

**Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni (\*)**

SOMMARIO: 1. Le prestazioni sanitarie tra differenziazione ed uniformità; 2. Amministrazione multilivello, sistema delle conferenze e federalismo “collettivo”; 3. Diritto alla salute e bilanciamento; 4. Programmazione ed atti generali regionali; 5. Il diritto finanziariamente condizionato ed il valore di solidarietà *ex art. 2 Cost.*; 6. Interesse legittimo e contenuto essenziale del diritto al trattamento sanitario; 7. Livelli essenziali, uniformità degli *standard* e ruolo dello Stato; 8. Segue. Vincoli statali all’uniformità di erogazione; 9. I vaccini tra differenziazione e concorrenza; 10. Tetti di spesa e garanzia dell’equilibrio economico-finanziario.

1. Volgere lo sguardo al modo in cui nell’ordinamento l’amministrazione si occupa della salute come diritto del singolo ed interesse della collettività, per dirla con l’art. 32 Cost., implica, così come per la legislazione, porre in primo piano l’azione della Regione e, correlativamente, il modo in cui essa interagisce con il ruolo dello Stato.

In questo scritto si soffermerà l’attenzione proprio su quel livello che potremmo dire intermedio tra la produzione legislativa e l’erogazione delle prestazioni del servizio sanitario nazionale e che coinvolge atti formalmente amministrativi, talvolta di natura regolamentare (e quindi normativa) e talvolta di natura generale, nei quali le tensioni tra competenze statali e regionali non mancano di farsi sentire, in un intreccio di funzioni che denota notevole fluidità nel riparto delle competenze.

In questo campo, come si vedrà, non sono assenti delle vere e proprie contraddizioni. Prima tra tutte l’antitesi tra essenzialità (ed essenziale

---

(\*) L’articolo ripropone, con modifiche, integrazioni ed aggiornamenti, il testo della relazione tenuta al convegno dal titolo *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, organizzato il 20 novembre 2009 a Firenze dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri. Questo testo è destinato anche alla pubblicazione degli atti del convegno.

uniformità di trattamento) del diritto alla salute e devoluzione della sua cura amministrativa ad enti territoriali non statali.

La tutela della salute, specie se coniugata insieme alla tematica dei livelli essenziali, evoca interessi primari ed esigenze di eguaglianza che vorrebbero una considerazione unitaria, estesa all'intero territorio nazionale.

Eppure le Regioni proprio in questa “materia” hanno sviluppato il grado forse più significativo di autonomia, sia per la qualità di alcune forme di intervento sia per l'entità delle risorse finanziarie che vi sono impegnate. Questo, perlomeno, in prima battuta.

L'autonomia regionale è stata infatti sì solennemente enunciata, specie a livello di legislazione statale, salvo poi a scoprire che le disuguaglianze in questo campo non erano sostenibili (o quantomeno erano meno sostenibili che in altri casi); sicché le scelte regionali, anziché esser garantite come individuali, Regione per Regione, sono state in qualche misura collettivizzate ed attratte nel sistema delle conferenze e nelle sue decisioni prese all'unanimità.

La sanità è divenuta pertanto una sorta di esperimento generale per lo sviluppo del nostro federalismo: da un lato, la devoluzione di risorse alle Regioni per provvedere alla “amministrazione” di un comparto di notevolissimo rilievo per la vita pubblica e sensibile per la qualità dei diritti in gioco; dall'altro lato, il bisogno che le scelte fossero effettuate dalle Regioni in maniera collettiva, quasi come si trattasse di un confronto tra il mondo statale e quello regionale, piuttosto che della evoluzione di forme effettive di autonomia territoriale.

Proprio nella sanità il passo avanti è stato, in coerenza con questo punto di partenza, quello di intervenire solo *ex post* a controllare l'erogazione della spesa e di “sanzionare” solo quelle amministrazioni regionali che non avessero rispettato alcuni obiettivi minimi nel contenimento della spesa

pubblica, disponendo il loro commissariamento <sup>1</sup>. Sicché il federalismo sanitario è apparso, dapprima, come un fenomeno di devoluzione collettiva di risorse alle Regioni; solo successivamente, di fronte ai pericoli per la stabilità finanziaria dei bilanci regionali, la differenziazione si è fatta sentire nelle forme di una perdita di autonomia delle Regioni meno virtuose, sottoposte al regime commissariale. E', in buona misura, la sorte che sembrerebbe in questi giorni contrassegnare il nostro federalismo anche nell'epoca del federalismo fiscale: in prima battuta, coniugare la vocazione autonomistica ad una finalità di tutela della spesa pubblica, il tutto nel mantenimento di un forte accentramento statale circa le scelte per la devoluzione delle risorse; in seconda battuta, vigilare sul rispetto dei costi *standard* ammissibili, commissariare quelle Regioni che non sappiano rispettarli (anzi, come sembra si voglia dire, decretarne il "fallimento politico") e pervenire, per questa via, ad una sorta di inedito federalismo differenziato <sup>2</sup>.

Il legislatore, d'altra parte, ha inteso anche sperimentare forme di concorrenza e di mercato accanto all'apertura alle autonomie.

Nel farlo, tuttavia, ha mantenuto ferma la connotazione pubblica delle risorse ed ha mancato di effettuare, proprio nel livello amministrativo, quelle scelte e selezioni che potessero far sì che un mercato si animasse davvero e che si evitasse l'indiscriminata erogazione di risorse pubbliche che oggi fanno del

---

<sup>1</sup> Cfr. G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni, Regioni*, 2009, 1177 e ss.

<sup>2</sup> Sul federalismo fiscale come disegnato nella l. n. 42 del 2009, con particolare riferimento, rispettivamente, al ruolo della perequazione ed a quello dei costi *standard* e dei livelli essenziali, cfr. A. ZANARDI e A. POGGI, in V. NICOTRA, F. PIZZETTI, S. SCOZZESE (a cura di) *Il federalismo fiscale*, Roma, 2009, 99 e ss. e 109 e ss. Sulla strettissima connessione tra il federalismo fiscale italiano ed il fine di un controllo sull'erogazione della spesa, in relazione allo scopo di porre al centro del disegno il contenimento dei costi e la "sanzionabilità" delle Regioni non virtuose, cfr. M. FEDELE, *Né uniti né divisi. Le due anime del federalismo all'italiana*, Roma 2010, 140 e ss. Sulla violazione degli standard e sul c.d. fallimento politico della Regione cfr. E. JORIO, *Federalismo fiscale: lo schema di decreto delegato "sanzioni e premialità"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

servizio sanitario forse la principale fonte di preoccupazione per chi ha a cuore il contenimento della spesa pubblica <sup>3</sup>.

2. Se dovessimo comunque sintetizzare in poche battute il modello vigente, dovremmo ricordare quantomeno tre aspetti.

Il primo è l'organizzarsi della funzione regolamentare, di indirizzo e programmazione e di carattere generale secondo il modello della c.d. *multilevel governance*, perché, incluso anche lo Stato, sono molti i livelli pubblici di intervento anche in questo settore.

Il secondo è l'esistenza di sistemi di comunicazione reciproca tra tali livelli di competenza, i quali si sono affermati assumendo come base logico-giuridica il concetto di "materia statale trasversale", qui rappresentata soprattutto dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. *m*) <sup>4</sup>. La materia trasversale abilita lo Stato ad intervenire per la cura di un valore costituzionale fondamentale, ma presuppone che questa espansione in linea orizzontale della competenza, di submateria in submateria, non venga sempre e interamente a comprimere lo spazio di autonomia regionale.

Il terzo consiste nel sistema delle conferenze, che produce, a sua volta, due principali conseguenze: (i) il manifestarsi dell'autonomia regionale come autonomia delle Regioni, come un tutto unitario, nei riguardi dello Stato, prima ancora che come autonomia propria di ciascuna Regione e come

---

<sup>3</sup> Sui limiti che l'idea di mercato soffre in questo settore, cfr. G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. CORSO – P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009, 17 e ss.

<sup>4</sup> Sul tema delle materie statali trasversali e per registrare le più recenti tendenze della Corte, da ultimo, cfr. F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, *Regioni*, 2009, 1185 e ss. Cfr., altresì, per avere un quadro generale, G. SCACCIA, *Il riparto delle funzioni legislative fra Stato e Regioni*, in G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di) *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte generale, Milano 2006, 3 e ss., in part. 24 e ss. Per una prima utilizzazione di tale concetto di trasversalità sia concesso richiamare il mio *Il problema delle incerte materie nel Titolo V della Costituzione*, in P. CALDERISI, F. CINTIOLI, G. PITRUZZELLA (a cura di), *La Costituzione promessa*, Soveria Mannelli, 2004, 45 e ss.

manifestazione di scelte effettivamente distinte; (ii) il produrre in questa sede pareri e accordi (e quindi forme di amministrazione concertata o contrattata) che vedono lo Stato, rispettivamente, come destinatario o come compartecipe. Ed è nella Conferenza che si assorbe la distinzione delle competenze e la loro potenziale frizione <sup>5</sup>.

Gli accordi infatti si collocano sia “a monte”, preliminari al momento della normazione (ad esempio quella di tipo regolamentare) sia “a valle”, al momento dell’attuazione delle scelte normative già assunte (valga quest’ultima come attività di indirizzo e programmazione o già con venature di carattere propriamente esecutivo).

3. L’intreccio di competenze fa da sfondo ad un corrispondente intreccio di interessi pubblici di portata e natura diversa, i quali sovente richiedono opportune forme di temperamento.

Una prima forma di bilanciamento è endogena all’art. 32 Cost., che, dopo aver riconosciuto al comma 1 la tutela della salute come diritto del singolo ed interesse della collettività, limita al comma 2 i trattamenti sanitari obbligatori per la tutela della persona umana <sup>6</sup>.

Una seconda è quella che pone a confronto, da una parte, il diritto al trattamento sanitario vantato da ciascun cittadino, come diretta e più significativa manifestazione del diritto alla salute, e, dall’altra parte, le risorse pubbliche disponibili.

---

<sup>5</sup> Sul ruolo degli accordi e sul modo di procedere dell’autonomia regionale mediante il sistema delle Conferenze, senza alcuna pretesa di esaustività e per un quadro aggiornato sul tema, cfr. L. VIOLINI, *Differenziare per accordo: una formula per rispondere alla crisi?*, *Regioni*, 2009, 197 e ss.

<sup>6</sup> Per una panoramica aggiornata sulla giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della salute, cfr. D. MORANA, *Tutela della salute*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali* cit., Parte speciale, I, Milano 2006, 264 e ss., nonché anche *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009, cit. e C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009.

E' quest'ultima, come si può ben comprendere, la prospettiva di maggiore attualità, a causa del lievitare della spesa e del concomitante appassire delle fonti di finanziamento al tempo della crisi. Il modo in cui il SSN si è evoluto, specie nel corso degli ultimi due decenni, ha richiesto il confronto tra diritto alla salute ed intervento pubblico per la sua garanzia, da una parte, e le esigenze, sempre più visibili e sentite, di contenimento della spesa pubblica e di tutela degli equilibri economico finanziari delle casse pubbliche.

Infine, l'idea che anche in questo campo potesse avere ingresso il mercato e che la concorrenza potesse favorire un miglioramento delle prestazioni sanitarie ha posto nuovi problemi di bilanciamento: sia nel senso di temperare il buon funzionamento del mercato con la tutela del nucleo essenziale del diritto alla salute; sia, e paradossalmente, nel senso di confrontare l'obiettivo stesso di un'apertura alla concorrenza con un sistema di controllo ed erogazione pubblica della spesa che sovente finisce per annientare ogni beneficio che dal mercato possa derivare e per annacquare l'originaria responsabilità pubblicistica nell'organizzazione ed erogazione del servizio.

Sicché potremmo a quest'ultimo proposito sì parlare di "*market failure*", ma di fallimento di un mercato che, da sempre, si è prospettato come peculiare. Così come peculiare, nel modello comunitario, è sempre stato in verità il rapporto tra il mercato e quei servizi pubblici che, in nome di una particolare vocazione "sociale", avrebbero goduto di una deroga alla libertà di concorrenza ben maggiore che non quella consentita per i servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86 del Trattato (oggi art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

In sintesi, abbiamo due temi tra i più delicati a proposito del bilanciamento dei valori in gioco: tutela della salute in relazione alla gestione della spesa pubblica; tutela della salute in relazione alla garanzia del mercato <sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sul tema del bilanciamento che coinvolge il diritto alla salute, cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 88 e ss.

4. Nel campo dei provvedimenti che vedono le Regioni come protagoniste vi sono anzitutto le funzioni di programmazione.

Queste possono avere differenti contenuti. Una serie di atti di programmazione attengono alla identificazione degli obiettivi e degli interessi da tutelare, sotto l'egida del diritto alla salute, ed il tema dei Livelli Essenziali di Assistenza ha avuto fin qui un rilievo decisamente primario (a partire dai LEA identificati del d.p.c.m. 29 novembre 2001 <sup>8</sup>).

Atti di programmazione sono anche quelli che riguardano la salvaguardia delle esigenze di contenimento della spesa pubblica e che si sono in particolare manifestati con le previsioni sui c.d. tetti di spesa massima rimborsabile (*infra* sub 10). Accanto a questi, poi si hanno, numerosi, gli atti di autorizzazione alla erogazione delle prestazioni sanitarie nonché i c.d. accreditamenti.

Non mancano, come si dirà, scelte strategiche che hanno la forma di accordi di diritto pubblico e di atti di sollecitazione al mercato, come quei bandi di gara con i quali le aziende sanitarie e talvolta direttamente le Regioni hanno dovuto contemperare, nel prevedere le concrete regole di gara e di selezione del proprio contraente, il modo di tutelare pienamente il diritto alla salute e la prevenzione nel campo sanitario con le sempre più pressanti esigenze di tutela degli equilibri della finanza pubblica.

5. Per meglio comprendere, sul piano dell'analisi giuridica, il perché le funzioni amministrative regionali appaiano così fluide e collocate nel contesto di un confronto costante tra competenze statali e competenze locali e di un bilanciamento altrettanto continuo tra tutela della salute, contenimento della spesa pubblica ed apertura al mercato ed alla concorrenza, è utile guardare al fronte del diritto del singolo alla prestazione sanitaria.

---

<sup>8</sup> Sul tema cfr. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino, 2008, 159 e ss.

Tale diritto, separato dal novero dei servizi pubblici economici e stabilmente ancorato a quelli “sociali”, a seguito dell’elaborazione scientifica compiutasi sino alle soglie dell’ultimo ventennio dello scorso secolo, fiorita specie intorno agli anni ’70-’80, veniva solitamente ricompreso entro i diritti sociali, la cui fonte era fatta risalire direttamente alla disciplina costituzionale <sup>9</sup>. La Costituzione avrebbe infatti dato una definizione “formale” dei diritti sociali, con disposizione precettiva, da cui sarebbe scaturito, nel quadro di una continua dialettica tra Costituzione e disciplina legislativa della singola materia, un obbligo della collettività ed una corrispettiva pretesa della persona <sup>10</sup>.

E’ stata la maturazione del dibattito e soprattutto il possente modo in cui il *welfare state* ha iniziato ad incidere sulle risorse pubbliche che nei contributi più recenti ha suggerito di ampliare lo sguardo oltre quella componente del rapporto che fissa l’obbligo della collettività verso il singolo, al fine di appurare quale sia il limite di un tale obbligo e soprattutto quale sia la cornice costituzionale entro la quale un siffatto limite possa trovare fondamento.

Si è allora sottolineato che le garanzie costituzionali dei diritti sociali non sono scollegate, nel segno dell’art. 2 Cost., da corrispondenti doveri inderogabili di solidarietà a carico del singolo. Tali doveri di solidarietà impediscono che si abbia del diritto sociale del singolo (e quindi del diritto alla prestazione sanitaria) una visione strettamente individualistica, come monade isolata dalla serie di rapporti che legano i consociati, sia se visti come collettività che mette a disposizione le risorse per la copertura delle prestazioni sociali sia se visti come insieme degli altri fruitori di tali prestazioni. E’ quindi in un recupero del concetto di bene comune e di contributo solidaristico del

---

<sup>9</sup> Si possono citare, in particolare, i contributi di E. FERRARI, *I servizi sociali*, I, *Introduzione, materiali e coordinate*, Milano 1988; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 e ss.; D. SORACE, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni pubbliche*, *Foro it.*, 1988, V, 205 e ss.

<sup>10</sup> Per una illustrazione di questo filone di pensiero, con ampie citazioni, cfr. MOLASCHI, op. cit., 42; cfr. altresì, A. PIZZORUSSO, *Le “generazioni” dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare*, Bologna, 2010, 45 e ss.



singolo quale titolare del diritto sociale (l'uno e l'altro concetto da intendersi come radicati in Costituzione, al pari del diritto del singolo alla salute) che si costruisce, sempre seguendo il filo "formale" del quadro costituzionale, l'idea di un limite al diritto sociale (alla prestazione sanitaria) <sup>11</sup>.

Accanto alla tensione all'eguaglianza nell'attuazione di un diritto fondamentale come quello alla salute, si accetta la possibilità di un livello di sostenibilità delle diseguaglianze, o meglio, l'esigenza di una visione del diritto alla salute che lo ponga al confronto con i doveri solidaristici del singolo e quindi con altri valori costituzionali che ne esigono un contemperamento.

Il diritto alla prestazione sanitaria, quindi, anziché essere inteso come assoluto e non suscettibile di alcuna forma di compressione, si struttura come diritto finanziariamente condizionato. Ne segue l'esigenza del bilanciamento tra il diritto alla prestazione sanitaria e la tutela degli equilibri economico-finanziari. E non si è mancato di notare che tale ultimo valore non appartiene solo alla collettività dei consociati in un dato momento storico, coinvolta, come si detto, in virtù dell'art. 2 Cost., ma anche alle generazioni future, sulle quali il costo di un illimitato appesantimento della finanza pubblica rischia di scaricarsi drammaticamente e con conseguenze a quel punto non reversibili.

6. Nel momento in cui si acquista la consapevolezza che (i) il diritto alla salute è valore costituzionale che va comunque contemperato col valore, anch'esso di rilievo costituzionale, attinente alla protezione delle casse pubbliche e che (ii) il diritto al trattamento sanitario dev'essere declinato nei termini di un diritto finanziariamente condizionato, il livello amministrativo diventa, rispetto a quello legislativo, ancor più significativo nel determinare

---

<sup>11</sup> Per questi concetti, cfr. soprattutto F. FRACCHIA, *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, in part. 154 e ss.; Id. *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010, anche per la rilevanza dei doveri collettivi, nel rapporto tra etica e diritto e per il rilievo che assume l'importanza del decisore pubblico, in part. 135 e ss.

quale sia la portata concreta, oggi, del diritto alla salute. Questo confronto, infatti, non può esser risolto solo a livello di legislazione e così si scarica sulle determinazioni amministrative, a partire da quelle di livello generale e di indirizzo sino a quelle che seguono via via verso il basso, coinvolgendo sia i profili attinenti alla *funzione* sia quelli inerenti la *gestione*.

L'amministrazione è chiamata, anche in questo campo, ad assicurare il *risultato* ed in questa tensione vengono a suddividersi le rispettive responsabilità dello Stato e delle Regioni.

Si vuol aggiungere, rispetto al dibattito in corso, che, unendo alla tradizionale visione, che enfatizza il diritto alla salute quale diritto soggettivo *erga omnes*, la prospettiva del diritto finanziariamente condizionato, si finisce per riavvicinarsi alla categoria dell'interesse legittimo (inteso, ovviamente, quale posizione soggettiva e non quale criterio di riparto). Anche in questa materia il dibattito ha sovente proposto il confronto tra diritti e interessi e questi ultimi sono stati ravvisati a proposito di quelle pretese al trattamento sanitario che fossero state previamente subordinate ad un atto amministrativo di ammissione avente alcuni elementi di discrezionalità <sup>12</sup>.

Qui ed ora si vuol collegare, in termini più generali, la specificità dell'interesse legittimo alle sfide della modernità, le quali, nel caso di specie, piegano il diritto alla salute alle esigenze del bilancio pubblico e configurano il diritto al trattamento sanitario come diritto finanziariamente condizionato.

Ebbene, non suoni allora come un ritorno al passato sottolineare che la categoria dell'interesse legittimo può presentare alcuni vantaggi, di indubbia utilità nello strumentario del giurista:

(i) dovendosi assicurare un bilanciamento degli interessi in gioco, abbiamo che il diritto alla salute non può esser configurato come posizione soggettiva suscettibile di una tutela in forma assoluta; tale diritto, specie quando assuma le vesti di un diritto al trattamento sanitario, è destinato al

---

<sup>12</sup> Cfr. MOLASCHI, op. cit., 35 e ss.

contemperamento con gli altri interessi pubblici; ne segue che la forma di tutela non è necessariamente quella tipica dei diritti incompressibili e che, anche per esso, può rivelarsi idonea ed effettiva forma di tutela quel sindacato sul potere pubblico che è tipico della giurisdizione amministrativa <sup>13</sup>;

(ii) poiché il primo e più importante bilanciamento tra i valori in possibile conflitto avviene al momento dell’emanazione di atti generali (ad es., livelli essenziali di assistenza, fissazione di tetti di spesa e determinazione dei criteri di rimborso), proprio l’interesse legittimo e, corrispondentemente, l’intervento del giudice amministrativo sostanziano la forma di tutela tipicamente prevista dall’ordinamento per questo genere di atti; la tutela contro gli atti amministrativi generali, con la quale si metta in discussione il tipo di bilanciamento da essi effettuato, è da sempre appannaggio della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo;

(iii) in considerazione della naturale diffusione tra i consociati del diritto alla salute e della pretesa al godimento di adeguati livelli di trattamento sanitario, ed in considerazione altresì del fecondo sviluppo che proprio l’interesse legittimo ha dato alla tutela degli interessi diffusi nel processo amministrativo, grazie a quel suo carattere “naturalmente adespota”, avremo ancora una volta che puntando sull’interesse legittimo la tutela in questo campo potrà riscuotere notevoli successi <sup>14</sup>.

Queste considerazioni, però, sottendono una scelta più specifica e che si risolve, a prescindere dalla sottile qualificazione giuridica, nello stabilire quale sia il contenuto essenziale del diritto alla salute, o meglio del diritto al trattamento sanitario.

---

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., n. 140 del 2007, la quale ha affermato la compatibilità della giurisdizione amministrativa con la tutela dei diritti fondamentali, rigettando così la tesi, un tempo sostenuta dalla Corte di Cassazione verso la fine degli anni ‘70, secondo la quale i diritti fondamentali, in quanto diritti incompressibili, conserverebbero pienezza di tutela, non degraderebbero mai al rango degli interessi legittimi e non sarebbero mai suscettibili di tutela perciò davanti al giudice amministrativo.

<sup>14</sup> Recentemente, sul tema della tutela processuale amministrativa degli interessi diffusi, cfr. R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche meta-individuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008.

In altre parole, posto che ogni forma di bilanciamento presuppone che nessuno dei due valori in conflitto abbia a subire un completo azzeramento, corre l'obbligo (*a fortiori* anche per il diritto alla salute, dato che altrimenti cadremmo nel paradosso di un sacrificio totale di quel diritto che sino a pochi anni orsono tendevamo a considerare come totalmente tutelato), di appurare quale sia il suo contenuto essenziale inderogabile. Nell'ordinamento si è creata, in proposito, una congiunzione tra questa peculiare esigenza, l'attribuzione di competenza allo Stato per legiferare sui livelli essenziali delle prestazioni *ex art.* 117, comma 2, Cost., e l'emanazione di atti amministrativi recanti l'indicazione dei LEA, intesi come contenuti quantitativi e qualitativi di prestazione attesi (e dovuti) ai consociati. La risultante di tale intreccio è nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha ammesso che il contenuto essenziale e inderogabile del diritto al trattamento sanitario è, effettivamente, proprio quello rispondente a tali livelli essenziali identificati in atti regolamentari e/o generali dello Stato <sup>15</sup>.

7. L'ultima notazione apre l'esame ad un tema più ampio. Si tratta infatti di comprendere come lo Stato, sensibile alle esigenze di uniforme godimento nel territorio dei livelli essenziali della prestazione sanitaria, abbia fatto sentire la sua voce verso le Regioni.

Una prima chiave mediante la quale lo Stato ha mantenuto un compito cruciale è quella che si radica nella citata lett. *m)* dell'art. 117, comma 2, la quale comprende tra le competenze legislative statali la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Questa previsione costituzionale è stata letta, a sua volta, in una triplice dimensione.

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost. n. 282 del 2002.

In primo luogo, quel che era di più immediata evidenza, quale criterio di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni.

In secondo luogo, quale precetto che impone allo Stato, quale titolare del potere normativo, di rendersi parte attiva per assicurare (“devono”) un livello minimo ed uniforme delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale.

In terzo luogo, quale prescrizione di quale sia il contenuto minimo essenziale del diritto al trattamento sanitario da riconoscere a ciascuno dei consociati (il che stabilisce l'equazione predetta tra livello essenziale e contenuto essenziale del diritto).

Se, poi, si tiene conto della latitudine che tale sfera di competenza è andata acquisendo come materia statale di tipo trasversale, avente l'attitudine a spaziare per il conseguimento di un dato “obiettivo” nei vari ambiti dell'ordinamento e, di recente, persino capace, in linea verticale, di comprimere la legislazione regionale pur di raggiungere i suoi fini, si comprende bene l'importanza di questo tassello <sup>16</sup>.

Va aggiunto che l'ampiezza affidata a tale materia trasversale ha fatto sì che, del pari, allo Stato spettasse *ex art. 117, comma 6, Cost.*, anche un potere regolamentare modellato sul medesimo spessore e contenuto. Proprio questo argomentare ha reso possibile il formarsi della costante giurisprudenza costituzionale che ha visto nel predetto d.p.c.m. sui LEA una limitazione di contenuto sostanziale alle scelte della legislazione regionale <sup>17</sup>. Il regolamento è protetto dalla competenza esclusiva statale; si riannoda alla legge statale sui livelli essenziali; grazie a questa combinazione esso prevale e limita la legislazione regionale. Del resto, che in materia di LEA non vi fosse una riserva di legge assoluta è stato affermato con convinzione anche dalla

---

<sup>16</sup> Per la segnalazione di una recente tendenza della giurisprudenza costituzionale, volta ad ampliare ulteriormente l'ampiezza della trasversalità delle materie, anche in senso verticale, con ulteriore riduzione degli spazi della legislazione regionale, cfr. F. BENELLI – R. BIN, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”* cit.

<sup>17</sup> Cfr. MOLASCHI, op. cit., 165 e ss.

giurisprudenza amministrativa, che ha così consolidato la tesi per cui il relativo d.p.c.m. e quelli che l'hanno seguito ha avuto il naturale compito di completare una volontà legislativa statale di riferimento (benché, a dire il vero, una chiara legislazione di principio di tal natura non si sia avuta in questi anni) <sup>18</sup>.

La “compensazione” rispetto alle autonomie regionali è stata trovata dalla Corte costituzionale, in questo campo così come in altri, nel richiamo al principio di leale collaborazione e nell'affermazione che le scelte regolamentari statali devono avvenire previa intesa (intesa in senso forte, dunque) con le Regioni. Se questo, per un verso, restituisce addirittura una sorta di potere di codecisione alle Regioni, per altro verso ridisegna l'autonomia regionale come autonomia collettiva, da esercitarsi in modo unitario, indifferenziato, consensuale e convergente da parte di tutte le Regioni in quel sistema delle Conferenze improntato al metodo dell'unanimità. Il che è indubbiamente un freno alla spinta autonomistica.

8. L'influenza delle indicazioni dello Stato sui LEA e quindi sui contenuti dei trattamenti sanitari si è sviluppata anche oltre questi confini. E si è sviluppata, si noti, anche mediante altrettanti atti non legislativi.

Anzitutto va ricordato il principio secondo cui gli atti amministrativi di indirizzo promananti da organi statali muniti di speciale competenza tecnico-specialistica, quando corrispondono ad una competenza necessariamente statale secondo la logica della sussidiarietà verticale *ex* art. 118 Cost. e quando ciò si spiega, appunto, e in funzione della complessità tecnica e in funzione del bisogno di una regola indifferenziata in tutto il territorio nazionale, tali atti sono vincolanti anche nei confronti delle Regioni <sup>19</sup>. Per la precisione, diventano secondo la Corte vincolanti anche nei riguardi della stessa legge regionale, benché contenuti solo in atti amministrativi di contenuto non

---

<sup>18</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 giugno 2004, n. 3983, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost. n. 282 del 2002.

normativo. Qui, è la logica della sussidiarietà che, anticipando la tecnica di cui alla notissima sent. n. 303 del 2003, ha blindato dapprima il potere amministrativo statale e, con esso, il potere legislativo statale che fosse a disciplinarlo.

Inoltre, dopo aver stabilito che la riserva di competenza statale sui LEA (e dunque sul contenuto essenziale del diritto al trattamento sanitario) appartiene allo Stato, sia nella dimensione legislativa sia in quella regolamentare, la Corte ha interpretato in modo alquanto estensivo cosa dovesse intendersi, in concreto per “contenuto” di siffatti diritti. In esso è stata così assorbita la fissazione degli *standard* organizzativi, strutturali e tecnologici della prestazioni. Anche su tali profili si è dunque ampliata la competenza regolamentare statale, sia pure con l'*incipit* organizzatorio consistente nella previa intesa “forte” in sede di Conferenza <sup>20</sup>. Dall'*appropriatezza* clinica, quindi, i LEA statali hanno abbracciato anche l'*appropriatezza* organizzativa e temporale <sup>21</sup>.

Infine, la legge statale è stata considerata vincolante nei confronti delle Regioni, purché attenga ai livelli essenziali, anche per la parte in cui prescrive forme e modi della futura azione amministrativa di livello regionale. Quando, dettando una disciplina che attiene alla soddisfazione del diritto al trattamento sanitario, la legge statale impone alla Regione di intervenire, per alcuni profili demandati al territorio, mediante atto amministrativo, non è ammesso alla Regione di provvedervi invece mediante legge, perché altrimenti vi sarebbe una violazione della forma giuridica delineata nella fonte statale. Questo principio è stato affermato a proposito del potere di esclusione dei farmaci

---

<sup>20</sup> V. l'art. 1, comma 169, l. finanziaria 2005; v. altresì Corte cost. 134 del 2006, Id. n. 387 del 2007.

<sup>21</sup> V. l'art. 1, comma 280, l. n. 266 del 2005, finanziaria per il 2006, ed il Piano nazionale di contenimento delle liste d'attesa, per il triennio 2006-2008, approvato con l'intesa Stato-Regioni del 28 marzo 2006. Cfr. altresì Corte cost. n. 80 del 2007, secondo la quale il controllo sui tempi d'attesa viene ad essere attratto nei livelli essenziali. Cfr. sul tema MOLASCHI, 175 e ss.

dalla lista di rimborsabilità e la previsione di coincidenza del livello di rimborso col prezzo del farmaco generico <sup>22</sup>.

I dati che si sono esposti testimoniano, dunque, di una rilevante presenza dello Stato nell'indicazione, vincolante, dei livelli essenziali e, con essi, del nucleo principale del diritto al trattamento sanitario. L'autonomia regionale, per suo conto, se ha avuto quel riconoscimento che si sostanzia nell'obbligo di previa intesa (intesa "forte") per l'adozione degli atti regolamentari, per il resto si è mossa come autonomia indifferenziata, a causa delle modalità di agire e di deliberare della Conferenza Stato-Regioni.

Questa premessa farebbe supporre che, identiche essendo le fonti, le prestazioni sanitarie siano andate, per qualità come per costi, di pari passo nei vari territori regionali. Invece, non è stato così.

Le indagini più recenti dimostrano che, specie a partire dalle innovazioni introdotte all'inizio di questo secolo sulla forma di Governo regionale e sul relativo sistema elettorale, si è verificata una sensibile divaricazione tra alcune Regioni (prevalentemente quelle del settentrione e del centro-nord) ed altre (prevalentemente quelle insulari e centro-meridionali): le prime hanno mostrato la capacità di contenere i livelli di spesa entro i margini di sicurezza concordati, accrescendone gli *standard* qualitativi; le seconde hanno invece abbondantemente superato tali margini e, ciononostante, hanno fatto registrare una pressoché costante riduzione dei livelli di qualità <sup>23</sup>. Anche questo è un dato che dimostra che il modo di realizzare il diritto alla salute e di tutelare il diritto ai trattamenti sanitari dipendono, più che dalle leggi *tout court*,

---

<sup>22</sup> Cfr. Corte cost. n. 271 del 2008, la quale si è pronunciata a proposito della previsione dell'art. 6 del d.l. n. 347 del 2001, su cui sia concesso il richiamo a F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali*, *Giur. cost.*, 2008, 3072 e ss.. In questa vicenda, va aggiunto, la legificazione della previsione che, secondo la legge statale, avrebbe dovuto essere ospitata solo in un atto amministrativo regionale, è parsa finalizzata soprattutto ad eludere il controllo giurisdizionale che su tale ultimo atto si era già manifestato mediante la pronuncia di una ordinanza cautelare di sospensiva.

<sup>23</sup> Questi dati sono analiticamente riportati in PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni* cit.



dai modi di amministrare e dal funzionamento dell'organizzazione amministrativa, se non, ancor prima, dal contesto culturale e sociale.

Infine, se è stato affermato che le indicazioni statali sui LEA non possono essere disattese dalle Regioni nel senso di una riduzione del contenuto essenziale del diritto alla salute, non è chiaro se un tale divieto sussista anche nella direzione opposta. Se si guarda al tema dal punto di vista del diritto alla salute non dovrebbero esservi ostacoli a che le Regioni si impegnino in un ampliamento dei LEA. Se, però, si ritiene che gli stessi LEA siano la risultante di un reciproco contemperamento di tale ultimo diritto con le esigenze di contenimento della spesa pubblica, avremmo che siffatto elenco recherebbe, in sé, anche un vincolo che osta all'arricchimento di questo elenco. In quest'ultima prospettiva si orienta la legge delega sul c.d. federalismo fiscale, che impernia sul concetto di *costi standard* e sul rapporto tra tale concetto ed i livelli essenziali non solo gli obblighi ad erogare le prestazioni da parte delle Regioni ma anche le rispettive facoltà di spesa ed i limiti congeniti ad esse <sup>24</sup>.

9. E' interessante notare che esiste un settore nel quale le indicazioni di uniformità provenienti dallo Stato e la tensione al godimento paritario dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie appare molto meno netto: si tratta delle vaccinazioni <sup>25</sup>.

Nonostante, qui, la funzione di prevenzione generale sembri accomunare il tipo di prestazione alla tematica dei LEA e nonostante essa appaia oltretutto, proprio per la finalità preventiva, in sintonia con gli obiettivi di abbattimento della spesa pubblica, al di sotto della legislazione statale sulla

---

<sup>24</sup> Si rinvia alle citazioni di cui alla precedente nota 2. Può comunque qui ricordarsi anche Corte cost. n. 248 del 2006, la quale, pur se nella ben diversa materia dell'erogazione di energia e gas, parrebbe aver affermato che resta integra la potestà della Regione di sviluppare ed arricchire la soglia minima del livello essenziale della prestazione.

<sup>25</sup> Cfr. MOLASCHI, op. cit., 141, la quale riferisce, con ampiezza di dati, di tale tendenza all'attenuazione degli obblighi vaccinali.

vaccinazioni obbligatorie si è assistito al fluire di una serie di scelte derogatorie e variamente differenziate.

Questo è potuto accadere in primo luogo per via di un aggancio a livello costituzionale: il riferimento è, per la precisione, al comma 2 dell'art. 32 Cost., ai sensi del quale nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento se non per disposizione di legge ed in nessun caso alla legge stessa è concesso di violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Convinzioni religiose, prima ancora che dubbi scientifici, hanno fatto ostacolo alla diffusione delle campagne di vaccinazione e formato una corrente d'opinione volta a restringere gli obblighi vaccinali ed in qualche misura ad estrometterli dal novero dei livelli essenziali di prestazione da garantire in forma obbligatoria. Ha contribuito a questo fenomeno anche la labile distinzione tra vaccinazioni obbligatorie e vaccinazioni facoltative raccomandate.

Fatto sta che l'esito di questi dati è stata un'attenuazione degli obblighi vaccinali ed una tendenza a far transitare tali prestazioni dall'area dell'obbligatorietà a quella della facoltatività. Ne costituiscono dimostrazione concreta il c.d. piano nazionale vaccini 2005-2007, approvato con accordo in Conferenza tra Ministro della salute e Presidenti delle Regioni e Province autonome, il corrispondente avvio di percorsi di sperimentazione e l'eliminazione di obblighi vaccinali di tipo generale. A livello regionale, possono citarsi sia il piano piemontese di promozione delle vaccinazioni per il 2006, sia la legge regionale Veneto 23 marzo 2007, n. 7.

Questa tendenza colpisce per la sua distanza da quel che è il quadro ordinamentale a proposito dei LEA sanitari e per un curioso fenomeno di differenziazione territoriale proprio in quel settore, che, perlomeno sul piano dell'esperienza storica, parrebbe il più consono a metodi di uniformità. Siamo così di fronte ad una evidente disarmonia rispetto alla disciplina sui livelli essenziali.

Inoltre, essa desta qualche preoccupazione sul piano tecnico-giuridico, perché quel che si è verificato, permanendo la disciplina legislativa statale sulle vaccinazioni obbligatorie, è che tali obblighi siano stati derogati mediante atti di natura non legislativa e persino non normativa: valga il richiamo al predetto piano nazionale siglato mediante l'accordo in Conferenza ed ai piani regionali.

L'ulteriore dimostrazione di questo singolare collegamento tra il campo delle vaccinazioni e la tendenza ad una scelta differenziata a livello regionale è offerta da una specifica campagna vaccinale, avviata e finanziata (in via principale) dallo Stato, ma affidata direttamente alle Regioni. La legge finanziaria per il 2008, art. 2, comma 372, ha previsto lo stanziamento di un contributo finanziario per "agevolare la diffusione tra le dodicenni della vaccinazione HPV basata sull'offerta attiva del vaccino"<sup>26</sup>. Il Consiglio superiore della Sanità e la Conferenza Stato Regioni hanno demandato alle Regioni l'avvio della campagna vaccinale, quale vaccinazione di tipo facoltativo. Sin qui, parrebbe che sia stata la scelta statale ad assorbire ogni aspetto applicativo.

Senonché nel mercato esistevano unicamente due vaccini, di composizione differente: (i) il primo, (che qui diremo) vaccino *Alfa*, il quale protegge contro due tipi del virus HPV, con un prezzo classificato AIFA pari ad x; (ii) il secondo, (che qui diremo) vaccino *Beta*, il quale protegge contro quattro tipi del virus HPV, con un prezzo classificato AIFA pari ad x più y per cento, in grado di offrire, proprio per tali caratteristiche, una copertura anche per alcune correlate patologie di minore gravità.

Questa diversità, in assenza di indirizzi statali, ha posto alle Regioni l'interrogativo di quale fosse il vaccino da scegliere per provvedere alla somministrazione alle aventi diritto. E' venuta in gioco una valutazione tecnica sulla rispettiva qualità dei vaccini, nonché una valutazione sul costo da

---

<sup>26</sup> Il virus HPV è considerato la causa del carcinoma alla cervice uterina.

sostenere a carico della spesa pubblica ed infine una considerazione circa l'ampiezza da assicurare alla tutela del diritto alla salute.

Le scelte regionali, non a caso, sono state differenziate e tali differenze si sono manifestate nell'adozione degli strumenti volti a selezionare il contraente. E' stato, questo, un esempio di grande interesse di come l'obiettivo della tutela della salute venga ad incrociare anche la tutela della concorrenza e quindi l'applicazione delle regole che attengono ai metodi procedurali di individuazione del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni.

Vi sono stati casi nei quali la Regione ha proceduto all'affidamento a trattativa privata, mediante procedura negoziata espletata ai sensi dell'art. 57 del d. lgs. n. 163 del 2006, c.d. codice dei contratti pubblici, in favore del vaccino *Beta*. In altri casi, la Regione ha preferito indire una gara pubblica, identificando tuttavia il criterio di aggiudicazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa, sì da riservare idoneo punteggio anche alla qualità del vaccino (e quindi alle sue eventuali caratteristiche di maggior copertura) oltre che al prezzo *tout court*. Infine, altre Regioni ancora hanno bandito una gara pubblica da aggiudicarsi in base al criterio del prezzo più basso, assumendo che la maggior copertura dell'un vaccino rispetto all'altro non fosse un dato rilevante e che, nella sostanza, il livello di copertura del diritto alla salute dovesse ridursi a beneficio di un maggiore risparmio di spesa.

Sia l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con un suo parere, sia il Consiglio di Stato, con una sentenza, si sono pronunciati sulla questione, ed hanno ritenuto che il criterio preferibile fosse quello dell'OEV, con equo contemperamento delle due voci prezzo e qualità, in modo da non creare vantaggi precostituiti e da consentire il pieno svolgersi della concorrenza <sup>27</sup>. Il valore della tutela della concorrenza, qui, si è mescolato nel contemperamento con l'esigenza di tutela della salute e con quella di salvaguardia degli equilibri economico-finanziari della casse

---

<sup>27</sup> Cfr. Autorità vv.cc.pp., parere n. 78 del 20 marzo 2008, in [www.avcp.it](http://www.avcp.it); Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

pubbliche, a conferma di come la logica del bilanciamento sia sempre presente nelle scelte amministrative che attuano il diritto al trattamento sanitario.

10. Per completare la panoramica che si è prospettata in questo scritto, a proposito degli atti amministrativi di portata generale che competono alle Regioni, e per dare una ulteriore testimonianza di come il diritto alla salute si sia ormai conformato nei termini di un diritto finanziariamente condizionato lì dove assume la veste di diritto al trattamento sanitario, è opportuno far menzione della vicenda che riguarda la determinazione dei c.d. tetti di spesa da parte delle Regioni.

Il capitolo è particolarmente importante ed ampio e qui ci si limiterà ad alcuni cenni essenziali.

Il riferimento è ad atti generali regionali, talora di livello strettamente amministrativo, talora appositamente legificati pur mantenendo sovente un contenuto strettamente provvedimentale, con i quali sono stati fissati i limiti massimi e le percentuali massime di rimborso alle prestazioni sanitarie erogate dalle strutture pubbliche e private operanti sulla base di un accreditamento col SSN.

Tali atti sono stati resi necessari per il modo in cui è venuto a modellarsi il sistema di erogazione e rimborso pubblico delle prestazioni. Il sistema, dopo le riforme degli inizi degli anni '90, avrebbe dovuto assicurare un livello di effettiva concorrenza e di mercato tra strutture pubbliche ed operatori privati. La peculiarità di tale mercato, però consisteva nel fatto che il pagamento non viene effettuato dall'utente, bensì dal SSN e pertanto dal contribuente. Sicché, come acutamente rilevato in dottrina, da siffatta dissociazione tra chi fruisce della prestazione e chi ne sostiene il pagamento è scaturita l'espansione a dismisura della domanda <sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr. CORSO, *Pubblico e privato* cit., 23.

Il contenimento della spesa pubblica e lo sviluppo del mercato, nel disegno del legislatore, avrebbero dovuto esser garantiti dunque dal c.d. sistema “a cannocchiale”, imperniato sulle tre “A”: autorizzazione, accreditamento, accordi <sup>29</sup>. Così, solo coloro che aspirano a svolgere una attività sanitaria possono essere autorizzati a farlo; solo una parte degli autorizzati sono accreditati e cioè abilitati a svolgere tale attività per conto del SSN; infine, solo una parte degli accreditati riescono, tramite gli accordi stipulati con la Regione, a garantirsi il rimborso delle prestazioni entro il limite stabilito.

Tuttavia, questa idea non ha funzionato, perché né l'autorizzazione, né l'accREDITamento sono stati pressoché mai negati, ed i privati convenzionati, tutti immediatamente accreditati, hanno definitivamente saturato un mercato rimasto ben ingessato e del pari sbarrato l'accesso ai nuovi ingressi.

Dunque, per un verso, si è avuto un utente non vincolato in alcun modo dalla legge dell'incontro tra domanda e offerta, perché il costo della sua prestazione gravava sulle casse pubbliche e sulla collettività; per altro verso, l'assenza di selezione e di dinamicità dal lato dell'offerta ha azzerato del tutto le leggi di mercato. La concorrenza è rimasta una chimera e la spesa pubblica è gonfiata a ritmi dirompenti.

I tentativi di arginare questo stato di cose sono stati vani, benché la giurisprudenza, anche recentemente, abbia cercato di valorizzare il potere discrezionale esercitato in sede di accreditamento, volto anche (ancora una volta) a bilanciare tutela della salute e contenimento della spesa. Mi riferisco alla qualificazione della pretesa all'accREDITamento in termini di vero e proprio interesse legittimo (anziché come diritto soggettivo) in considerazione di una “ineludibile esigenza di controllo della spesa sanitaria nazionale” <sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. FERRARA, *L'ordinamento* cit., 192 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1987 del 2008, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

L'unico rimedio a questo stato di cose, o per dir meglio l'estremo baluardo a difesa della casse erariali, è stato allora il compito regionale di stabilire, vuoi mediante legge, vuoi con atti generali, i tetti di spesa imposti come limite al rimborso nei confronti degli operatori sanitari, pubblici, come privati (v. l'art. 8 *quinquies* d. lgs. n. 502 del 1992 e art. 32, comma 8, l. n. 449 del 1997).

La linea del contemperamento col diritto alla salute si è così nuovamente spostata a vantaggio della finalità di contenimento della spesa.

Un tale spostamento è stato confermato anche rispetto al concorrente problema dovuto al fatto che questi tetti sono stati fissati sovente anche in corso d'anno od alla conclusione dell'anno; e pertanto in relazione a prestazioni già eseguite. L'effetto retroattivo dei tetti, che hanno finito per limare gli importi delle annate precedenti a scapito dell'affidamento ingeneratosi in capo agli operatori sanitari, specie quelli privati, è stato in una prima fase posto sotto esame con non poche preoccupazioni da parte della giurisprudenza <sup>31</sup>.

Subito dopo, però, la forza delle ragioni volte alla salvaguardia degli equilibri economico-finanziari ha prevalso. Così, la Corte cost. ha offerto copertura anche all'effetto retroattivo dei tetti, in nome della "scelta discrezionale di politica sanitaria e di contenimento della spesa" e della "necessità di individuare strumenti che, pur nel rispetto di esigenze minime, di carattere primario e fondamentale, nel settore sanitario, coinvolgenti il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito individuale della dignità umana, operino come limite alla pienezza della tutela sanitaria degli utenti del servizio" <sup>32</sup>.

Nel contempo, il giudice amministrativo, al suo più alto livello, ha affermato che "la tardività non rende illegittimo il provvedimento regionale

---

<sup>31</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 418 del 2002; Id. n. 1663 del 2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost. n. 111 del 2005.

che fissa il tetto di spesa, né lede l'affidamento dei titolari delle strutture accreditate, i quali sino a quando non sia emanato il provvedimento di fissazione del tetto di spesa possono utilmente fare riferimento, per programmare la propria attività, ai limiti di spesa applicati dalla PA nell'anno precedente”<sup>33</sup>.

Dal momento che l'imposizione (prevedibile) del tetto faceva sì che le prestazioni sanitarie richieste dagli utenti, giunti ad un punto avanzato dell'anno, rischiassero di restare non rimborsabili, con il rischio di una interruzione del servizio ed inevitabili ed insopportabili disagi per l'utenza, si è posto il problema di come regolare i rispettivi rapporti. Una prima risposta è stata quella di considerare gli operatori privati, diversamente da quelli pubblici, come non obbligati ad erogare le prestazioni richieste dagli utenti del SSN in eccedenza rispetto alle soglie convenute nel contratto e/o nei relativi tetti<sup>34</sup>.

Poiché una tale soluzione finiva per creare fin troppe rigidità, si è anche diffuso presso le Regioni il c.d. sistema della regressione. Esso consiste nel pagamento delle prestazioni ad un prezzo pari ad una certa percentuale della tariffa, con l'ulteriore accorgimento che tale percentuale va riducendosi man mano che aumentano le prestazioni eccedenti la soglia prevista. Tale sistema è stato condiviso dalla giurisprudenza, che vi ha rinvenuto, non a caso, una tecnica ragionevole di contemperamento degli interessi in gioco<sup>35</sup>.

Nondimeno, nel segno del contemperamento più volte segnalato, la giurisprudenza si è anche talora preoccupata di riportare l'asse del bilanciamento nuovamente a favore della tutela del diritto alla salute. Questo è accaduto a proposito della delimitazione dell'oggetto dei tetti di spesa imposti agli operatori. Si è escluso, ad esempio, che essi potessero incidere anche sul contenuto delle ricette e sulla scelta medico-professionale che sta alla base della loro predisposizione. La Regione, si è detto, non può “intaccare

---

<sup>33</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 2006, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>34</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2253 del 2003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>35</sup> Cons. Stato, sez. V, 3239 del 2006, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



direttamente la fruizione, da parte del cittadino, di una prestazione sanitaria necessaria o utile per la sua salute -sino a prova contraria- secondo quanto il medico di fiducia ritiene di dover prescrivere”<sup>36</sup>.

L'autonomia regionale si conferma così, anche in questa esperienza, in bilico tra garanzia della prestazione sanitaria e contenimento della spesa.

Questo compito affidatole appare, ai nostri giorni, sempre meno agevole, perché esso si svolge nel quadro di un modello di mercato fittizio e nel confronto con un congegno amministrativo risalente al periodo delle grandi riforme della P.A. (datato intorno agli inizi degli anni '90) che appare tanto sofisticato sul piano dell'ingegneria normativa quanto ingenuo ed inefficace. E soprattutto ignaro delle profonde diversità del contesto sociale e culturale disseminato nelle nostre Regioni.

Il rispetto degli *standard* in tempo di crisi, senza gravare il bilancio pubblico di costi aggiuntivi, è già oggi un bisogno che sembra persino sopraffare l'anelito alla tutela della salute. Si comprende allora che per risolvere questo tema, piuttosto che guardare alla ricerca della migliore amministrazione possibile, si preferisca optare per la soluzione (forse ormai inevitabile, persistendo nella carenza di un mercato vero) del commissariamento delle Regioni non virtuose.

---

<sup>36</sup> Cfr. TAR Campania, sez. I, n. 8752 del 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).