diverse ad uno stesso problema. Se il problema può essere alternativamente risolto (o comunque affrontato) dal mercato o dallo Stato, in che senso si può affermare che uno dei due antagonisti (lo stato) è tenuto a tutelare l’altro (il mercato)? (...) L’interrogativo che sorge spontaneo è allora il seguente: qual è l’ambito rispettivo del mercato e dello Stato in un ordinamento nel quale lo Stato è tenuto a tutelare il mercato?”⁸³.

In altre parole, la previsione, fra i fini pubblici, della tutela della concorrenza, non incide solo sull’individuazione degli scopi (e dei limiti) della potestà legislativa e dei compiti dell’amministrazione, ma conterrebbe una regola di sussidiarietà orizzontale, nel senso che in tutte le materie e le attività suscettibili di estrinsecarsi in una dinamica di mercato la regola costituzionale sulla tutela della concorrenza porterebbe a configurare (e, dunque, a legittimare), secondo questa tesi, l’intervento dei pubblici poteri solo in via residuale: “Le interferenze tra Stato e mercato sono infinite: ove si consideri che lo Stato e il mercato sono strumenti alternativi per la produzione di un numero smisurato di beni e servizi; e che il mercato è un sistema di regole che lo Stato, disponendo del potere di regolare, può alterare o sovvertire”⁸⁴.

Sul presupposto interpretativo dell’opinione riferita va tuttavia osservato che non è detto che la previsione della tutela della concorrenza fra le materie attribuite in

⁸² CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 988; in argomento v. pure CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 513.

⁸³ CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit., 988, 989.

⁸⁴ CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit., 997, 998: “Lo Stato elimina la concorrenza quando si sostituisce al mercato, direttamente o attraverso un’impresa pubblica o un’impresa concessionaria cui conferisce un diritto esclusivo: ma restringe la concorrenza anche quando, pur consentendo che un bene o un servizio siano prodotti da un determinato mercato, ostacola l’accesso al mercato a coloro che vorrebbero entrarvi o preclude o ritarda l’uscita alle imprese che dovrebbero uscirne. Qui lo Stato non si presenta come operatore economico: si presenta nella sua veste di autorità, che subordina l’accesso al mercato al rilascio di una concessione o di una autorizzazione o di una abilitazione; o come legislatore che esenta determinate imprese o categorie di imprese dal fallimento. Ma il mercato può essere alterato da un sistema di tariffe o di prezzi amministrati; da misure di protezione ambientale che aumentano i costi delle imprese; da misure preordinate alla sicurezza delle condizioni di lavoro; da sistemi di assicurazione obbligatoria; dalla disciplina del mercato del lavoro”.

via esclusiva alla potestà legislativa statale debba necessariamente avere il significato di implicare una tutela del mercato, come fonte di regolazione alternativa a quella statale.

Intanto, potrebbe ritenersi che, in sede di riparto delle competenze (e non, dunque, di individuazione dei fini), la Costituzione abbia inteso regolare la potestà legislativa in materia di (tutela della) concorrenza, sottintendendo una clausola di compatibilità (“laddove questa sia praticabile”), e non escludendo, dunque, in linea di principio, l’esistenza di settori di attività sottratti alla legge ed alla logica del mercato, in vista di obiettivi non economici pure tutelati dalla Costituzione: allo stesso modo di come – quanto alla premessa maggiore – dalla giurisprudenza comunitaria e costituzionale non è esclusa la restrizione della concorrenza per fini non economici.⁸⁵

La dialettica Stato/mercato, in altre parole, andrebbe ricostruita più in sede di esegesi degli artt. 41 e segg. Cost., magari interpretati in senso evolutivo (anche alla luce del Trattato comunitario), che non sulla base dell’elencazione di materie contenuta nell’art. 117.

In secondo luogo, l’argomento meramente letterale rischia di provare troppo: l’art. 117 contempla, ad esempio, anche la materia delle (*rectius*: la competenza in tema di) “dogane”; tale previsione implica forse una garanzia costituzionale del mantenimento delle barriere doganali, allo stesso modo di come la (tutela della) concorrenza implicherebbe una (preminente) tutela costituzionale del mercato?

Ma l’argomento che maggiormente impedisce di accedere alla riferita ricostruzione, appare quello legato alla stessa possibilità di individuare una nozione di mercato come “sistema di regole” alternativo alle fonti di produzione normativa statali: “La disciplina del mercato è, per sua natura, interamente e radicalmente politica: essa rivela sempre una decisione sugli interessi in conflitto. Non è un

⁸⁵ In questo senso sono le premesse della ricostruzione - operata da MAZZILLI, *Assistenza sanitaria, organizzazione dei relativi servizi e disciplina della concorrenza. Osservazioni sul caso AOK*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 518 - del regime giuridico dell’assistenza sanitaria nel diritto comunitario, ove (p. 520) l’affermazione secondo la quale nel settore della tutela della salute “L’intervento dello Stato, d’altronde, è più che giustificato da ovvie ragioni di tipo economico. Il fatto che l’ “industria sanitaria” venga, generalmente, sottratta alle forze del libero mercato, avallando consistenti deviazioni dai principi dell’economia del libero scambio, si giustifica richiamando le specifiche peculiarità dei “servizi sanitari”; si tratta, infatti, di “beni” che per le loro particolari caratteristiche non consentono un’allocazione efficiente delle risorse disponibili nell’ambito di un contesto economico di tipo concorrenziale, ma generano, piuttosto, rilevanti casi di ‘fallimento del mercato’”.

problema di semplice tecnica, ma di scelta politica e di giudizio storico, soddisfare l'interesse dei consumatori o delle imprese produttrici, favorire l'espansione delle imprese nazionali o dischiudere il mercato al confronto esterno, controllare la qualità dei beni o affidarli al senso critico dei compratori”⁸⁶.

Se ha un senso interrogarsi sulla tutela costituzionale del mercato, pur con le segnalate riserve, ciò ha indubbiamente riguardo ad un metodo, ad una tecnica economica, non certo alle scelte politiche a monte, pur sempre rimesse alla competenza legislativa, e che strutturalmente si pongono quali limiti d'interesse pubblico al libero mercato tali da giustificare l'attività pubblica di regolazione dello stesso, funzionale alla garanzia di effettività dello stesso diritto d'impresa: “quel che è certo è che la libertà del singolo trova oggi difesa, non più nell'assenza di leggi, ma proprio nelle *leggi regolatrici del mercato*”⁸⁷.

Del resto, inferire dalla disposizione che prevede la tutela della concorrenza una copertura costituzionale del mercato, inteso quale “sistema di regole” alternativo allo Stato, significa porsi contro il significato – non univoco - che la tutela della concorrenza assume nel contesto dell'attuale forma di Stato.⁸⁸

Il problema della dialettica fra Stato e mercato, quali strumenti alternativi per la produzione di beni e servizi, si pone, in questi termini, anche nel settore della sanità.

⁸⁶ IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 2004, 97, ove pure (p.96), la seguente analisi: “La disciplina delle offerte, il controllo di qualità dei beni, la garanzia di competizione tra aziende produttrici: sono, queste ed altre, le forme di tutela del singolo contro il potere planetario delle imprese. La società degli *homines oeconomici*, indipendente dallo Stato e racchiusa nella propria neutralità politica, sarebbe terreno (per dirla con Walter Rathenau) di violenza sopraffattrice e di pirateria finanziaria. Perciò, l'autonomia dei privati non sta più fuori dalla legge, ma si disegna in funzione della legge: tanto più forte, quanto più energica ed efficace è la disciplina del mercato. Qui è la misura della libertà individuale, come potere di scelta tra beni offerti da una pluralità di imprese produttrici” ..

⁸⁷ IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., 96. Analogamente, nel precedente saggio *L'ordine giuridico del mercato* (nuova ed., Roma-Bari, 2003), lo stesso A. osservava (p. 33) che “I liberisti della cattedra, che esaltano l'ordine spontaneo dell'economia, e vagheggiano non sappiamo quale Stato minimo, poco o punto si avvedono che soltanto il diritto ha la forza di *ridurre le incognite del futuro e di consentire il calcolo dell'altrui condotta*. La valutazione giuridica, costante e uniforme (cioè, capace di imprimere *unità di forma* a casi innumerevoli e particolari), rende possibile la ‘previsione della valutazione futura’, e introduce così ‘nel processo economico un momento di alto valore costituito dalla sicurezza’”.

⁸⁸ Osserva VARRONE (*Stato sociale e giurisdizione sui ‘diritti’ del giudice amministrativo*, cit., 51) che “Solidarietà e concorrenza hanno sempre più assunto anche per l'influenza delle norme del Trattato, il significato di valori-guida del nuovo Stato sociale. La concorrenza, la mano invisibile del mercato, una volta sottoposta a regole in grado di eliminare le forme gravi di approfittamento, è considerata il migliore viatico per lo sviluppo produttivo, da cui solo può discendere il benessere collettivo e la possibilità di realizzare il pieno sviluppo della persona, il suo affrancarsi dal bisogno, in un contesto retto dal principio della solidarietà sociale”.

La tesi in esame propugna una soluzione fondata sulla considerazione secondo la quale “Il principio stabilito dall’art. 32, co. 1 (“cure gratuite agli indigenti”) autorizza l’istituzione di un apparato pubblico della sanità che sia rivolto a questo scopo e abbia come utenti gli ‘indigenti’: ma lo stesso risultato può esser assicurato dal mercato, alla condizione che il pubblico potere si renda acquirente, pagandone il prezzo, delle prestazioni che nel mercato vengono rese agli indigenti. Il carattere indefinito del confine tra Stato e mercato, in ambito sanitario, autorizza una soluzione diversa dalle due soluzioni sopra prospettate: autorizza, cioè, l’istituzione di un sistema sanitario pubblico che si rivolge a tutti, e non solo agli indigenti”.⁸⁹

Si può tuttavia osservare che, in sede di ricostruzione della disciplina costituzionale del mercato (dopo la – ritenuta- costituzionalizzazione della sua tutela), una chiave di lettura dei problemi posti dalla conseguente necessità di interrogarsi sui rapporti fra Stato e mercato, segnalati dalla dottrina, è data proprio dalla considerazione della pluralità degli interessi pubblici, dotati di copertura costituzionale e comunitaria, che nella complessità delle relazioni giuridiche propria dello Stato sociale si pongono come antagonisti rispetto ad una “tutela piena della concorrenza e del mercato”.⁹⁰

10. Il potere di organizzazione del servizio sanitario, tra logiche di programmazione e vincoli finanziari: il mito della veste privatistica degli strumenti, e la realtà giuridica della natura pubblicistica dei rapporti.

Altro problema è però quello della competizione, sul mercato della sanità, fra strutture pubbliche e strutture private, queste ultime comunque organizzate in forma imprenditoriale (e dunque, aventi scopo di lucro).

L’esigenza primaria di garantire prestazioni tali da realizzare una tutela effettiva del diritto alla salute, ha portato ad affermare, con riferimento a questo

⁸⁹ CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit., 990, ove la precisazione che la soluzione prospettata “è stata adottata in Europa in tutti i sistemi di Welfare, e (che) si fonda, oltre che sulla filosofia dello Stato del benessere, anche sulla considerazione di buon senso che *a service for poor is a poor service*, un servizio per i poveri è un povero servizio. Povero perché l’utenza è meno esigente e quindi si accontenta di standard più bassi”.

⁹⁰ Il dato è colto dallo stesso CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, cit., 999, allorché afferma che la tutela piena della concorrenza e del mercato “riguarda anche lo Stato che esercita le ‘prerogative dei pubblici poteri’, sottoponendo ad autorizzazioni, concessioni, abilitazioni, licenze etc. attività economiche che potrebbero essere svolte liberamente in assenza di interessi pubblici antagonisti dotati di una qualche consistenza”.

profilo, che la tutela della concorrenza, ed il principio della parità delle armi fra strutture pubbliche e strutture private, trovano un limite nel rilievo che la “strada di una perfetta parità tra le due tipologie di strutture non (è) sempre praticabile. La giurisprudenza ha in talune pronunce sottolineato le ‘doverose peculiarità connesse alla natura pubblica dell’ente erogatore’: sul soggetto pubblico grava l’obbligo di prestare i servizi anche oltre la disponibilità di *budget*, mentre i privati non sono tenuti ad erogare le prestazioni oltre il tetto di spesa loro assegnato”⁹¹.

Questo rilievo sembra però smentito dall’affermazione giurisprudenziale secondo la quale “Va poi, in ogni caso, salvaguardato il diritto di libera scelta del cittadino tra le strutture pubbliche e quelle private e pertanto ogni intervento amministrativo deve incidere alla stregua di elementi oggettivi e non meramente soggettivi, ad esempio evitando di fissare i tetti di spesa, che pur sono astrattamente legittimi date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica (e la circostanza che il diritto alla salute, di cui all’art. 32 Cost., non va tutelato incondizionatamente: cfr. anche Cons. Stato, V, 30 aprile 2003, n. 2253), con precipuo riguardo preferenziale riservato alle strutture pubbliche.”⁹²

A situazioni soggettivamente diseguali – l’essere, o meno, la struttura tenuta anche oltre i limiti del *budget* – l’amministrazione dovrebbe dunque, secondo il richiamato indirizzo giurisprudenziale, riservare un identico trattamento, non potendo differenziare i tetti di spesa in funzione della natura pubblica del soggetto erogatore, e dunque della sua esposizione a prestazioni non contenibili entro limiti predeterminati.

Peraltro, la decisione da ultimo richiamata sembra segnata dalla preoccupazione di assicurare effettiva libertà di scelta al cittadino fra strutture pubbliche e strutture private.

L’interrogativo può essere però posto anche in termini diversi: è veramente libera la scelta in favore di un soggetto (quello pubblico) che è tenuto senza limiti, mentre è finanziato solo entro certi limiti?

⁹¹ MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: un riflessione alla luce della modifica del titolo V della Costituzione*, in *Foro Amm.vo-T.A.R.*, 2004, 1282.

⁹² Consiglio di Stato, V, 29 marzo 2004, n. 1667.

Oppure è maggiormente garantita l'effettività del servizio presso strutture private, in relazione alle quali l'utente ha la certezza che le prestazioni richieste saranno assistite da un'adeguata provvista finanziaria?

In altre parole, l'egalitarismo soggettivo, che vuole i tetti di spesa fissati dall'amministrazione senza tener conto della natura (pubblica o privata) del soggetto erogatore, di fatto altera la proclamata libertà di scelta del cittadino-utente, giacché lo spinge nella direzione della scelta del soggetto che è sicuramente in grado di far fronte finanziariamente alla prestazione terapeutica o diagnostica richiesta (certezza non riferibile anche al settore pubblico, stante la riferita doverosità delle prestazioni anche *ultra vires* per le strutture pubbliche, e dunque il rischio che tali strutture si trovino a dover fronteggiare costi non coperti da adeguata provvista).

Sembra pertanto più corretto ritenere che il fondamento del potere amministrativo di organizzazione del servizio sanitario non possa andare disgiunto, anche nella prospettiva del confronto con la tutela della concorrenza, dalla finalità di assicurare "una più elevata tutela della salute, mediante l'elevazione della qualità del servizio".⁹³

La necessità che strutture pubbliche e strutture private si confrontino, sul mercato della sanità, secondo il principio della parità delle armi, quanto meno a livello di programmazione e di copertura finanziaria, si impone poi per una ulteriore considerazione, legata alla competitività internazionale degli stati.

Il segnalato concorso di Stato e mercato nella produzione di beni servizi, determina, per le politiche pubbliche, un condizionamento fattuale che può giungere ad essere molto più pregnante della prospettiva della tutela costituzionale del mercato argomentata dalla previsione della tutela della concorrenza fra le materie rimesse alla potestà legislativa esclusiva statale.

Si è infatti osservato che l'apertura dei mercati determina una limitazione all'esercizio della sovranità statale, nel senso che i governi nazionali e quelli degli enti territoriali minori non possono che "conformarsi alle regole del mercato e permanervi in competizione con i soggetti che in questo operano, siano essi altri Stati, o anche – ormai sullo stesso piano – imprese".⁹⁴

⁹³ Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Bari, sez. I, sentenza 30 settembre 2004, n. 4235.

⁹⁴ ELIA-BUSIA, *Stato democratico*, cit., 79/80, ove il rilievo che "le politiche di ogni ente territoriale sono continuamente sottoposte all'inesorabile giudizio dei mercati: le grandi agenzie di valutazione utilizzano gli stessi metodi ed i medesimi parametri per misurare l'affidabilità di un'impresa o di uno

In questo senso la “concorrenza” fra strutture pubbliche e strutture private diventa strumento di efficienza, e dunque di garanzia dell’effettività del diritto per il cittadino, dal momento che costringe gli apparati pubblici non più soltanto a rendere la prestazione conforme al parametro legislativo e a quello costituzionale, ma anche a farlo secondo logiche di efficienza.

Si vedrà più oltre (§ 14) che tipo di ricadute questo dato comporta sull’esercizio del potere amministrativo.

11. Organizzazione del servizio e provvista finanziaria

Il richiamo all’esercizio del potere amministrativo di distribuzione delle risorse finanziarie destinate al settore della sanità consente di operare una ulteriore precisazione, stavolta sul campo degli strumenti dell’azione amministrativa preordinata ad assicurare effettività alla garanzia costituzionale del diritto alla salute.

Proprio la necessità di vagliare, in sede di esercizio del potere organizzatorio, istanze spesso configgenti, determina il rilievo che, anche laddove l’amministrazione organizza la propria attività di erogazione (indiretta) di prestazioni in forma privatistica, mediante una serie di atti di natura negoziale regolanti i profili anche patrimoniali di tali prestazioni, tuttavia le relative pretese involgono le scelte organizzative a monte, non riducibili nella sfera dell’autonomia privata, ma piuttosto ai rapporti di diritto pubblico.⁹⁵

Stato, per valutare se conviene sottoscrivere i titoli o investire denaro. Finché il bilancio è in regola, finché il management/classe politica sono affidabili, gli operatori interni ed internazionali vi fanno confluire i propri capitali. Ma, appena un altro Paese offre migliori prospettive di guadagno, basta un attimo per dirottare altrove le proprie risorse, per far precipitare quello Stato in fondo alle classifiche dei Paesi più ricchi, o per espellerlo dagli esclusivi circoli in cui questi si riuniscono. Per questo, i margini entro cui i governi nazionali e locali possono esercitare la propria discrezionalità politica si restringono progressivamente, spingendo tutti i Paesi ad uniformarsi a standard sempre più stringenti di efficientizzazione nell’uso delle risorse e di tagli alle spese. Ogni governo è teoricamente libero di finanziare la politica sociale ricorrendo al debito o agendo sulla leva fiscale, ma appena questo accade, i titoli del debito pubblico non vengono più sottoscritti se non ad interessi altissimi, ed i potenziali contribuenti fuggono altrove”.

⁹⁵ Si vedano, in proposito, le condivisibili osservazioni formulate, sia pure con particolare riferimento al profilo del riparto della giurisdizione, da CORAGGIO, nella *Relazione* svolta al Convegno celebrativo del trentennale dell’istituzione dei Tribunali amministrativi regionali (i cui atti sono stati pubblicati in www.GiustAmm.it): “E ciò non soltanto quando si tratti di attività esplicate negli ambiti amministrativi tradizionali ma anche - e forse con maggiore complessità - in quelle nuove aree grigie in cui si va sviluppando nelle forme più diverse il nuovo modo d’essere della amministrazione. Un esempio particolarmente significativo – non fosse altro sotto il profilo quantitativo – è costituito da quel settore sanitario in cui si esplica in massimo grado l’azione dell’amministrazione produttrice di servizi; ebbene, è riduttivo sotto il profilo giuridico formale e assurdo sotto quello sostanziale pensare di ridurre il tutto ad un fascio di rapporti privatistici. La logica, prima ancora che il diritto, impone di ritenere la necessità di una forte componente autoritativa in grado di tradursi in una adeguata

Come ha infatti esattamente rilevato la giurisprudenza amministrativa immediatamente successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004,⁹⁶ la distinzione fra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato non può semplicemente ascriversi alla dialettica provvedimento autoritativo-contratto, giacché l'uso dello strumento negoziale, da parte dell'amministrazione, non implica una relazione di estraneità – ovvero di mera strumentalità – rispetto all'esercizio di poteri amministrativi, ma sottende quella complessa attività valutativa che, nell'erogazione delle prestazioni afferenti i cc.dd. compiti di benessere, comporta una scelta nella distribuzione delle risorse non riducibile alla logica dell'autonomia privata.⁹⁷

programmazione finanziaria, organizzativa e funzionale; e ciò puntualmente accade in fatto. Non a caso fra gli oltre 3000 decreti ingiuntivi che il tribunale ha emesso nella fase di piena vigenza della legge 205 pochissimi hanno riguardato i rapporti con le case di cura e con i laboratori poiché dopo i primi tentativi di adire questa strada giudiziaria è apparso a tutti evidente che i crediti vantati o negati trovavano la loro fonte in atti amministrativi di programmazione finanziaria (i “tetti di spesa”) o organizzativa (la “capacità operativa massima”) che occorreva valutare alla stregua dei tradizionali parametri di legittimità degli atti amministrativi.

Il fatto è che l'innesto di istituti processualcivilistici non può e non deve significare passivo recepimento di tecniche di tutela estranee alla giustizia amministrativa. Da essi deriva certo la necessità di un riesame approfondito della nostra funzione ma con la finalità non di abdicare ad essa ma di adattare la nuova strumentazione processuale alle esigenze della giustizia nell'amministrazione.

⁹⁶ Il cui impianto è stato lucidamente analizzato, tra gli altri, da GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in *Consiglio di Stato*, 2004, II, 1647 e ss (ove anche un'ampia indicazione bibliografica dei più significativi commenti alla sentenza 204). In argomento si segnala anche la lettura proposta da TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 661 e segg., spec. 678 e segg.

Poiché, successivamente alla sentenza n. 204, sia la legge n. 15 del 2005 che il decreto legge n. 35 del 2005 hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo significativi ambiti di controversie concernenti diritti soggettivi, osserva GIACCHETTI (*Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico, o verso una riserva indiana?*, in *Cons. di Stato*, 2005, II, 392) che “Allo stato attuale non sembra possibile prevedere se si tratti di norme nate morte, per incostituzionalità congenita, o di norme vive e vitali, che costituiscono una riaffermazione del principio che spetta alla discrezionalità del legislatore stabilire quali materie rientrino nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Si tratta di una questione di politica generale del diritto che non può certo essere risolta in sede interpretativa”.

⁹⁷ Non è un caso, che la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, che ha ridisegnato i tratti costituzionali del sistema di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, sia stata originata da alcune controversie relative (almeno in un caso) al rimborso di prestazioni erogate da soggetti privati per conto del servizio sanitario nazionale. Questa vicenda rappresenta il punto di maggiore visibilità di un vasto contenzioso - di cui si ha ampia traccia, tra l'altro, nelle relazioni inaugurali pronunciate negli ultimi anni dal Presidente del Consiglio di Stato e, soprattutto, dai Presidenti dei Tribunali Amministrativi Regionali in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario presso tali organi di giustizia amministrativa - nel quale si riflette l'alto tasso di problematicità del settore.

Non pare pertanto condivisibile l'affermazione secondo la quale “Curiosando tra i repertori di giurisprudenza il tema dei rapporti tra le strutture private, Regioni ed AUSL non sembra oggetto di un contenzioso nutrito” (ROTIGLIANO, *Brevi note sui mercati sanitari in Italia*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 429; ove anche (p. 430) l'impegnativa affermazione secondo la quale la dottrina amministrativistica avrebbe prestato “scarsa attenzione” al tema della libertà d'iniziativa economica

In particolare, nella decisione 6489 del 5 ottobre 2004, la IV sezione del Consiglio di Stato ha opportunamente precisato che il reperimento e la gestione della provvista finanziaria necessaria all'erogazione di un servizio pubblico costituiscono attività non strumentali rispetto al servizio stesso, ma piuttosto da tale servizio inscindibili, "trovando esso nei mezzi di finanziamento la stessa possibilità di esistenza: pena l'astrattezza della nozione, non può esistere servizio pubblico se non esiste il correlato finanziamento, donde l'essenzialità (e non la strumentalità) di quest'ultimo in ragione della stretta interdipendenza tra servizio e provvista"⁹⁸.

Conseguentemente, prosegue la decisione richiamata, il rapporto intercorrente fra la pubblica amministrazione ed il soggetto che per suo conto abbia reso la prestazione, non può essere relegato "nei ristretti confini di un ordinario rapporto civilistico di credito-debito".

Ciò sia perché "si verte nella specie in tema di attribuzione di fondi pubblici in diretta connessione con il necessitato raggiungimento di finalità di interesse collettivo"; sia perché la pubblica amministrazione, "attraverso il meccanismo della erogazione dei fondi per il funzionamento del servizio, viene in definitiva ad incidere unilateralmente sull'impianto organizzativo funzionale del servizio pubblico", nel che "sta l'autoritatività della posizione" della stessa amministrazione.

Del resto, è stata la stessa Corte costituzionale ad affermare, con una giurisprudenza ormai consolidata, il principio secondo il quale la competenza in merito ad una determinata materia implica la gestione della leva finanziaria in quella stessa materia, giacché un intervento esterno anche di natura meramente finanziaria finirebbe comunque coll'incidere sull'esercizio della competenza medesima, in quanto "il ricorso a questo tipo di finanziamento può divenire uno strumento indiretto, ma pervasivo, di ingerenza dello Stato nell'esercizio delle funzioni delle Regioni e degli enti locali, nonché di sovrapposizione di politiche e di indirizzi governati centralmente a quelli legittimamente decisi dalle Regioni negli ambiti materiali di propria competenza"⁹⁹.

dell'imprenditore sanitario, in quanto "Intimorita, forse troppo, dalla difficoltà di ricondurre alla legalità costituzionale - o, più semplicemente, a razionalità - i termini della questione").

⁹⁸ La ricaduta in punto di giurisdizione della riportata affermazione è che "la controversia sulla mancata erogazione dei mezzi finanziari per l'espletamento del servizio inerisce, quindi, per sua stessa natura, alla materia dei pubblici servizi".

⁹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 51 del 28 gennaio 2005, ove i richiami alle precedenti sentenze che hanno più volte affermato il principio sopra riportato. Nello stesso senso è la successiva sentenza 18 febbraio 2005, n. 77.

Poiché non si può provvedere in assenza di adeguate risorse, e poiché lo stanziamento di risorse con una specifica destinazione implica una decisione sull'oggetto di tale destinazione, decidere sul finanziamento significa decidere sugli esiti dell'esercizio del potere: questo il principio – di teoria generale del diritto pubblico - che si ricava dalla giurisprudenza costituzionale e dalla giurisprudenza amministrativa.

La decisione del Consiglio di Stato in rassegna, inoltre, mediante il richiamo alla categoria delle obbligazioni pubbliche, fornisce una significativa ricostruzione del nesso che lega un rapporto obbligatorio al procedimento amministrativo rispetto al quale il rapporto medesimo si presenta funzionalmente e strutturalmente subordinato.¹⁰⁰

Le condivisibili conclusioni cui è giunta, nel citato arresto, la giurisprudenza amministrativa, inducono ad una riconsiderazione critica della giurisprudenza costituzionale sul patto di stabilità: il quale, al pari di ogni altro strumento o valore di derivazione comunitaria, non assume un rilievo assoluto, ma entra in comparazione con gli interessi antagonisti, anch'essi tutelati in pari (e talvolta superiore) misura.¹⁰¹

¹⁰⁰ “Altra questione è quella relativa alle posizioni soggettive ulteriori delle Amministrazioni coinvolte nel procedimento: dalla correlazione normativa tra provvista dei fondi ed espletamento del servizio discendono altresì situazioni di diritto-obbligo in capo alle Amministrazioni medesime - pur originate da posizioni di potestà pubblica - che restano attratte nell'alveo della ritenuta (per effetto della compresenza degli elementi richiesti) giurisdizione esclusiva in ragione della "indifferenza" delle situazioni giuridiche soggettive propria di siffatta giurisdizione (in disparte restando la non secondaria esigenza processuale di concentrazione di tutela).

Corretto appare allora, almeno in parte, l'inquadramento concettuale nel novero delle "obbligazioni pubbliche" che del delineato rapporto fa la parte ricorrente.

Sul piano funzionale, invero, l'obbligazione pubblica - che inerisce, in particolare, secondo l'elaborazione dottrinale, ad istituti di politica economica aventi fini di incentivazione (finanziamenti pubblici, indennizzi, contributi, e così via) - si incardina in un rapporto obbligatorio che si pone in subordinata ad un procedimento amministrativo, e quindi attiene a modalità di cura di interessi principalmente pubblici; l'Amministrazione è titolare di un potere autoritativo nella preminente fase procedimentale genetica del rapporto e quindi può, con proprie determinazioni unilaterali, definire modi di essere o vicende successive del rapporto stesso.

È ben vero che tale rapporto, pur se consequenziale nello schema unitario del procedimento, una volta costituito, segue le sorti dell'ordinario rapporto obbligatorio, anche sul piano processuale; ma, nel caso che ne occupa, l'incardinamento della controversia nell'alveo della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di pubblici servizi preclude divaricazioni di tutela tra le due fasi del rapporto pubblicistico.” (Consiglio di Stato, IV, 6489/2004, cit.)

¹⁰¹ Pur in un ordinamento giuridico di origine e impostazione mercantile come quello comunitario, anche la stessa tutela della concorrenza, sulla quale sembra essere imperniato il sistema delle relazioni sociali regolate dal Trattato, risulta in realtà essere un valore non assoluto, ma che entra in comparazione con le complesse istanze di un sistema fondamentalmente pluralista, e in particolare con il principio di solidarietà, come si ricava dall'analisi del confronto fra il valore della concorrenza e la sussistenza, da un lato, della contrattazione collettiva e della pratica della concertazione (DI VIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004); e, dall'altro,

Pertanto, assumere l'impossibilità di un esercizio del potere legislativo o di quello amministrativo nella direzione di una maggiore effettività della garanzia costituzionale della tutela della salute, per ragioni afferenti la mancanza di provvista finanziaria "imposta" dalle esigenze di finanza pubblica connesse al patto di stabilità, significa, per un verso, incidere sulla "stessa possibilità di esistenza" del servizio pubblico sanitario, che si ridurrebbe dunque ad una nozione astratta; e, per altro verso, importa un primato assiologico della finanza pubblica sulla tutela della salute che neppure nelle fonti comunitarie trova un'espressione tanto drastica.

Alla luce delle superiori considerazioni, va poi rilevato che anche l'indagine sulla giurisdizione, pur a seguito della sentenza 204/2004 della Corte costituzionale, si presenta – nell'ottica della consapevolezza della natura dei compiti della pubblica amministrazione nell'attuale forma di Stato - piuttosto complessa, e meritevole di un approfondimento che, storicizzato, vada oltre lo schema formale suggerito dalla natura dello strumento utilizzato: prospettiva non adeguatamente considerata da alcune applicazioni giurisprudenziali e da alcune annotazioni immediatamente successive alla sentenza della Corte costituzionale.¹⁰²

12. Il contenuto del diritto e la procedimentalizzazione dell'azione dei pubblici poteri. Il potere *normativo* sui livelli essenziali delle prestazioni

Le disposizioni costituzionali sulla tutela della salute pongono, come si è già detto, un limite ed un fine fondamentale all'attività normativa: quello di rendere effettivo il *diritto* ai trattamenti sanitari necessari a preservare lo stato di benessere psico-fisico della persona precisandone il *contenuto* attraverso l'attuazione di un preciso indirizzo di politica sanitaria. Il limite per il legislatore nell'effettuare tali

di monopoli previdenziali nazionali (GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, 75); nonché dalla giurisprudenza comunitaria che ha affermato il carattere recessivo della tutela della concorrenza allorché si ponga un problema di compatibilità fra questa e la tutela dell'ambiente (Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/99, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 168, con nota di BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*. In argomento: GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*, in *Foro amm.vo-C.d.S.*, 2003, 3515; DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. Amm.vo*, 2004, 513).

¹⁰² Per una di tali applicazioni, sia consentito il rinvio a TULUMELLO, *Invalidità negoziale da aggiudicazione illegittima e riparto di giurisdizione: gli effetti della sentenza 204/2004 della Corte costituzionale*, in *www.GiustAmm.it*.

scelte è il principio di ragionevolezza che deve informare l'operazione di “bilanciamento fra valori costituzionali e di commisurazione delle risorse esistenti”¹⁰³ necessaria a dare effettività al diritto. Le disposizioni che formalizzano tale bilanciamento rendono il diritto alla salute un diritto pieno ed incondizionato a quei trattamenti sanitari individuati nelle *scelte legislative effettuate*¹⁰⁴.

Il contemperamento fra i differenti “valori costituzionali” e le risorse disponibili emerge in particolare quando il legislatore statale esercita la propria competenza nella definizione dei livelli essenziali di assistenza (art. 117, comma 3, lett. m) Cost.)¹⁰⁵, livelli da garantire *obbligatoriamente* ed *uniformemente* sull'intero territorio nazionale.

L'obiettivo costituzionale di uniforme garanzia del contenuto essenziale del diritto si trasferisce sull'amministrazione sanitaria, la quale, nell'applicare le previsioni sui livelli essenziali delle prestazioni e nell'attuare gli indirizzi di politica sanitaria regionale (attinenti, entrambi, prevalentemente all'organizzazione del servizio sanitario)¹⁰⁶, è vincolata dal principio di buon andamento della pubblica amministrazione e di contenimento delle spese per le prestazioni sanitarie (i *limiti oggettivi* di cui sopra).

Ora, *livelli essenziali delle prestazioni e contenuto minimo del diritto alla salute* sono due concetti distinti: il primo si riferisce al riparto di competenze legislative, informato al principio di uniformità delle condizioni di godimento del diritto sul territorio nazionale¹⁰⁷, il secondo, invece discende dalla combinazione dei principi espressi dagli artt. 2 e 32 Cost. e condiziona l'attività dei poteri titolari delle funzioni normative ed esecutive.

Tuttavia, le due nozioni si condizionano reciprocamente: giacché il contenuto della prima dovrebbe essere parametrato sul contenuto della seconda, mentre l'effettività della seconda dipende dall'ampiezza della prima.

¹⁰³ Corte costituzionale, sent. 304/1994, spec. punto 2 del considerato in diritto (si veda il punto 5 per la censura sull'irragionevolezza delle disposizioni di legge sulle quali verteva la questione di costituzionalità).

¹⁰⁴ Cass. Civ. Sez. Lavoro, sent. 26.4.2004, n. 7912.

¹⁰⁵ Cons. Stato, sez. IV, 4.2.2004, n. 398, punto II.2.2 in diritto.

¹⁰⁶ Cfr. Corte cost. sent. 282/2002; Corte cost. sent. 88/2003; Corte cost. sent. 338/2003.

¹⁰⁷ Principio emerso dall'interpretazione dell'art. 3 Cost. datane dalla Corte costituzionale (ad es. Corte cost. sent. 1011/1988 e sent. 49/1991).

L'attribuzione allo Stato delle competenze legislative sui livelli essenziali pone alla normazione dello Stato l'obiettivo di effettuare un bilanciamento fra principio di uguaglianza e principio di autonomia (artt. 3 e 5 Cost.)¹⁰⁸.

L'equilibrio fra questi due poli è stato sinora individuato attraverso la procedimentalizzazione delle scelte normative sui livelli essenziali: gli atti statali *recepiscono* le scelte politiche in materia emerse a seguito di un confronto dialettico con le Regioni italiane in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Sono state formalizzate due diverse procedure *normative*: una relativa all'individuazione della *tipologia delle prestazioni* rientranti nei LEA; l'altra volta a definire “gli *standard qualitativi*, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e *quantitativi* di cui ai livelli essenziali di assistenza”, le “tipologie di assistenza e i servizi” relativi a quanto previsto dal Piano Sanitario Nazionale¹⁰⁹ e la “determinazione delle tariffe massime per la remunerazione delle prestazioni e delle funzioni assistenziali”¹¹⁰.

In entrambi i casi una legge dello Stato autorizza un regolamento governativo – da emanare successivamente ad un accordo stipulato fra Stato e Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni – ma mentre la fonte normativa che disciplinerà l'individuazione della *tipologia* delle prestazioni sarà un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri¹¹¹, quella che individuerà gli *standards* tecnici, le tipologie di assistenza di cui al Piano Sanitario Nazionale e le tariffe delle prestazioni sanitarie è un decreto ministeriale¹¹².

¹⁰⁸ Sul significato di *livelli essenziali delle prestazioni* LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit., 352 ss. che desume dall'art. 117, comma 2 lett. m) e dalle disposizioni della prima parte della Costituzione in materia di diritti fondamentali una riserva di legge (statale) relativa sui livelli essenziali. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 6/2001, 1103.

¹⁰⁹ Art. 1, comma 169 l. 311/2004 (legge finanziaria 2005).

¹¹⁰ Art. 1, comma 170 l. 311/2004.

¹¹¹ Si tratta, attualmente, del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 novembre 2001, pubblicato nel supplemento ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* n. 33 dell'8 febbraio 2002, richiamato dall'art. 54 l. 289/2002 e dall'art. 1, comma 169 l. 311/2004. Sulla legittimità di tale regolamento vi sono state forti obiezioni. La Corte costituzionale, nella sent. 88/2003 ha individuato le modalità *procedurali* compatibili con i principi posti dall'art. 117 Cost. per consentire il concorso della fonte regolamentare nell'individuazione dei LEA.

¹¹² Art. 1, comma 169 l. 311/2004 ed art. 17, comma 3 l. 400/1988. Queste modalità procedurali per giungere all'adozione di un atto normativo in materia di tutela del diritto fondamentale alla salute non è nuova. Ad esempio, già l'art. 5 d.lgs. 124/1998, *Ridefinizione del sistema di partecipazione al costo delle prestazioni sanitarie e del regime delle esenzioni*, a norma dell'articolo 59, comma 50, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, attribuiva ad un decreto del Ministro della sanità (art. 17, comma 3 l. 400/1988) l'individuazione delle condizioni e dei trattamenti sanitari per i quali i pazienti potevano beneficiare delle esenzioni dalla partecipazione al costo del trattamento sanitario in presenza di malattie croniche, invalidanti o rare.

Ora, da un lato, sul piano dei principi costituzionali che riguardano il riparto delle competenze “normative” fra Stato e Regioni, i meccanismi procedurali disegnati dalle leggi finanziarie per il 2003 ed il 2005 sui LEA sembrano destare problemi analoghi a quelli toccati, *senza valutarne il merito*¹¹³, dal controllo di legittimità costituzionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 88/2003 e, dall’altro, sul piano delle garanzie per l’individuo, le disposizioni che autorizzano i regolamenti del Ministro della salute all’individuazione degli *standards* pongono problemi di diversa natura.

Innanzitutto, bisogna interrogarsi sulla legittimità costituzionale della disposizione legislativa che autorizza un regolamento ministeriale ad incidere sulla individuazione degli *standards* tecnici, qualitativi e quantitativi dei livelli delle prestazioni.

Il termine *legislazione* dello Stato di cui all’art. 117 Cost. è stato inteso dalla giurisprudenza costituzionale in senso *estensivo*, per permettere anche a fonti non primarie di concorrere ad individuare la disciplina delle materie in esso elencate¹¹⁴.

Ma è possibile che un regolamento governativo intervenga sulla disciplina dei livelli essenziali delle prestazioni – materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato – solo se:

- a) vi è una previa legge che l’autorizzi (argomento *ex* comma 6 dello stesso articolo 117);
- b) e se la disciplina è dettata dal tale legge nelle sue “linee generali”;
- c) se il governo esercita il potere regolamentare nei limiti ed a seguito di una “precisa procedura, individuata con fonte legislativa, per la determinazione di quanto previsto nell’art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione”¹¹⁵.

Al di fuori di queste condizioni non è possibile fondare il potere regolamentare governativo in materia di livelli essenziali delle prestazioni¹¹⁶.

Il principio di legalità così inteso è rispettato dalla disposizione della l. 311/2004 che autorizza il Ministro della Salute ad adottare decreti ministeriali in materia di livelli essenziali di assistenza sanitaria?

¹¹³ Corte cost., sent. 88/2003, punto 4 del *considerato* in diritto, penultimo capoverso.

¹¹⁴ Corte cost. sent. 282/2002, cit. Ma parte della dottrina ritiene che, per quanto riguarda i livelli essenziali delle prestazioni l’art. 117, comma 2 lett. *m*) Cost. pone una riserva di legge relativa. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, cit.; Id., (voce) *Salute, I) Diritto alla salute – dir. Cost.*, cit.

¹¹⁵ Per le condizioni *sub* b) e c), Corte cost., sent. 88/2003, *considerato* n. 4 in diritto.

¹¹⁶ Sulla potestà regolamentare dello Stato *ex* art. 117 comma 6 Cost., cfr. RUGGERI, *La potestà regolamentare*, in *Foro it.*, 2004, V, c. 70 ss., spec. c. 72-73; MARTINES – RUGGERI – SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2005, 211-212.

In primo luogo, pone dei problemi la qualificazione come atto normativo del decreto ministeriale autorizzato all'individuazione degli *standards* tecnici, organizzativi, qualitativi, quantitativi e di esito delle prestazioni. Spesso dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sul carattere di imperatività e di normatività dei regolamenti governativi per concludere che si trattava di atto amministrativo generale *non normativo*¹¹⁷ e sebbene parte della dottrina ritenga che il trattamento processuale degli atti amministrativi generali sia stato *assimilato* a quello dei regolamenti¹¹⁸, la differente qualificazione dell'atto comporta differenze sostanziali sul piano della sua derogabilità, della *immediata* precettività, dell'applicazione dei principi *iura notivit curia* e di impugnazione della sentenza *ex art. 360 c.p.c.*¹¹⁹ e sotto questo profilo, la qualificazione dei decreti ministeriali come atti amministrativi o regolamentari mantiene un suo rilievo¹²⁰. Inoltre, la capacità dell'atto di incidere sulle competenze regionali porta ad interrogarsi sulla possibilità che fonti subordinate ai regolamenti governativi di cui all'art. 17 comma 1 l. 400/1988 possano disciplinare materie – come quella delle tariffe applicabili alle prestazioni sanitarie – che in un qualche modo si sovrappongono alle competenze regionali concorrenti sulla tutela della salute (art. 117 comma 3 Cost.).

La verifica della sussistenza degli elementi che danno all'atto la *forma* di regolamento, ma anche che determinano la “effettiva sfera della sua applicabilità”,¹²¹ fanno propendere per la natura normativa dei regolamenti ministeriali¹²² come quelli

¹¹⁷ Sulla *natura* dei decreti ministeriali, ad esempio Corte dei conti, sez. contr., 7.5.1998, n. 43, in *Riv. C. conti*, 3/1998, 1. Una questione affine è stata sollevata in ordine alla natura del d.m. salute del 14.6.2002, *Disposizioni di principio sul funzionamento dei servizi per le tossicodipendenze delle aziende sanitarie locali - Ser.T.*, dalla Provincia Autonoma di Trento e decisa dalla Corte costituzionale nella sent. 88/2003. La Provincia autonoma di Trento asseriva che il regolamento ministeriale non fosse qualificabile come atto amministrativo ma come atto sostanzialmente regolamentare e, quindi, adottato in violazione dell'art. 117, comma 6 Cost. perché mancava della forma di regolamento ed era stato adottato al fine di eludere i vincoli posti dall'art. 17 comma 3 l. 400/1988. La Corte non si è pronunciata espressamente sul punto, rilevando tuttavia che si fondava su una disposizione che fondava il potere regolamentare del Ministro della salute e che si trattava di un atto costituzionalmente illegittimo perché adottato in violazione dei criteri indicati nel testo. In dottrina, POLITI, (voce) *Decreto ministeriale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, 2001, 341, spec. 344-345; CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, I, 136-145, 155-164.

¹¹⁸ Argomento *ex art. 13 l. 241/1990*; in dottrina DELLA CANANEA, *Atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 243-246.

¹¹⁹ CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 138 ss.

¹²⁰ Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 611-615, e 331 e l'opinione di DELLA CANANEA, *Atti amministrativi generali*, cit., 266 ss..

¹²¹ MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 7, in materia di criteri ordinatori del sistema delle fonti.

¹²² CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, loc. cit.; MATTARELLA, *L'attività*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, *Diritto amministrativo generale*, I, 664-665

previsti dalla l. 311/2004 in materia di livelli essenziali. A questo punto bisogna individuare i parametri di legittimità di tali regolamenti e, quindi, bisogna chiedersi se è rispettato il principio di legalità.

La legge che autorizza l'esercizio del potere regolamentare del ministro della salute non dà una disciplina generale della materia.

L'art. 1, commi 169 e 170, l. 311/2004, autorizza l'adozione dei regolamenti ministeriali per garantire l'equilibrio economico-finanziario delle Regioni senza pregiudicare la tutela della salute e assicurare l'uniformità dei livelli delle prestazioni su tutto il territorio nazionale. La disciplina della materia può essere rinvenuta in questa indicazione di principio?

Quanto alla procedimentalizzazione dell'esercizio del potere pubblico in materia di individuazione degli *standards*, delle tariffe, delle prestazioni di cui al Piano sanitario nazionale, la previsione di un procedimento preliminare all'adozione del regolamento ministeriale nelle forme di cui all'art. 17 comma 3 l. 400/1988 coinvolge la Conferenza Stato-Regioni e prevede il concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze. Se il principio di legalità è inteso in senso formale, quindi, si può dire che i regolamenti ministeriali adottati seguendo tale procedimento non potranno essere considerati illegittimi per vizi *in procedendo*.

Quanto detto però non è sufficiente a far ritenere che tali atti siano compatibili con la disciplina costituzionale: la legittimità dei regolamenti dipende dalla legittimità delle disposizioni di legge che ne autorizzano l'emanazione. Infatti, l'art. 117 comma 6 Cost. prevede che la potestà regolamentare statale debba essere esercitata soltanto nelle materie di legislazione esclusiva e gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale consentono di affermare che la legittimità dei regolamenti di cui alla l. 311/2004 andrà vagliata sulla verifica del rispetto dei principi della legislazione vigente in materia di prestazioni sanitarie. La mancata esplicitazione di tali principi nella disposizione che autorizza il Ministro della salute ad esercitare la potestà regolamentare non determinerebbe, cioè, l'illegittimità costituzionale della legge, ma implicherebbe che il Ministro, nell'esercitare tale potestà normativa, sarà tenuto a rispettare i principi posti dall'art. 1 l. 833/1878, dalla legislazione di riordino del sistema sanitario nazionale, dal (d.lgs. 502/1992, l. 449/1997, d.lgs. 124/1998); dal d.P.C.M. 29.11.2001 e successive modificazioni.

In conclusione, la fortissima incidenza di fonti normative secondarie su una materia nella quale si deve concretizzare il bilanciamento fra i principi costituzionali

di eguaglianza, solidarietà, dignità, si accompagna ad una disciplina a maglie larghissime dell'attività integrativa dei precetti costituzionali da parte delle fonti primarie. Sarà dunque il diverso atteggiarsi degli interessi *politici* dei soggetti che concorrono a *pre*-definire il contenuto degli atti che disciplinano i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie a compiere questo *bilanciamento* nella fase che precede l'adozione dell'atto da parte dell'autorità ministeriale.

Tutto ciò comporta che il controllo sulla ragionevolezza degli atti normativi primari e delle fonti secondarie da essi abilitate ad incidere sulla materia verrà esercitato tenendo presente che gli atti normativi primari che definiscono le *procedure* volte a concretizzare questo bilanciamento *non dettano una disciplina di principio della materia*: il controllo di ragionevolezza come coerenza intrinseca dell'atto normativo primario che individua le fonti abilitate a disciplinare la materia è impossibile da effettuare.

La compatibilità con la Costituzione della legislazione *sulle procedure* si gioca, al momento, sul piano della verifica del rispetto del *contenuto essenziale del diritto* da parte degli atti autorizzati (i regolamenti governativi e ministeriali), quindi, con la razionalità rispetto all'obiettivo posto dalle disposizioni costituzionali¹²³.

La garanzia del diritto alla salute rispetto ai regolamenti esecutivi e di attuazione continua a ritrovarsi nel controllo giurisdizionale su tali atti¹²⁴.

La valutazione della ragionevolezza delle leggi che dettano tale disciplina dovrà essere effettuata, nel primo caso, solo sulla base della previsione di precise regole procedurali che disciplinano l'esercizio del potere normativo da parte dell'autorità amministrativa e sulla base della verifica che le leggi "autorizzatrici" (quantomeno) non abroghino la disciplina di principio in materia di livelli essenziali – in modo da potere interpretare le disposizioni legislative nel senso che esse lasciano impregiudicata la disciplina sostanziale della materia sulla quale inciderà la fonte regolamentare.

Tuttavia, la circostanza che i giudici costituzionali si troveranno a dover giudicare della legittimità costituzionale di leggi ed atti aventi forza di legge che effettuano un bilanciamento fra tutela della salute e tutela dell'equilibrio finanziario del sistema in

¹²³ PALADIN, (voce) *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, Giuffrè, 1997, 901; LUTHER, (voce) *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, UTET, 1997, 341.

¹²⁴ CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, 311-312: "la diversità di regime intercorrente, nell'ordinamento attuale, tra atto di normazione primaria ed atto amministrativo determina, dunque, soltanto un mutamento nel livello e nelle modalità della garanzia giuridica, non la negazione della garanzia stessa".

via generalissima, demandandolo, in realtà, a fonti ad esse subordinate¹²⁵, rende il controllo di legittimità dei regolamenti esecutivi/attuativi il perno del sistema di garanzie dell'effettività del diritto alla salute, perché, in effetti, la garanzia di tale diritto fondamentale potrebbe essere fortemente ineffettiva. Questa sarebbe, infatti, la conseguenza di un'impostazione del problema solo sul piano della *procedimentalizzazione* dell'esercizio del potere normativo. Il rispetto delle "procedure" potrebbe, cioè, essere ritenuto condizione sufficiente a far ritenere che il legislatore abbia rispettato i principi posti dall'art. 32 e dall'art. 117 Cost. Ma, come si è già detto, non può essere soltanto il rispetto dei vincoli di *procedura* che attengono all'esercizio del potere normativo a garantire il contenuto minimo essenziale del diritto: un atto normativo legittimato dall'*adesione* di diversi livelli di governo al suo contenuto programmatico ha *soltanto* il vantaggio essere *blindato* dal possibile insorgere di conflitti di attribuzione, restando comunque soggetto allo scrutinio di costituzionalità per violazione dei principi posti dalle disposizioni della prima parte della Costituzione, ossia sotto il profilo della ragionevolezza rispetto allo scopo che è l'effettiva tutela del diritto fondamentale alla salute.

Poste queste premesse rispetto all'esigenza di temperare principi relativi alla procedimentalizzazione delle scelte politiche sui LEA e rispetto del vincolo del contenuto essenziale del diritto, si esamineranno più in dettaglio la prassi giurisprudenziale, le forme di controllo esercitato dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale sulla legislazione in materia di politiche sanitarie sui livelli essenziali, spesso assimilabile al "tipo" delle leggi-provvedimento *innovative*¹²⁶.

13. Approvazione con legge di piani sanitari e tutela del cittadino

L'indicazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale sul piano delle fonti, non esaurisce gli interrogativi in punto di tutela giurisdizionale (della effettività) del diritto alla salute.

Così come, per un verso, si è attribuita all'atto amministrativo una funzione che – in assenza di scelte non solo procedimentali da parte della fonte primaria – non gli è propria (con le segnalate, possibili ricadute sul terreno della tutela

¹²⁵ Si accede comunque alla tesi che quello indicato nel testo non può non essere "un bilanciamento «ineguale» perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano dell'efficienza economica", P. Barile, *Diritti fondamentali e garanzie costituzionali: un'introduzione*, in AA. VV. *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, 148.

¹²⁶ MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit.

giurisdizionale), si è assistito, per altro verso, ad una prassi di segno opposto, che ha visto lo strumento legislativo occupare spazi tradizionalmente propri di quello amministrativo.

Questa schizofrenia del sistema pone l'interprete davanti alla questione della possibilità, o meno, che in materia di programmazione delle prestazioni sanitarie da erogare ai cittadini, i pubblici poteri si esprimano mediante atti legislativi, piuttosto che attraverso atti amministrativi generali.

Il problema dei limiti alla discrezionalità del legislatore in materia di tutela della salute, dunque, si pone non soltanto con riferimento al merito, ma anche in relazione al metodo.

La dottrina della riserva di amministrazione, intesa come "riserva di ponderazione (procedimentale) degli interessi"¹²⁷, afferma che la riserva di amministrazione costituirebbe un controlimite alla discrezionalità del legislatore, sotto il profilo della "ragionevolezza in concreto del ricorso alla legge"¹²⁸.

Sembra di poter scorgere una conferma a questa impostazione, nell'orientamento giurisprudenziale che ritiene legittima la formale approvazione, con legge regionale, di un piano sanitario, ma solo in considerazione dell'"iter procedimentale prescritto dalla normativa in materia, il quale prevede che ciascuna regione è tenuta all'adozione di un Piano sanitario regionale – il cui schema è soggetto al parere del Ministro della Sanità (da rendere entro trenta giorni), sentita l'Agenzia per i Servizi Sanitari Regionali, relativamente alla coerenza con gli indirizzi del Piano Sanitario Nazionale – garantendo forme di partecipazione procedimentale degli enti locali e delle categorie interessate (art. 1, comma 13, D.Lgs. n. 502/1992 come riformato dal D.Lgs. n.229/1999). E, che ciò sia nella specie avvenuto non è in contestazione fra le parti"¹²⁹.

¹²⁷ TULUMELLO, *Ragionevolezza e procedimentalizzazione*, in *Alla ricerca del diritto ragionevole*, cit., 279.

¹²⁸ MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, I, 683.

¹²⁹ Consiglio di Stato, IV, decisione 11 marzo 2003, n. 1321, in *Foro amministrativo-C.d.S.*, 2003, 1290, con nota di MANFREDI, *Leggi provvedimento, forma di Stato, riserva di amministrazione*, ove l'affermazione secondo il quale la riforma del Titolo V della Costituzione fornisce argomenti nel senso del superamento della tradizionale negazione dell'esistenza di una riserva costituzionale di amministrazione. Sui termini generali della questione, DELFINO (F.), *Approvazione con legge di piani urbanistici e tutela giurisdizionale del cittadino*, in *Foro amm.vo*, 1990, 2487. In giurisprudenza,ltre alle decisioni richiamate nel testo, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, sentenza 5 marzo 2003, n. 1070, in *www.GiustAmm.it*, n. 3/2003, con nota di SPAGNOLETTI.

Il Consiglio di Stato, richiamandosi ai princìpi in tal senso affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 225 e 226 del 1999, ritiene legittime quelle leggi di approvazione di atti pianificatori che costituiscano, nella sostanza, nulla più che un atto formale, a conclusione di un procedimento amministrativo pienamente esplicitosi (con tutte le garanzie, sostanziali e di tutela giurisdizionale, del caso).

La stessa giurisprudenza amministrativa, tuttavia, nella vicenda relativa all'approvazione del piano sanitario di altra regione, nell'operare una ricostruzione dei rapporti fra atti amministrativi endoprocedimentali e legge di approvazione, ha affermato che “[q]uest’ultima categoria di leggi (e, in particolare, quella delle leggi di approvazione) si connota, in particolare, per il concorso della volontà legislativa con quella amministrativa nella definizione del contenuto dispositivo sostanziale definitivamente descritto nella legge e si risolve, quanto al rapporto degli effetti prodotti dai due atti ed al relativo regime degli stessi, nell’assorbimento dell’atto approvato nella legge che lo approva, della quale acquista il valore e la forza formali e sostanziali. In questa fattispecie, in sostanza, a differenza di quanto accade per altre categorie di leggi-provvedimento che tengono luogo dell’atto amministrativo (concretamente inesistente), la legge regola una situazione sostanziale sulla quale ha già disposto un provvedimento amministrativo”.¹³⁰

Questa ricostruzione implica, sul piano della tutela giurisdizionale, la conclusione che “il sistema di tutela segue la natura giuridica dell’atto contestato, sicché la legge-provvedimento, ancorché approvativa di un atto amministrativo, può

¹³⁰ Consiglio di Stato, IV, decisione 24 marzo 2004, n. 1559, in *Foro amministrativo-C.d.S.*, 2004, 1398, con nota di ROMEO, *La garanzia dei diritti tra astratto prevedere e concreto disporre*; in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1213, con nota di DICKMANN, *La legge di approvazione di atti amministrativi tra Consiglio di Stato e Corte costituzionale*; e in *Giurisp. Italiana*, 2005, 169, con nota di SPUNTARELLI, *La legge di approvazione del piano sanitario e del piano di riordino della rete ospedaliera regionali*. Su questa decisione del Consiglio di Stato si veda altresì il contributo di COLAVITTI, *Il “giusto procedimento” come principio di rango costituzionale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>.

Il fondamento teorico della pronuncia in esame è (anche) nella considerazione che “Secondo la dottrina più avvertita, in particolare, deve ritenersi inconfigurabile nel nostro ordinamento la categoria delle c.d. “leggi in senso formale”, connotate cioè solo da elementi estrinseci ma prive, per il loro contenuto materiale, del valore giuridico del provvedimento legislativo, atteso che la Costituzione non vincola il contenuto dispositivo e precettivo della funzione legislativa e connette, di contro, la natura di legge alla sola formazione come tale dell’atto normativo. Ulteriore corollario di tale impostazione teorica è che la legge, qualunque sia il suo contenuto materiale, soggiace al regime di valore suo proprio, di talché la sua validità può essere scrutinata solo dalla Corte Costituzionale, così come solo dal medesimo organo possono essere eliminati i suoi effetti.”

essere sindacata, previa intermediazione del giudice rimettente, solo dal suo giudice naturale: la Corte costituzionale”.¹³¹

Interessanti sono le argomentazioni con le quali, a fronte di un possibile depotenziamento della tutela conseguente all’individuazione della Corte costituzionale come giudice competente a sindacare la legittimità dell’atto finale di approvazione del piano sanitario, il Consiglio di Stato valorizza invece “la pregnanza del sindacato costituzionale di ragionevolezza della legge, ancor più incisivo di quello giurisdizionale sull’eccesso di potere, e finisce, quindi, per riconoscere al privato, seppur nella forma indiretta della rimessione della questione da parte del giudice amministrativo, una forma di protezione ed un’occasione di difesa pari a (se non maggiore di) quella offerta dal sindacato giurisdizionale”.¹³²

Nel conflitto tra due valori costituzionali (“le garanzie di tutela giurisdizionale e l’autonomia della funzione legislativa”)¹³³, l’unico limite che, in tal modo, viene posto all’attività del legislatore, è quello costituito (non dalla pendenza di un giudizio sugli atti amministrativi propedeutici, ma) dalla formazione del giudicato amministrativo¹³⁴.

La conclusione che si ricava dall’esame della giurisprudenza amministrativa sull’approvazione dei piani sanitari con legge regionale, è dunque nel senso di una maggiore pervasività del sindacato sulla legge, direttamente proporzionale alla

¹³¹ Consiglio di Stato, 1559/2004, cit.; ove, tra l’altro, l’affermazione del “carattere minoritario dell’indirizzo” inaugurato dalle sentenze n. 225 e n. 226 del 1999 della Corte costituzionale, che invece consentono il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi della serie procedimentale precedente l’emanazione della legge di approvazione.

¹³² Consiglio di Stato, 1559/2004, cit.

¹³³ Consiglio di Stato, 1559/2004, cit.

¹³⁴ Consiglio di Stato, 1559/2004, cit.; ove, tuttavia, la precisazione che “La pendenza di un ricorso avente ad oggetto proprio il provvedimento amministrativo da approvare con la legge non si rivela, comunque, del tutto indifferente ai fini del corretto esercizio della funzione legislativa. La scelta formulata dal legislatore nella predetta situazione non è, infatti, del tutto libera, nel senso che l’organo legiferante non può ignorare la pendenza del giudizio e le aspettative di giustizia del ricorrente e che l’eventuale comprovata, esclusiva finalizzazione dell’approvazione della legge alla sottrazione dell’oggetto del sindacato giurisdizionale ed alla conseguente privazione della stessa possibilità di tutela giurisdizionale costituirebbe un indice sintomatico dell’irragionevolezza della legge-provvedimento.”

Dopo la decisione richiamata, sono intervenute, negli stessi termini, Consiglio di Stato, IV, decisione 19 ottobre 2004, n. 6727, in *Consiglio di Stato*, 2004, I, 2147, con nota di CECCHINI, *Legge-provvedimento e tutela giurisdizionale “attenuata”*; e Consiglio di Stato, IV, 19 ottobre 2004, n. 6734, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 1318, con nota di DICKMANN, *Il Consiglio di Stato torna sulle leggi di approvazione di atti amministrativi*. Si veda altresì, sempre della IV sezione, la decisione 5 novembre 2004 n. 7218.

ritenuta recessività del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi ad essa propedeutici.

L'intermediazione della legge, fra la disposizione costituzionale che tutela il diritto alla salute e l'atto amministrativo (di programmazione o di erogazione) che riempie di contenuto tale diritto, non esclude dunque una forma di tutela giurisdizionale, ma piuttosto la individua nelle forme previste per gli atti legislativi: a condizione che il sindacato sulla ragionevolezza della scelta del legislatore risulti "ancor più incisivo di quello giurisdizionale sull'eccesso di potere".¹³⁵

14. Diritto alla salute e funzione amministrativa

La logica della programmazione può tuttavia esprimersi (ed esaurirsi) anche all'interno della sfera amministrativa.

Al di là della segnalata possibilità di intendere i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, legislativamente prefissati, come indicazioni che indirizzano, ma non esauriscono, la sottostante attività amministrativa discrezionale di cura in concreto dell'interesse pubblico, e del fenomeno, pure segnalato, del trasferimento della scelta sostanziale dal livello legislativo a quello amministrativo, è la stessa programmazione di tale attività che, non solo in materia sanitaria, secondo un *trend* recentemente registrato dalla dottrina costituisce sempre di più una forma di autolimitazione, da parte della stessa amministrazione, della successiva attività provvedimentale puntuale.¹³⁶

L'amministrazione, dunque, nell'attuare il dettato costituzionale e quello legislativo, organizza le proprie risorse sulla base di una previa individuazione dei bisogni, degli obiettivi e delle strategie.

¹³⁵ Consiglio di Stato, 1559/2004, cit.

¹³⁶ SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. VI, Milano, 2002, 75 e segg., in specie 103: "Nell'ambito della (più ampia) funzione di indirizzo politico-amministrativo risulta, infatti, enucleato un momento particolare e specifico in cui, sulla base delle indicazioni normative e della formulazione delle strategie a livello di politica generale, l'organo di governo procede (entro tempi precisi e secondo procedure definite) all'individuazione (e formalizzazione in piani e programmi) degli obiettivi e delle priorità da raggiungere nell'esercizio di attività amministrativa concreta. È questa una fase che, offrendo una prima ('composizione' degli interessi coinvolti, e, dunque, una prima) definizione (susceptibile di ulteriori e progressive concretizzazioni) del fine assegnato all'amministrazione, arricchisce di contenuti la disciplina dell'attività amministrativa; e contribuisce a guidare entro i confini della legalità (sostanziale) lo svolgimento dell'*iter* decisionale dell'amministrazione sino all'adozione del precetto concreto".

Questa attività di programmazione – che, come è stato osservato, si risolve in una *predeterminazione* del contenuto delle singole decisioni amministrative¹³⁷ - è pur sempre una attività amministrativa.¹³⁸

L'indagine torna, a questo punto, all'interrogativo iniziale: nell'operare il giudizio di compatibilità fra le segnalate istanze antagoniste, che modello di relazione si instaura fra l'attività amministrativa e la legge?

È sufficiente che l'esercizio della discrezionalità si orienti – in modo quasi vincolato – nel senso indicato dalla predeterminazione legislativa dei livelli di prestazioni esigibili (quando questa sia contenutisticamente definita), oppure la Costituzione impone all'amministrazione qualcosa di più e di diverso?

In particolare, a fronte della molteplicità e della complessità delle istanze correlate all'esercizio del potere di organizzazione del servizio sanitario, la limitazione delle prestazioni erogabili in ragione di fattori rigidi e non comparabili, è conforme alla Costituzione (sotto il duplice profilo della corrispondenza al parametro di cui all'art. 32 Cost. della misura di tutela in tal modo accordata al diritto alla salute, anche in relazione ad un giudizio di bilanciamento con gli interessi antagonisti che trovi riscontro nel disegno costituzionale; e della compatibilità di un simile modo d'esercizio della funzione amministrativa con il modello pluralistico e solidaristico proprio dello Stato sociale)¹³⁹?

¹³⁷ POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997. Dalla predeterminazione discendono due implicazioni: sul terreno dei rapporti fra procedimenti amministrativi, la riconduzione della fattispecie alla dottrina del "presupposto condizionante" (sul quale CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 370); sul piano dello scrutinio della legittimità dell'attività amministrativa, l'inquadramento degli atti programmatici sia come *canoni di decisione* che come *canoni di controllo* della scelta finale assunta (SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 102, n. 127).

¹³⁸ Sotto il profilo della tutela procedimentale degli interessati, la dottrina non ha mancato di rilevare come l'anticipazione del contenuto della decisione alla fase programmatica, esclusa dalla disciplina della partecipazione procedimentale e dall'obbligo di motivazione, limiti la (formale) partecipazione degli interessati ad un momento procedimentale nel quale "le scelte più importanti sono già state effettuate" (CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 399). Inoltre, la tradizionale argomentazione secondo la quale gli atti amministrativi generali non hanno diretta efficacia lesiva, non comportando una ponderazione di interessi che si appunti su singoli soggetti, non implica che "la partecipazione ai procedimenti diretti all'adozione degli atti generali sarebbe infruttuosa. La partecipazione, infatti, non serve soltanto per poter difendere i propri interessi: essa assolve anche all'importante funzione di arricchire il quadro di elementi di cui dispone il soggetto pubblico al momento della decisione" (CASETTA, *op. ult. cit.*, 400).

¹³⁹ La sentenza della Corte costituzionale, 10 luglio 2002, n. 355, ad esempio, nel proporre una soluzione necessariamente comparativa della dialettica fra le esigenze dell'impresa e quelle afferenti valori non economici, pure rilevanti in sede di esercizio del potere amministrativo di autorizzazione alla realizzazione di attività imprenditoriali, assevera l'opinione che suggerisce una riflessione critica sulla tradizionale concezione dell'interesse pubblico primario, "il cui valore può variare in presenza

Il problema del rapporto fra diritto alla salute e potere amministrativo appare in qualche modo ineludibile già in sede di individuazione della natura di tale diritto: il quale, al pari degli altri diritti sociali¹⁴⁰, si riempie di contenuto proprio a seguito – e per effetto – dell’esercizio del potere di organizzazione del servizio, e di distribuzione delle risorse pubbliche¹⁴¹.

Poiché tutto ciò si traduce in atti giustiziabili, sembra opportuno sottoporre a verifica gli effettivi spazi di tutela praticabili dal titolare del diritto.

In capo al cittadino, sono configurabili due tipi di tutela giurisdizionale: una, avente ad oggetto l’interesse legittimo, di tipo pretensivo, alla prestazione sanitaria oggetto della garanzia costituzionale e della specificazione legislativa, rispetto alle scelte organizzative del servizio sanitario; un’altra, di carattere eminentemente

degli altri interessi concorrenti nella fattispecie concreta” (PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 53). Sugli stessi temi T.A.R. Palermo, sez. II, sentenza 4 febbraio 2005, n. 150, in *www.GiustAmm.it*, con nota di PAOLANTONIO, *Pluralismo dei valori costituzionali e tutela paesaggistica*.

¹⁴⁰ “Si tratta, indubbiamente, di una categoria quanto mai eterogenea, perché comprensiva di diritti soggettivi in senso stretto, di interessi legittimi tutelabili dinanzi ai giudici amministrativi, di interessi semplici nei quali si riflettono i principi programmatici e i conseguenti doveri della mano pubblica, proclamati dalle dette disposizioni costituzionali. In altre parole, talune delle garanzie istituzionali di cui si discute generano immediatamente particolari situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti; mentre in vari casi destinatario principale di esse è il Parlamento, sicché i rispettivi diritti od interessi non si concretano, fino a quando (e nei limiti in cui) le leggi ordinarie non abbiano attuato la Costituzione, provvedendo specialmente alla copertura delle spese necessarie. Ma questo non toglie che alla base di tutele citate affermazioni costituzionali sussista una comune ispirazione di fondo, che basta a legittimare una definizione tanto larga dei diritti sociali” (PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit. 661/662).

¹⁴¹ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 613/614: “Si pensi alle prestazioni sanitarie: la giurisprudenza oscilla tra l’affermazione della sussistenza di un diritto soggettivo e il riconoscimento di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo di organizzazione del servizio. Il fatto è che moltissime prestazioni, oggetto di servizi pubblici, sono condizionate dai limiti dell’organizzazione del servizio pubblico stesso, a sua volta frutto dell’esercizio di potere amministrativo, onde difficilmente in capo a ciascun destinatario del servizio, astrattamente configurabile, è riferibile un vero e proprio diritto soggettivo (per cui si tratterebbe piuttosto di un diritto finanziariamente condizionato).

La protezione del cittadino, in tal caso, è realizzata attraverso il ricorso alla tutela propria dell’interesse legittimo, [...]. Non solo: ove la Costituzione impegni le istituzioni a soddisfare alcuni bisogni (si pensi ai servizi sociali), non è esclusa in linea teorica la sindacabilità anche dell’eventuale – ed ipotetica – scelta di non provvedere al riguardo [...].

Si consideri altresì che, anche nelle ipotesi in cui la posizione del privato sia inizialmente di interesse legittimo a fronte della organizzazione del servizio, una volta intervenuta la programmazione concreta del servizio stesso che implica l’esatta definizione dei soggetti destinatari (e purché sussistano i presupposti al ricorrere dei quali nasce l’obbligazione), sorge in capo ad essi il diritto ad ottenere la prestazione in quanto ne abbiano i requisiti.

[...] [A]l giudice ci si potrebbe dunque rivolgere non solo per chiedere l’adempimento dell’obbligo di assicurare la prestazione quando il diritto sia già sorto, ma altresì per domandare il risarcimento del danno derivante dalla mancata applicazione della norma preordinata ad attribuire il diritto alla prestazione”.

risarcitorio (come, tale, avente carattere succedaneo rispetto alla pretesa al bene della vita).

La prima forma di tutela in realtà consiste, come già accennato, nello scrutinio di legittimità della scelta discrezionale avvenuta nel procedimento: dove la ponderazione comparativa fra interessi antagonisti ha condotto ad erogare una certa “misura” di tutela del diritto alla salute.

Un primo ordine di problemi è dato dalla difficoltà di conciliare il tradizionale metodo di scrutinio della legittimità dei provvedimenti amministrativi, legato a parametri di natura formale, con la tutela del titolare dell’interesse legittimo pretensivo al soddisfacimento della propria pretesa, dotata di copertura costituzionale ma rimessa, quanto all’effettivo contenuto, all’esercizio della discrezionalità legislativa e della potestà organizzativa dell’amministrazione.

Il cittadino chiede, in base alla previsione costituzionale, non una prestazione formalmente legittima, ma una prestazione sostanzialmente – ancorché astrattamente - efficace (nel che si compendia la garanzia del diritto): il problema è proprio l’individuazione di tale ultimo connotato.

Il modello di relazioni fra legge e potere amministrativo proprio dello Stato sociale, porta dunque ad una rivisitazione della nozione di interesse pubblico,¹⁴² e di quella di interesse pubblico primario,¹⁴³ in particolare sotto il profilo del (nuovo e più complesso) rapporto fra causa del potere amministrativo e norma attributiva: ciò che in qualche modo incide sul principio di legalità.¹⁴⁴

¹⁴² SALVATORE, *Le nuove prospettive del sindacato sull’eccesso di potere alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Cons. di Stato*, 2002, II, 1601; GIACCHETTI, *Processo amministrativo e interesse generale*, in *Cons. di Stato*, 2002, II, 1625; CORSO, *Il diritto comunitario e le trasformazioni del diritto amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 10/2001, pp. 495 e segg., in specie p. 516.

¹⁴³ PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 44 e ss., ove il rigoroso tentativo di ricostruire l’indicato fenomeno nella prospettiva della teoria della discrezionalità amministrativa.

¹⁴⁴ Secondo GIACCHETTI (*Processo amministrativo e interesse generale*, in *Consiglio di Stato*, 10/2002, II, 1625), la rilettura dell’art. 97 Cost. conseguente alla portata innovativa dell’art. 1 della l. 241/1990, comporta una nuova formulazione del principio di legalità, per effetto della quale la legge sarebbe per l’amministrazione non lo scopo, ma il limite dell’attività, nel senso che l’amministrazione sarebbe tenuta a fare non solo tutto ciò che la legge le impone, ma altresì tutto ciò che risponde all’interesse della collettività, e che la legge non le vieta. L’opinione richiama alla mente la dialettica Zanobini-Ranelletti, e in particolare la posizione del secondo, per il quale l’amministrazione, a differenza del giudice, non ha il compito di esprimere e realizzare la norma giuridica nei casi concreti; ma l’altro, profondamente diverso, di soddisfare i bisogni e interessi collettivi”; per l’amministrazione, pertanto, il diritto “come per l’individuo nella sua vita ed attività, è la norma, secondo e nei limiti della quale deve agire, per raggiungere gli scopi pratici della sua vita, cioè soddisfare i bisogni e gli interessi

Questo rilievo si affianca a quello, operato in precedenza, secondo il quale l'apertura al mercato nel settore sanitario importa, per gli attori delle politiche pubbliche, in aggiunta all'obiettivo di tutela imposto dalla norma primaria e ancor prima da quella costituzionale, anche la necessità di operare secondo canoni di efficienza imposti dal confronto con strutture imprenditoriali operanti nel medesimo settore.

Il richiamo all'efficacia e all'efficienza, tuttavia, non implica affatto recessività della finalità di tutela, sotto il profilo della prevalenza del risultato economico, ma, al contrario può determinare un migliore perseguimento di tale obiettivo, attraverso l'eliminazione di metodi di gestione delle risorse propri di una concezione del servizio pubblico ormai incompatibile con il dato storico-economico e con quello giuridico-positivo, ed una maggiore attenzione al risultato effettivo dell'azione amministrativa proprio sotto il profilo del perseguimento della finalità indicata dalla norma attributiva del potere.¹⁴⁵

15. Diritto alla salute e risarcimento del danno: per una inversione del metodo

Se questa prima riflessione fornisce qualche ulteriore spunto circa l'individuazione del contenuto – e delle modalità adempitive - del dovere di provvedere visto *ex latere solventis*, non consente tuttavia di identificare i contorni della corrispettiva pretesa che si intenda far valere *ex latere accipientis*: la cui legittimità va comunque vagliata alla stregua delle fonti di livello primario.

Di fronte alla discrezionalità del legislatore, esiste un contenuto minimo, costituzionalmente garantito, del diritto alla salute, tale da fungere da parametro di valutazione della legittimità costituzionale degli atti legislativi che attuano la garanzia costituzionale?

Se non si individua un simile ambito contenutistico, o almeno un criterio per la sua determinazione, la riflessione sull'effettività della garanzia costituzionale rischia di avvatarsi intorno a formule eccessivamente astratte: oppure di cadere nel

che sono nei suoi fini” (RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, I., *Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 269).

¹⁴⁵ Sul “riconoscimento del rilievo giuridico del risultato e della sua appartenenza al diritto vigente”, e, più in generale, sul tema dell'amministrazione di risultato, L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in www.giustamm.it

paradosso romanistico per cui la considerazione del valore inestimabile della persona umana, finisce coll'escludere ogni forma di tutela, "*quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*"¹⁴⁶ (laddove all'alibi della inestimabilità, si accompagnerebbe oggi quello della dipendenza dell'effettiva fruizione del diritto dall'avvenuto esercizio – soddisfattivo – della discrezionalità legislativa o amministrativa).

Oggi la risposta a questo interrogativo è resa, almeno a livello comunitario, più agevole dalla Carta dei diritti: che all'art. 35 stabilisce che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un "*livello elevato* di protezione della salute umana"; ed al successivo art. 52 precisa che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono "*rispettare il contenuto essenziale* di detti diritti e libertà" (il che sta a significare che esiste un contenuto minimo essenziale del diritto alla salute, corrispondente ad un livello di protezione "elevato", che i pubblici poteri non possono in alcun modo limitare o sacrificare).

Nel diritto interno una vicenda analoga, in punto di rapporti fra garanzia costituzionale del diritto e limitazioni amministrative all'esercizio dello stesso, è quella che ha riguardato l'individuazione del contenuto minimo, costituzionalmente garantito, del diritto di proprietà, di fronte al potere conformativo della pubblica amministrazione.

Davanti alle inevitabili incertezze prodotte, in quel campo, da un giurisprudenza costituzionale sufficientemente chiara nell'affermare l'esistenza di un tale nucleo minimo di garanzia costituzionale, ma non altrettanto esplicita nell'indicare in cosa esso consista (almeno con riferimento allo *jus aedificandi*), la dottrina ha percorso un suggestivo itinerario: quello di valorizzare la connessione, nell'ambito del testo e della giurisprudenza costituzionale, fra tutela proprietaria e diritto all'indennizzo, nel senso che il contenuto della prestazione indennitaria, siccome garantita dalla Costituzione, è stato ritenuto un parametro che riflette il contenuto della garanzia costituzionale del diritto dominicale, vale a dire del diritto il cui sacrificio l'indennizzo va a ristorare.¹⁴⁷

¹⁴⁶ D.9.4.7. (Gaius libro VI ad edictum provinciale), cit. da BIANCA, *Diritto civile*, V, 1994, 178.

¹⁴⁷ TORREGROSSA, *La proprietà fra "contenuto minimo" e "diritto all'indennizzo"*, in *Diritto e società*, 1986, 15 e segg., con la seguente postilla di IRTI: "[...] Torregrossa argomenta, con laica fedeltà di giurista, dal testo costituzionale: il quale, se da un lato rinvia alla legge ordinaria (art. 42, 2° comma), garantisce, dall'altro, la proprietà e prevede un indennizzo per il caso di espropriazione nell'interesse sociale (art. 42, 3° comma). Mentre la comune dottrina segue un itinerario, che va dalla

L'estensione, alla materia in esame, di tale intuizione ricostruttiva, è suggerita anche da un altro rilievo.

Si è osservato che il diritto alla salute si attegga sia come interesse legittimo pretensivo, rispetto all'attività organizzativa e di prestazione dei pubblici poteri, sia come diritto al risarcimento del danno, per l'ipotesi di lesione dell'indicata posizione soggettiva conseguente all'illegittimità dell'attività ridetta.

Ora, non è pensabile, per il nesso di derivazione logica che lega le indicate posizioni soggettive, che l'una abbia contenuto diverso dall'altra.

Il cittadino potrà ottenere nella sede risarcitoria solo e soltanto il bene della vita, o un suo equivalente monetario, cui poteva legittimamente aspirare in forza della posizione d'interesse legittimo correlata al potere amministrativo finalizzato all'attuazione della garanzia di cui all'art. 32 Cost.

Applicando lo schema logico elaborato nella teoria generale delle obbligazioni, si tratterebbe allora di individuare l'esatta misura dello sforzo diligente esigibile dal servizio sanitario nazionale di fronte alla pretesa del cittadino (e, dunque, di circoscrivere quest'ultima entro i termini in cui è tutelata).

Una regola di teoria generale del diritto, positivizzata nel sistema della responsabilità civile per inadempimento delle obbligazioni, stabilisce infatti che il parametro di valutazione dell'esatto adempimento funge, al tempo stesso, da criterio d'imputazione della responsabilità per inadempimento: il giudizio di responsabilità, anche se logicamente distinto e successivo rispetto a quello sulla tutela dell'interesse pretensivo, può offrire valide indicazioni, circa la violazione dell'obbligo, da utilizzare retrospettivamente in sede di identificazione dei contenuti dell'obbligo medesimo.¹⁴⁸

Per un problema di coerenza dell'ordinamento, non vanno quindi trascurati i parametri elaborati nel settore della responsabilità civile in materia di individuazione della natura e della quantificazione della lesione della salute, proprio perché il

determinazione del contenuto minimo della proprietà all'obbligo di indennizzo, Torregrossa percorre ingegnosamente l'opposto cammino: il carattere, non "irrisorio" e non "simbolico" dell'indennizzo, serve ad individuare il nucleo irriducibile del diritto di proprietà. [...]"

In ambito comunitario, sulla connessione fra garanzia del diritto e previsione di un indennizzo per il suo sacrificio nell'interesse pubblico, Corte di giustizia, 10 luglio 2003, cause C-20/00 e C-64/00, in *Europa e diritto privato*, 2004, 1217, con nota di S. PAJNO, *Bilanciamento e costituzione europea in una decisione della Corte di Giustizia*.

¹⁴⁸ In argomento, anche per i necessari richiami alle principali posizioni dogmatiche, BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1964, I, 478 e segg.

percorso esegetico seguito si fonda, appunto, sulla portata direttamente precettiva dell'art. 32 Cost.

La lesione della salute è modellata sul contenuto del diritto alla salute, nella misura in cui questo è riconosciuto e tutelato dall'art. 32 della Costituzione: il danno biologico è dunque, strutturalmente, un danno differenziale.

Il sistema della tutela risarcitoria del diritto alla salute è stato infatti costruito attraverso la lettura della richiamata disposizione, sotto il particolare profilo della individuazione della "misura" irriducibile della garanzia costituzionale.¹⁴⁹

L'indicata corrispondenza (fra diritto tutelato e danno risarcibile) esclude che possa opporsi a detta prospettiva ricostruttiva l'argomento che la giurisprudenza sul danno biologico è stata elaborata in materia di illecito civile, e dunque di rapporti interprivati.¹⁵⁰

In primo luogo, ciò che in questa sede rileva è l'esegesi dell'art. 32 Cost., sotto il profilo della individuazione del contenuto (minimo) del diritto alla salute, e appare arduo ritenere che la Costituzione abbia inteso tutelare tale diritto in misura diversa a seconda che si abbia riguardo alla materia risarcitoria, ovvero all'esercizio del potere (legislativo ed amministrativo) funzionale all'effettiva attuazione della garanzia costituzionale del diritto medesimo (ipotizzando dunque l'esistenza di un diritto alla salute tutelabile di fronte ai privati, e di un diverso diritto alla salute tutelabile di fronte al pubblico potere).¹⁵¹

In secondo luogo, come si è già accennato la tutela dell'interesse legittimo pretensivo si completa oggi con lo strumento risarcitorio, per cui la pubblica amministrazione risponde, sul terreno della responsabilità civile, dell'attività

¹⁴⁹ È d'obbligo il richiamo alla sentenza 14 luglio 1986, n. 184, della Corte costituzionale.

¹⁵⁰ Al contrario, la dottrina da tempo, e con ragione, pone in evidenza "l'affermarsi di una tendenza all'indistizione tra strumenti risarcitori e meccanismi di sicurezza sociale" (BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988, 665), in quanto entrambi affondano le comuni radici nel principio costituzionale di solidarietà.

¹⁵¹ Nella citata sentenza 186/1984 della Corte costituzionale si legge, in proposito, l'affermazione secondo la quale "La lettura del comma 1 dell'art. 32 cost., che non a caso fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute all'interesse della collettività alla medesima, ed i precedenti giurisprudenziali, inducono a ritenere sicuramente superata l'originaria lettura in chiave esclusivamente pubblicistica del dettato costituzionale in materia", e la conseguente conclusione nel senso del "riconoscimento del diritto alla salute come diritto pienamente operante *anche* nei rapporti di diritto privato" (corsivo nostro). La Corte afferma dunque, con tale sentenza, la rilevanza della previsione costituzionale, oltre che nei rapporti di diritto pubblico, anche in quelli di diritto privato, e individua l'oggetto della relativa garanzia senza operare distinzioni contenutistiche in funzione dei due diversi ambiti applicativi.

provvedimentale (di organizzazione e di prestazione) illegittima: sicché il bene tutelato (il diritto alla salute, appunto) in sede risarcitoria, non muta in funzione della natura (pubblica o privata) del soggetto danneggiante, né per effetto delle diverse modalità di aggressione, commissiva (*deminutio* dell'integrità psico-fisica ad opera di terzi), ovvero omissiva (mancata attribuzione, da parte dei pubblici poteri, delle prestazioni necessarie a mantenere o preservare tale integrità)¹⁵².

Così, se ai fini della configurazione del danno alla salute rileva – a titolo di danno biologico - qualsiasi “lesione – invalidante o meno – della realtà corporale e mentale della persona, senza riguardo alle conseguenze economiche”¹⁵³, compreso il danno psichico, nonché – come danno alla vita di relazione - la “diminuzione delle possibilità del soggetto di esplicare normalmente la sua personalità nell’ambiente sociale”¹⁵⁴, correlativamente il diritto alla salute, la cui effettività i pubblici poteri hanno il compito di assicurare, non può che avere un contenuto di pari ampiezza, giacché una non piena attuazione della garanzia costituzionale risulta connotata dal medesimo grado di disvalore: che consegua alla lesione dolosa o colposa ad opera di terzi, o che dipenda dalla mancata prestazione di adeguati presidi terapeutici da parte dei pubblici poteri.

La lesione differenziale del diritto alla salute, infatti, è tale sia se cagionata mediante una sottrazione illecita, che se prodotta per effetto della omissione di una prestazione dovuta (tale alla stregua del parametro legislativo e di quello costituzionale): in entrambi i casi, il titolare del diritto vede il contenuto dello stesso ridotto al di sotto della misura in cui esso è riconosciuto e garantito dalla Costituzione.

In questi termini potrà definirsi la pretesa del cittadino, ed il corrispondente compito di prestazione dell’apparato pubblico.

In terzo luogo, dalla giurisprudenza sulla responsabilità civile per lesione del diritto alla salute, emerge una chiara indicazione nel senso della unitarietà della tutela

¹⁵² Altro problema, naturalmente, è quello della responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) per danni cagionati nell’espletamento dell’attività terapeutica: qui viene concretamente leso, dalle modalità di erogazione della prestazione sanitaria (e non, dunque, dalla sua assenza od insufficienza), il diritto all’integrità fisica in quanto tale, e non l’interesse pretensivo all’erogazione di una prestazione astrattamente idonea a garantire la tutela di tale diritto.

¹⁵³ BIANCA, *Diritto civile*, cit, 176-177.

¹⁵⁴ BIANCA, *op. ult. cit.*, 185. Sul danno alla vita di relazione come componente del danno alla salute, Cass., 17 novembre 1990, n. 11133.

di tale diritto, in attuazione dell'art. 32 Cost., anche in presenza di norme di diritto speciale tendenti a regolare profili indennitari afferenti ulteriori forme di manifestazione dello Stato sociale, in qualche modo connessi al settore della salute (come la materia previdenziale, per le situazioni tutelate dall'art. 38 Cost.)¹⁵⁵.

Individuato in questi termini il nucleo insopprimibile della garanzia sancita dall'art. 32 Cost., non può non rilevarsi, poi, come il contenuto di tale garanzia costituzionale non limiti la propria rilevanza al dato strettamente tecnico-terapeutico, ma piuttosto si estenda ad investire significativi profili della tutela della dignità umana.

In questo modo si riempie altresì di contenuto la già ricordata nozione di *livello elevato* – tale non solo quantitativamente – di protezione della salute umana, individuata dalla Carta dei diritti come *standard* di tutela non riducibile dalle politiche e dalle attività dell'Unione.

16. Conclusioni

Dall'ordinamento interno (attuazione dell'art. 32 della Cost. in materia risarcitoria), e da quello comunitario, emergono dunque chiari segnali nella direzione di una valorizzazione della effettività della tutela della salute.

Gli atti di esercizio del potere legislativo, e di quello amministrativo, costituiscono oggetto di sindacato – non solo formale – alla stregua del parametro costituzionale e di quello comunitario.

Il diritto alla salute è così, nella struttura formale, diritto condizionato, in ragione della sua stessa natura; è però, nel contenuto, e dunque nel rapporto con le fonti legislative e con i provvedimenti amministrativi, diritto fondamentale.

L'esercizio del potere – legislativo ed amministrativo – è tecnicamente necessario per realizzare l'effettività della garanzia costituzionale, ma la traduzione in atto di tale esercizio non può costituire un limite alla pretesa del cittadino, se non in quanto detto limite (*rectius*: la misura di tutela risultante dal bilanciamento con detto limite) risulti comunque garante del contenuto insopprimibile della garanzia medesima.

¹⁵⁵ In argomento, FERRARI, *Danno biologico, indennizzi del "welfare" e responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2004, I, 3408.

In questo senso si afferma una concezione unitaria del diritto alla salute, strettamente correlata alla tutela della dignità della persona¹⁵⁶.

La logica della programmazione fra più livelli di governo della politica sanitaria pubblica non può essere considerata come una “garanzia” del diritto; la procedimentalizzazione del potere normativo e l’accentramento delle competenze normative in capo allo Stato sui livelli essenziali non è, cioè, sufficiente ad affermare che si sia rafforzata la garanzia dell’uniformità del contenuto del diritto sul territorio nazionale¹⁵⁷.

Le garanzie del diritto risiedono nella possibilità di verificare la compatibilità degli atti normativi ed amministrativi con il principio di dignità e di uguaglianza della persona che modellano il contenuto effettivo del diritto alla salute.

Questo perché il contenuto del diritto alla salute viene identificato spesso con il suo *statuto* legislativo: è diritto in quanto e solo dopo essere stato codificato dalle fonti normative, prima non è altro che un interesse costituzionalmente rilevante.

Ma quest’impostazione – che pervade quella che qui è stata esemplificata come *logica della programmazione* – non è pienamente compatibile, se assolutizzata, con i principi dell’ordinamento giuridico italiano.

In primo luogo, non si può negare che la costituzionalizzazione del “diritto alla salute” incide su ciò può divenire norma giuridica dell’ordinamento italiano e la giurisprudenza di legittimità l’ha spesso messo in evidenza. Inoltre, il contenuto del diritto alla salute va definito anche attraverso la logica della *concorrenza*, che emerge dai principi dell’ordinamento comunitario, che condizionano l’esercizio dei poteri normativi ed amministrativi nel nostro ordinamento e concorrono a rendere maggiormente effettivo il diritto alla salute sia sotto il profilo degli strumenti di tutela del diritto, sia sotto il profilo dell’estensione del suo contenuto, che, quindi, in qualche modo si affranca dalle scelte normative dei pubblici poteri. Infatti, anche nell’ordinamento comunitario la dignità della persona ha assunto una forza tale da

¹⁵⁶ Cfr. CARAVITA, *sub Art. 32*, in CRISAFULLI – PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 215 ss., spec., 216; Id., *La disciplina costituzionale della tutela della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21 ss.

¹⁵⁷ Anche se la formulazione dell’art. 117 Cost. prefigura un collegamento tra uniformità della disciplina sui diritti e rispetto del principio di uguaglianza (e la legislazione statale afferma espressamente che al fine di garantire l’uguale godimento del diritto si prevede una disciplina uniforme, ad es. art. 1 comma 171, l. 311/2004).

conformarne i caratteri¹⁵⁸, ed il principio di primazia della tutela della salute è parametro di legittimità degli atti comunitari e nazionali (nelle materie di competenza della Comunità europea)¹⁵⁹, secondo logiche che avvalorano la tesi che il diritto alla salute si affranca dalla sua originaria natura di diritto fondamentale-norma programmatica.

Proprio la connessione con la tutela della dignità umana suggerisce di costruire in modo del tutto peculiare le relazioni incentrate sull'attuazione dell'art. 32 della Costituzione.

Il metodo della comparazione, proprio di un sistema pluralista, va infatti coordinato con l'esigenza di garantire il diritto alla salute non come una qualsiasi posizione soggettiva di natura pretensiva, ma come elemento centrale – in quanto direttamente correlato alla tutela della dignità dell'individuo - fra i valori assunti come primari nell'attuale forma di Stato, condizionante ogni altro aspetto dell'azione dei pubblici poteri volta ad assicurare il benessere sociale.

¹⁵⁸ Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 14.10.2004, causa C-36/02, *OMEGA*, in *Corriere giuridico*, 2005, 486, con nota di CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia*.

¹⁵⁹ Ma si veda anche il testo del Trattato-Costituzione dell'Unione europea (GUCE n. C 169 del 18.7.2003, p. 0001-0105).