

I Quaderni di
Nuove Autonomie

MONOGRAFIE

4

I volumi devono essere inviati ai Direttori della rivista “Nuove Autonomie”. Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l’editore, che ne conserva la relativa documentazione.

Elisa Cavasino

**LA FLESSIBILITÀ DEL DIRITTO
ALLA SALUTE**

Editoriale Scientifica
NAPOLI

Volume stampato con il contributo del Consorzio Universitario della Provincia di Trapani

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2012 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-402-7

A Giulia

INDICE

CAPITOLO I

La costruzione del modello. Le basi teoriche

- | | |
|--|----|
| 1. Il carattere programmatico del diritto alla salute: critica | 1 |
| 2. Unità della Costituzione e decostruzione della dicotomia fra diritti sociali e diritti di libertà | 4 |
| 3. Il diritto alla salute fra principio di uguaglianza e principio personalista | 11 |
| 4. La “struttura” del diritto alla salute | 18 |

CAPITOLO II

L'attuazione della costituzione. Il carattere flessibile del diritto alla salute

- | | |
|--|----|
| 1. L'attuazione della Costituzione. L'organizzazione del servizio sanitario | 25 |
| 1.1 Il rapporto fra organizzazione e diritti: le riforme degli anni '90 | 33 |
| 2. Criteri e forme delle decisioni politico-amministrative sulle prestazioni sanitarie | 39 |
| 3. Criteri e forme delle decisioni politico-amministrative e sulla spesa sanitaria | 46 |
| 4. L'attuazione dell'art. 119 della Costituzione e il “costo” dei livelli essenziali delle prestazioni | 62 |
| 4.1 Il principio di responsabilità finanziaria e le politiche sanitarie regionali | 76 |
| 5. Considerazioni di sintesi | 79 |

CAPITOLO III

La giurisprudenza costituzionale e il nodo della flessibilità

- | | |
|--|-----|
| 1. La giurisprudenza costituzionale e la struttura del diritto alla salute | 85 |
| 2. Il limite tecnico-scientifico | 91 |
| 3. Il limite organizzativo | 95 |
| 4. Il limite economico-finanziario | 99 |
| 5. Il contenuto minimo essenziale del diritto alla salute | 102 |
| 6. Considerazioni di sintesi | 107 |

CAPITOLO IV

La ricerca dell'uguaglianza sostenibile

- | | |
|--|-----|
| 1. Il diritto alla salute e l'obiettivo dell'uguaglianza sostenibile | 85 |
| 2. La sostenibilità delle decisioni politiche sulla tutela della salute | 120 |
| 3. Il nodo dell'equilibrio economico-finanziario ed il processo d'integrazione europea | 126 |
| 4. La scomposizione del modello: il diritto alla salute fra Stato e mercato | 136 |

CAPITOLO V

Le prospettive

- | | |
|--|-----|
| 1. Stato, mercato, tutela della salute. Quali prospettive? | 147 |
| 2. Costruzione del mercato concorrenziale dei servizi sanitari e principi costituzionali sulla tutela della salute | 152 |
| 3. Costruzione del mercato concorrenziale dei servizi sanitari e processo d'integrazione sovranazionale | 157 |
| 4. La ricerca di nuovi punti di equilibrio | 159 |
| 4.1 La Costituzione e l'evoluzione dell'ordinamento. "Nuove" fattispecie e "vecchi" principi | 162 |
| 5. Diritto alla salute e contrasto delle disuguaglianze | 173 |
| 6. Diritto alla salute e libertà della persona | 177 |

<i>Bibliografia</i>	189
---------------------	-----

PREMESSA

Chi si occupa dello studio dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano deve tentare di risolvere diversi ordini di problemi.

Il primo riguarda la difficoltà a definire la struttura, il "senso", della disciplina costituzionale dei diritti. Ciò impone di compiere una chiara opzione per una data teoria della Costituzione ed una, connessa, di teoria dell'interpretazione costituzionale. Coglie nel segno chi ritiene che, naturalmente, queste opzioni dipendano dall'oggetto e dalle finalità della ricerca¹.

A tal proposito, muovere dalla teoria kelseniana², pone notevoli difficoltà allo studioso italiano poiché questa incontra una Costituzione che non reca soltanto *procedure* per la produzione di norme, ma che individua fini costituzionali da perseguire. In altri termini, la validità delle norme prodotte secondo i procedimenti dettati dalla Costituzione italiana dipende anche dal rispetto delle norme costituzionali che individuano beni giuridici da proteggere, diritti da riconoscere e garantire, situazioni giuridiche soggettive di varia natura.

Questo studio si occupa in gran parte di questo problema: quali sono i *contenuti* della disciplina costituzionale sulla salute; come sono stati individuati; come *debbano* essere ricostruiti *oggi*.

Ci si avvicina al tema con uno sguardo attento al profilo della produzione delle norme, ma non soltanto seguendo la logica della attuazione "per via legislativa" della disciplina costituzionale o seguendo solamente l'imperativo della *Drittwirkung* delle norme costituzionali, o, ancora, muovendosi prevalentemente sul piano della ricostruzione delle opinioni della dottrina.

¹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, ed. Bologna, 1987, 347.

² H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, di S. COTTA, G. TREVES, prefazione di E. GALLO, introduzione di G. PECORA, Milano, VI ed., rist., 2000, 120.

Questo studio mira a dimostrare come si possano individuare diverse “fasi” di *costruzione* dei caratteri del diritto fondamentale alla salute e come la costruzione del modello italiano di tutela della salute sia stata condizionata, in modo più o meno consapevole, da alcune teorie generali del diritto; della Costituzione; dell’interpretazione costituzionale; da orientamenti ideologico-politici; da fattori socio-economici o politici contingenti.

Quest’analisi non è stata incentrata sull’evoluzione della giurisprudenza di legittimità, di merito, amministrativa in materia di tutela costituzionale della salute.

Questo perché si è scelto di riflettere soltanto su alcuni circuiti della legalità costituzionale: i poli della dialettica fra forme *politiche* di attuazione della Costituzione e strumenti di garanzia della *rigidità* costituzionale.

Concentrarsi sul rapporto fra percorsi interpretativi della Costituzione offerti dalla dottrina, attuazione legislativa e giurisprudenza costituzionale e toccare in modo soltanto marginale le forme di tutela del diritto alla salute immaginate dalla giurisprudenza di legittimità, di merito, amministrativa, consente di evidenziare tutti quei casi in cui vi è stata forte consonanza o forte distanza fra le prospettive della cultura giuridica, scelte politico-legislative e giurisdizione costituzionale.

Ciò ha consentito di muoversi tenendo presenti soltanto i *macro-temi* intorno ai quali si sono sviluppate le dinamiche della costruzione del significato della tutela della salute nell’ordinamento costituzionale italiano³.

³ È evidente, infatti, che la funzione di garanzia della rigidità costituzionale esercitata dalla Corte costituzionale è *condizionata* dall’azione dei giudici che attivano l’esercizio del controllo di costituzionalità in via incidentale. In particolare, la scelta di non rappresentare compiutamente l’evoluzione della giurisprudenza consente di focalizzare l’attenzione sulle ipotesi in cui è stato rilevato un contrasto insanabile fra Costituzione e “legge” (tenendo, quindi, presente che l’obbligo d’interpretazione conforme o adeguatrice ha, tendenzialmente, *costretto* il giudice rimettente a mutare le prospettive ermeneutiche del testo costituzionale, incidendo così sul rapporto fra legislazione, giurisdizione, garanzie giurisdizionali della rigidità costituzionale). Sul tema, senza alcuna pretesa di completezza, A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2008, 3603 ss.; ID., *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della “diffusione” e vocazione all’“accentramento”*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 69 ss.; M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Milano, 2009; G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?*, in *Foro it.*, 2006, 3323 ss.; E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002; R. PINARDI, *L’interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici*

Questo studio intende mostrare il carattere *flessibile* del diritto alla salute, diritto che viene plasmato per rispondere a sollecitazioni provenienti da tutti questi contesti.

La fase dell'esperienza costituzionale che si sta attraversando vede la crisi del modello che è stato gradualmente costruito nell'ultimo trentennio. Negli ultimi due capitoli di questo studio s'indagano le cause di questa crisi e si tenta di offrire una chiave di lettura della disciplina costituzionale che consenta di assicurare *effettività* al diritto alla salute in un contesto che tende a plasmare il diritto alla salute secondo logiche di mercato, *efficientistiche* e di *contrazione* delle risorse pubbliche da destinare alla protezione di questo bene giuridico costituzionale.

Il filo rosso che percorre tutta l'analisi è rappresentato dal nesso inscindibile che sussiste fra il livello di effettività di un diritto costituzionalmente garantito e la disciplina sull'organizzazione dei servizi che sono strumentali alla sua tutela.

Il problema implicato da questa analisi riguarda la "selezione" dei "dati" da tenere in considerazione.

Questo è uno studio che muove dal principio di *effettività*, principio che «stabilisce l'ambito della scienza giuridica e indica ciò che è opportuno considerare diritto al fine di una ricerca scientifica»⁴. Non si occupa di costruire *una teoria costituzionale* del diritto alla salute, per poi discriminare fra *errori* interpretativi e *corrette* letture del dato ordinamentale, ma tenta di proporre una, soltanto *dopo* aver effettuato l'analisi dell'*esistente*.

Per questa via, si giunge a definire l'obiettivo di questa ricerca.

Si ritiene che ancor'oggi sia necessario porsi il problema della tutela dei diritti e dei limiti al potere in un dato momento storico ed in un dato ordinamento costituzionale e, in relazione all'esperienza costituzionale italiana, che si debba giungere nuovamente ad interrogarsi sul principio di giustizia che costituisce la struttura dell'ordinamento costituzionale: la sintesi fra libertà e uguaglianza, per *liberare* la persona da poteri autoritari, pubblici o privati.

Per far ciò, però, bisogna «distinguere il momento in cui il giurista fa del diritto un oggetto della propria ricerca da quello in cui contribuisce

ordinari: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, 1253 ss.

⁴ N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965, edizione con prefazione di L. FERRAJOLI, Roma-Bari, 2011, 104.

a produrlo»⁵. Questo studio tenta di operare su entrambi i profili. Nei capitoli iniziali si *osserva* l'evoluzione dell'esperienza costituzionale; negli ultimi si *spera anche di contribuire a produrlo*. In particolare, i primi capitoli tendono ad essere il più possibile aderenti al criterio per cui «oggetto della scienza giuridica è il diritto qual è»⁶, nella cultura giuridica; nella legislazione; nella giurisprudenza. L'analisi ha avuto ad oggetto prevalentemente la dialettica fra cultura giuridica giuspubblicistica; indirizzo politico statale, riflessi sul *governo* della salute a livello regionale; giurisprudenza costituzionale. Si è tentato di definire ciò che il diritto alla salute è stato “sino a ieri”, nell'ordinamento costituzionale italiano. Sino a ieri perché l'ordinamento è in continuo mutamento.

Il quarto e il quinto capitolo si muovono sul livello dell'interpretazione costituzionale mutando prospettiva: si muove dalla crisi del modello di attuazione costituzionale per ragionare sul *dover essere* del diritto alla salute. Acclarata crisi della costruzione delle fonti del diritto italiano che segue come unica direttrice quella segnata dal criterio della gerarchia⁷, vanno prese in esame anche le fonti “esterne” al diritto prodotto dagli organi della Repubblica, in particolare il diritto dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per definire il *dover essere* del diritto alla salute *oggi* è stato necessario muovere da alcune opzioni di teoria della Costituzione e dell'interpretazione della Costituzione.

Per quanto riguarda la teoria della Costituzione, questo studio si muove sulla scia del dibattito che si è riaperto negli ultimi anni in Italia e si orienta nel quadro di una teoria istituzionale e materiale della costituzione⁸.

Ci si trova dinanzi al processo di evoluzione di una precisa *esperienza giuridica*⁹. Il *dover essere* di questa esperienza impone di perseguire *una precisa finalità: rendere effettivo il diritto alla salute in un dato momento storico*.

⁵ N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., 105.

⁶ N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., 104.

⁷ Crisi peraltro già evidenziata da V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775; da ultimo F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009.

⁸ A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311.

⁹ Sul concetto di esperienza giuridica R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, loc. ult. cit.

A tal proposito, non si può pensare che un'esperienza costituzionale si cristallizzi nel tempo. Oggi, l'esperienza costituzionale italiana è caratterizzata da un processo di *euuropeizzazione* del diritto costituzionale. Se ciò sia l'effetto dell'*inadeguatezza* della costruzione del diritto alla salute realizzata nella fase dell'attuazione del «progetto» costituzionale¹⁰, o se quest'ultima sia l'effetto dell'euuropeizzazione del diritto costituzionale è oggetto di queste riflessioni. Ma non ci si limita ad esprimersi sulle cause di tale inadeguatezza. Bisogna anche verificare quali effetti si *potrebbero ancora* produrre.

Nel caso del diritto alla salute, le scelte politico-economiche dell'ultimo decennio non sono più orientate all'attuazione della Costituzione o ad “adeguamenti” delle forme di attuazione costituzionale a nuove contingenze economiche e sociali. Queste scelte, che hanno importanti riflessi sul piano delle *istituzioni delle libertà*, sono oggi compiute guardando oltre la Costituzione della Repubblica: all'Europa.

Da qui l'impressione della *crisi di alcuni modelli ricostruttivi della struttura del diritto alla salute e della sua effettività*. Quali strumenti sono dunque necessari, per assicurare in forme differenti l'effettività di quel diritto? Non credendo negli assoluti e nella necessità che per costruire un ordinamento giuridico si possano applicare semplicemente schemi logico-deduttivi, sono stata naturalmente orientata verso tecniche interpretative non legate agli orientamenti analitici.

Ciò ha reso decisamente più difficile lo svolgimento della riflessione nell'ultima parte della ricerca.

Una prima difficoltà ha riguardato il confronto con la cultura giuridica. La maggior parte delle riflessioni che più hanno influenzato gli studiosi italiani, e che sono state offerte dai costituzionalisti, sono legate ad impostazioni del tutto differenti da quella qui proposta, ossia all'esigenza di *affermare* la precettività delle norme costituzionali sul diritto alla salute e di riempirla di *senso*. Ciò in particolar modo è vero per quelle analisi condotte in un momento storico in cui i *dati normativi* su cui appoggiare la tesi della precettività delle norme costituzionali sulla salute erano pochi e si poteva far leva prevalentemente su alcuni orientamenti della giurisprudenza ordinaria, successivamente rimeditati dalla Corte costituzionale con la precisazione dei “limiti” di tutela del diritto fondamentale alla salute.

¹⁰ C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 168.

Grande rilievo ha assunto il tema dei “limiti” che circondano il diritto alla salute: il limite tecnico-scientifico; il limite economico-finanziario; il conflitto con altri diritti di livello costituzionale. In effetti, non si può negare che cos'è il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano non è possibile comprenderlo *davvero* se non si fa riferimento a cosa *osti ad una assoluta espansione delle facoltà ad esso connesse*. Ma non si può ritenere che il diritto alla salute sia soggetto a tali ordini di limiti in quanto ascrivibile alla categoria dei diritti sociali.

Piuttosto, è a seconda delle scelte relative alle forme della sua tutela che tali limiti si atteggiano in modo differente.

Non solo. Mutano anche le forme giuridiche di garanzia dell'uguaglianza e della libertà della persona. Mutano i tratti del principio di giustizia tratteggiato negli articoli 2 e 3 della Costituzione italiana¹¹.

È il caso di anticipare alcune considerazioni sui possibili “modelli” di *costruzione* del diritto alla salute.

In un contesto in cui si è *costruisce* un modello *eteronomo* di tutela della salute, il diritto alla salute vive all'interno di una dimensione pubblicistica e le forme di svolgimento dell'uguaglianza e dell'autonomia del singolo nelle scelte sulla propria salute sono da rintracciare nella disciplina dei rapporti fra singolo ed amministrazione o fra singolo e soggetti che erogano i servizi per la salute e nelle scelte politico-normative sulla programmazione ed il finanziamento dei servizi per la salute.

In un contesto, invece, che si orienta sempre più verso la riduzione della sfera pubblica; l'introduzione graduale dei principi di libertà d'iniziativa economica; la costruzione di un mercato concorrenziale; uguaglianza e libertà si garantiscono facendo leva sul principio di autodeterminazione e sulle garanzie istituzionali che consentono di tutelare i diritti inviolabili della persona umana. È nel rapporto fra legislazione e giurisdizione che bisogna cogliere tratti e forme di tutela. Non soltanto nelle forme di regolazione dei rapporti fra privati.

In assenza di queste garanzie, infatti, non si può costruire un modello di tutela orientato alla massima espansione dell'autonomia, al tramonto del paternalismo e dell'egalitarismo; un modello che risponda alla crisi fiscale dello Stato e alla crisi di effettività dei diritti costituzionali, ossia alle forme di *degenerazione* dello Stato sociale.

¹¹ Sul tema H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004.

CAPITOLO I

LA COSTRUZIONE DEL MODELLO. LE BASI TEORICHE

SOMMARIO: 1. Il carattere programmatico del diritto alla salute: critica. – 2. Unità della Costituzione e decostruzione della dicotomia fra diritti sociali e diritti di libertà. – 3. Il diritto alla salute fra principio di uguaglianza e principio personalista. – 4. La “struttura” del diritto alla salute.

1. *Il carattere programmatico del diritto alla salute: critica*

Lo schema interpretativo della disciplina costituzionale sulla salute proposto negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione italiana prospettava una netta differenza strutturale fra diritti costituzionali riconducibili ai diritti di libertà e diritti costituzionali classificabili come diritti sociali¹. Fra questi ultimi era collocato il diritto alla salute.

L'impianto dei primi studi sulla salute nell'ordinamento repubblicano è incentrato sull'inquadramento dell'art. 32 Cost. come disciplina funzionale a regolare i rapporti fra singolo e Stato. Questa interpretazione era condizionata dall'idea che i diritti sociali fossero diritti aventi «per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali)»²; diritti legati alla «sicurezza» ed alla «giustizia sociale»³ o, secondo la prospettiva cattolica, ad una visione solidarista della libertà⁴.

Il primo comma dell'art. 32 Cost. veniva quindi considerato come una «posizione programmatica» attributiva di una precisa funzione allo

¹ Evidente soprattutto in F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei “diritti sociali”*, Milano, 1953, 9.

² F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei “diritti sociali”*, cit., 9.

³ F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti*, cit., 10.

⁴ F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti*, cit., 40-44.

Stato⁵, che doveva essere svolta dal legislatore, perché legata alla dimensione *politica* del testo costituzionale⁶.

Con il contributo di Vezio Crisafulli alla costruzione di una teoria della Costituzione e dell'interpretazione costituzionale ed, in particolare, con la sua analisi relativa alle norme costituzionali *programmatiche*⁷, il tentativo di *depotenziare* in modo radicale gli effetti dell'introduzione del diritto alla salute nella Costituzione italiana veniva ridimensionato. La prospettiva crisafulliana, infatti, era attenta a considerare le norme costituzionali sui diritti, anche se *programmatiche*, come il precipitato di quelle aspirazioni al mutamento economico-sociale emerse nella «formazione della volontà costituente», sia perché coincidenti o collegate al solidarismo cristiano, sia perché avevano perso alcuni tratti propri dell'ideologia "classista" delle sinistre. Questa *base materiale* della disciplina sui diritti costituzionali e la sua portata innovativa veniva immediatamente valorizzata dalla affermazione secondo cui le norme programmatiche avevano comunque una portata vincolante, pur se in modo differente dalle norme immediatamente precettive, poiché volte a «determinare le premesse per uno sviluppo avvenire, ponendo certe direttive programmatiche all'azione dei futuri organi costituiti nel campo dei rapporti sociali»⁸.

Se Crisafulli rilevava come tali disposizioni programmatiche fossero presenti soprattutto nel campo dei rapporti economico-sociali ed etico-sociali ed annoverava fra esse l'art. 32 Cost.⁹, egli affermava, parimenti, che parte della disciplina costituzionale del diritto alla salute non poteva essere ritenuta priva di qualsiasi effetto sul piano dei rapporti fra Stato e persona. La disciplina in tema di trattamenti sanitari obbligatori era infatti qualificata da questo Autore come norma immediatamente precettiva e attributiva di un diritto di libertà nella parte in cui vietava di porre in essere tali attività *contra o praeter legem*, anche se tale norma veniva ritenuta vaga nella parte in cui definisce i limiti che incontra il legislatore nella disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori (il rispetto della persona umana).

⁵ F. PERGOLESÌ, *Alcuni lineamenti*, cit., 9.

⁶ È l'idea delle norme programmatiche di A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione. Discorso inaugurale*, Modena, 1946, 29 ss.

⁷ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *Principi generali e norme programmatiche*, ivi, 30. Norme programmatiche sono quelle che sono «rivolte a disporre quel che potrà o dovrà essere disposto in certe ipotesi e per certe materie».

⁸ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 31-32.

⁹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 33, 34 e nota 4.

In quegli stessi anni, la presenza di una disciplina costituzionale della tutela della salute era ritenuta norma attributiva allo Stato di una funzione specifica, o, meglio, norma di scopo, che disciplinava alcuni oggetti della «sanità pubblica»: a) l'obbligo, per l'individuo, di rispettare misure preventive e di seguire determinati percorsi terapeutici onde evitare rischi sanitari alla collettività; b) il dovere, per lo Stato di assicurare i mezzi adeguati al mantenimento della salute «fisica» a coloro che versano in condizioni di bisogno, condizioni da valutarsi relativamente al tipo di pratiche diagnostiche e terapeutiche necessarie nel singolo caso¹⁰.

In questi primi studi, successivi all'instaurazione del regime repubblicano, si affronta con una certa difficoltà il problema dell'interpretazione dei limiti di *contenuto* che incontra il legislatore nella disciplina dell'attività connessa alla prevenzione, alla diagnosi ed alla cura; problema che è stretto fra tutela della persona e necessità di non interferire con il "dato" tecnico-scientifico.

La previsione del limite del rispetto della persona umana, posto dall'ultimo comma dell'articolo 32 della Costituzione, era stata fortemente criticata e lo stesso limite era stato inteso da alcuni, alla luce dei lavori preparatori, come necessità di disciplinare l'attività sanitaria sia muovendo dalle basi scientifiche "date" in certo momento storico, sia nel quadro di una visione dei diritti fondamentali che ne funzionalizzasse la tutela ed il riconoscimento alla «*salus reipublicae*»¹¹.

D'altro canto, invece, le posizioni crisafulliane, destinate ad incidere in modo profondo sull'interpretazione della Costituzione, aprirono una prospettiva di tutt'altro respiro. Ponendosi nel quadro di una visione comprensiva anche dell'ordinamento territoriale¹², nella costruzione dell'ordinamento costituzionale della salute, in questo primo decennio repubblicano, Crisafulli indicava gli aspetti dell'ordinamento fondamentale della Repubblica che ormai erano considerati come punti fermi, cioè «immediatamente rivolti alla disciplina di determinati ordini di rapporti», dai quali muovere per tracciare in modo compiuto «la prospettiva

¹⁰ S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 335 ss.

¹¹ S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, 339-340; F. PERGOLESÌ, *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, cit., 26 afferma nella sua indagine comparatistica sulla struttura della disciplina costituzionale sui diritti sociali che anche negli "Stati democratici" (come in quelli autoritari), la legislazione sociale sia di livello costituzionale che ordinario è strutturata «unitariamente pel bene collettivo».

¹² V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 35, nota 6.

ed il senso di un movimento: dello sviluppo, cioè, della società statale in certe direzioni schematicamente previste dalla Costituzione. La quale, pertanto, complessivamente considerata, ci dà, non soltanto la figura essenziale di un modo di essere *attuale* (previsto e disciplinato come attuale) dell'ordinamento considerato, ma anche ed insieme la figura essenziale di un modo di essere *futuro* dell'ordinamento medesimo (previsto, cioè, e disciplinato come possibile, ed anzi come necessario ossia come *giuridicamente doveroso*)»¹³.

2. *Unità della Costituzione e decostruzione della dicotomia fra diritti sociali e diritti di libertà*

Alla costruzione dei caratteri del diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano hanno contribuito, in parallelo, diverse linee di pensiero: una prima, di taglio storico-costituzionale, volta a ricostruire le radici ideali e culturali dei diritti sociali, che sfata il mito della primarietà dei diritti di libertà e del dualismo fra diritti di libertà e diritti sociali¹⁴; una seconda, volta a rinvenire il fondamento dei diritti sociali sulla base della tesi della *unità* della Costituzione e dei caratteri della “forma di stato” di tipo “sociale” delineata dal testo costituzionale¹⁵; una terza, che aggancia i diritti sociali al principio di uguaglianza sostanziale¹⁶; una quarta, che li ancora al principio personalista. Queste ultime due pongono accenti differenti sui raccordi fra uguaglianza e libertà; fra solidarietà e dignità. Nessuna delle due, però, appare orientata a ritenere che la disciplina costituzionale della salute rappresenti con pienezza la tensione verso la *liberazione* della persona umana da vincoli comunitari.

La qualificazione costituzionale del diritto alla salute come *diritto fondamentale* è fortemente dibattuta, per ragioni legate alla impostazio-

¹³ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 35-36.

¹⁴ M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1954, 50.

¹⁵ C. MORTATI, (voce) *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 214.

¹⁶ M. MAZZIOTTI, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802, spec. 806; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, quest'ultima anche per ulteriori approfondimenti sugli orientamenti della dottrina.

ne culturale del tema del fondamento e della natura dei diritti costituzionali: una prima è legata ad una certa interpretazione dell'esperienza del costituzionalismo dei diritti di matrice francese, secondo cui l'esperienza rivoluzionaria avrebbe contribuito a costruire una dicotomia fra *libertà ed uguaglianza* e fra *diritti di libertà e diritti sociali*; una seconda è legata alla tradizione giuspubblicistica tedesca, che grande influenza ha esercitato sulla *sistematica* dei diritti fondamentali e delle *situazioni giuridiche soggettive* abbracciata dalla dottrina del diritto pubblico italiano.

Il primo nodo teorico, quello del confronto con la tradizione costituzionalistica francese, viene affrontato e sciolto da una linea di ricerca di storia costituzionale che, convincentemente, riesce a sfatare il mito della *minorità* culturale e giuridica della categoria dei diritti sociali nel costituzionalismo rivoluzionario francese.

Questa importante ricerca sui diritti sociali nell'esperienza della Francia rivoluzionaria, condotta negli anni Cinquanta del Novecento, consente di collocare il diritto alla salute, ed i diritti sociali in generale, nel quadro dei diritti costituzionali, alla *pari* dei diritti di libertà.

Essa dimostra che anche una visione individualista dei diritti fondamentali, qual era quella dei rivoluzionari francesi, annoverava i diritti sociali come diritti della persona¹⁷, consentendo così di *collocare* i diritti "sociali" all'interno delle dottrine individualiste dei diritti fondamentali e, di conseguenza, di ridimensionare la portata della dicotomia fra *libertà ed uguaglianza*, riportando nell'alveo della tradizione del primo costituzionalismo razionalistico borghese anche i diritti sociali.

Quest'analisi dell'esperienza rivoluzionaria francese ha, inoltre, contribuito a dimostrare che l'idea di giustizia è alla base dell'idea di Costituzione e di Stato su cui poggia la nostra tradizione costituzionale e che la teoria rivoluzionaria dei diritti fondamentali già prospettava un concetto di uguaglianza che non è soltanto formale¹⁸.

L'analisi degli svolgimenti dell'esperienza rivoluzionaria francese fra la fine del XVIII e la metà del XIX secolo ha consentito, poi, di svelare quali complesse relazioni vi sono fra i principi di libertà, uguaglianza, fraternità e le soluzioni *ordinamentali* immaginate per renderli effettivi: l'affidamento allo Stato di una «funzione sociale», oggetto di «un diritto del cittadino»¹⁹. Questa soluzione è quasi obbligata dalla stessa conce-

¹⁷ M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 94 e 95.

¹⁸ M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 52 e 61.

¹⁹ M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 53-57 e, per le implicazioni, 82.

zione dei diritti sociali e dal loro fondamento, che è la libertà e la dignità dell'uomo e non il solidarismo cristiano o il comunitarismo²⁰.

Questo orientamento culturale consente di dare nuova *legittimità* ai diritti sociali e di sganciarne il fondamento sia dal principio di solidarietà, che li configurerebbe come dei diritti effettivi in quanto il singolo o la comunità adempiano ai loro doveri di solidarietà sociale²¹, sia di fondarli sul personalismo cristiano²² o su visioni di matrice socialista o comunista, volte a funzionalizzare i diritti sociali agli interessi dello Stato-comunità.

Affermare che ciascun diritto sociale nasce ed è «un diritto eminentemente individualista, che coglie l'uomo nella sua concreta posizione in seno alla società, per accordargli la protezione di cui ha bisogno, allo scopo appunto di attuare quell'eguaglianza che il diritto individualistico presuppone»²³, ha precisi riflessi sul ruolo dello Stato e della società.

In primo luogo, guardando al piano dell'effettività dei diritti sociali, sganciarli da una visione classista o comunitarista e ritenere che essi trovino il proprio svolgimento *dentro* lo Stato, determina l'espansione del *potere* dello Stato²⁴. In secondo luogo, l'impostazione individualista nell'interpretazione dei diritti costituzionali evita di costruirli come diritti *funzionalizzati* alla realizzazione di altri principi costituzionali e di definire una gerarchia fra gli stessi²⁵. Questa opzione appare effettiva-

²⁰ M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 58 e 97 ss.

²¹ G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, ed. it a cura di A. SCERBO, Soveria Mannelli, 2004.

²² J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, II ed. italiana, Milano, 1992.

²³ M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 99.

²⁴ In antitesi alle tesi di G. GURVITCH e all'impostazione della Costituzione di Weimar M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale*, cit., 97-98 e 103: «lo spirito del diritto sociale, nelle moderne costituzioni, è lo stesso che animava l'opera costituzionale delle assemblee rivoluzionarie francesi e che la concezione soggettivista, statualista, individualista che da essa si deduce non costituisce soltanto una possibile alternativa rispetto alle teorie oggettiviste, antistatualiste e pluraliste di tale diritto, ma un criterio d'interpretazione, che sembra meglio adeguato a render ragione di molti aspetti del diritto sociale contemporaneo».

²⁵ Contrariamente a quanto emergeva ad esempio nelle ricostruzioni di C. MORTATI, (voce) *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 215, dove si parla di libertà essenziali e meno essenziali alla persona, oppure anche in ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, X ed., Milano, 1991, 159 e 187-189, dove restano praticamente inalterati i passaggi relativi ai rapporti fra diritti e doveri costituzionali ed in ID., *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, 1961, I, 1, ora in *Scritti Mortati*, III. *Problemi di diritto pubblico nell'esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 433, spec. 436 ss.

mente quella maggiormente condivisa dalla dottrina²⁶ che ha costruito anche delle analogie strutturali fra i diritti sociali e i diritti di libertà, attribuendo ad entrambe le tipologie di diritti la capacità di incidere sia nei rapporti con i pubblici poteri che con i privati, diversificandoli semmai sul piano delle *modalità di tutela*²⁷.

Superate le obiezioni teoriche legate alla *incompatibilità culturale* dei diritti sociali con un quadro costituzionale che intenda garantire i diritti fondamentali della persona, restavano aperte quelle discendenti dalla tassonomia dei diritti fondamentali definita dai giuspubblicisti tedeschi. Ci si riferisce, in particolare a Carl Schmitt ed alla sua *Verfassungslehre*, che aveva esercitato una forte influenza sulla teoria costituzionale dei diritti fondamentali²⁸.

Nella dottrina della costituzione schmittiana i diritti fondamentali sono ritenuti espressioni del «principio di divisione dello Stato di diritto, secondo il quale la libertà del singolo è illimitata in linea di principio e il potere dello Stato limitato in linea di principio»²⁹. Sono quindi diritti individualistici, assoluti, diritti *contro* la sfera del potere organizzato in forma statale.

I *diritti socialistici*³⁰, considerati come diritti «alle prestazioni positive dello Stato» non possono, quindi, essere qualificati come fondamentali

²⁶ Pur nel quadro di importanti differenziazioni ad esempio, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 79, spec. 84 ss.; A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, ad vocem, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 139.

²⁷ G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 7, spec. 13 ss.

²⁸ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 212 ss. La forte influenza di questa impostazione *individualistica* dei diritti fondamentali come *libertà dallo Stato* viene evidenziata da V. E. ORLANDO, *Prefazione*, edizione italiana di J. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, VII; poi da P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 145.

²⁹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 235.

³⁰ Così nella traduzione italiana di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 227 e anche 242 per l'impossibilità di ricondurre «in uno Stato borghese di diritto» alla categoria dei diritti fondamentali, diritti differenti dai «diritti di libertà dell'uomo singolo». Ripercorrendo, pur con colorature ideologiche differenti, la quadripartizione dei diritti pubblici soggettivi di JELLINEK (cfr. anche p. 228 della schmittiana *Verfassungslehre*) il quale invece, nel suo *Sistema*, chiaramente evidenziava la *storicità* dei diritti fondamentali e la necessità di non ricostruirli come «prodotto logico di una teoria generale dell'uomo e dello Stato», rilevando che essi «traggono la loro origine dal contrasto col preesistente ordinamento dello Stato», (J. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 106).

perché mancano del carattere dell'assolutezza. Presupponendo «un'organizzazione statale, in cui si inserisce il singolo autorizzato»³¹, sono diritti relativi, condizionati «da un'organizzazione che racchiude l'individuo, gli indica il suo posto, misura e razionalizza la sua pretesa»³².

Questa impostazione *dicotomica* (diritti di libertà/diritti sociali) viene mantenuta in alcune classificazioni dei diritti fondamentali utilizzate dalla dottrina italiana³³ predicando l'alterità strutturale dei diritti sociali rispetto a quelli di libertà. Tuttavia, per diverse ragioni, è stata sottoposta a forti revisioni critiche.

Nonostante siano emerse nel dibattito italiano divergenti impostazioni relative al fondamento dei diritti sociali ed alla possibilità di costruire una gerarchia fra gli stessi³⁴, il secondo percorso culturale, volto a mostrare l'unità del testo costituzionale italiano e a sfatare il mito della sua contraddittorietà e fragilità derivante dall'essere una Costituzione *compromissoria*, ha messo in crisi uno dei pilastri sui quali era stata ricostruita la dicotomia in questione.

Una interpretazione sistematica della Costituzione italiana può consentire di dare piena effettività alla visione che i costituenti avevano del rapporto fra singolo e poteri pubblici, delle finalità dello Stato, degli *strumenti* previsti dalla Costituzione per realizzare forme di riequilibrio sociale³⁵ ed eliminare la pregiudiziale ideologica schmittiana – propria dei teorici dello Stato borghese di diritto – sui diritti sociali come diritti fondamentali.

Già nel periodo in cui si svolgevano i lavori preparatori in Assemblea costituente, erano emersi in dottrina il convincimento che si fosse tentato di «assegnare ai diritti fondamentali un contenuto più aderente alle moderne concezioni sociali, sia mediante la introduzione, accanto ai tradizionali diritti fondamentali individualistici, dei «diritti sociali» [...], sia a mezzo di una interpretazione dei vecchi diritti fondamentali che tenesse presenti le mutate esigenze sociali»³⁶ e l'idea che l'ostacolo principale che aveva determinato la *compromissione* della «costruzione

³¹ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 227.

³² C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., 227.

³³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, III ed., capitolo II; P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed. Torino, 1991, 174 ss.; O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170, spec. 1177.

³⁴ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 221 e 222.

³⁵ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 215.

³⁶ P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., 145.

giuridica di questi diritti» era stata la «influenza delle concezioni politiche sui diritti di libertà»³⁷.

Sono state poi le analisi successive all'entrata in vigore della Costituzione a ridimensionare ulteriormente il problema dell'effettività del diritto alla salute. In particolare, gli studi condotti da Costantino Mortati hanno confutato l'opinione della "debolezza" del progetto costituzionale sul versante della esigenza della «tutela e del potenziamento della persona», di cui, anzi, secondo le condivisibili posizioni espresse dal Maestro calabrese, è dimostrata l'unità (e la coerenza), data la «sostanziale affinità» dei suoi «motivi ispiratori»³⁸. In questa prospettiva, unità della Costituzione significa non contraddittorietà fra libertà e uguaglianza, fra categorie di diritti e libertà elencate nel testo, fra principi *materiali* di struttura del nuovo ordinamento costituzionale.

L'indagine mortatiana non rilevava quindi *differenze o gerarchie strutturali o qualitative* sul piano della tassonomia dei diritti e delle libertà, ma mirava ad avvertire che il punto debole del nuovo assetto costituzionale risiedeva nella fragilità dell'assetto ordinamentale dello Stato, mostrando come la Costituzione repubblicana presentasse delle «antinomie» nella parte organizzativa³⁹ tali da potere comportare degli ostacoli nel garantire piena effettività ai principi costituzionali sui diritti. In questa prospettiva, sono i meccanismi di articolazione dei poteri ad essere ritenuti inadeguati a quanto è richiesto all'«azione dello Stato rivolta ai nuovi compiti assunti nel campo economico-sociale»: sono i nodi dei raccordi fra centro e periferia ed il peso degli interessi di gruppi organizzati sulla struttura statale caricata di obiettivi così ambiziosi a poter mettere in crisi l'effettività costituzionale⁴⁰.

La chiave per realizzare il progetto costituzionale viene individuata, in quest'ottica, in un intervento dello «Stato» sulla realtà dei rapporti sociali per garantire il rispetto del quadro costituzionale dei diritti inviolabili della persona⁴¹.

Ma, mentre alcune interpretazioni della Costituzione valorizzano il

³⁷ P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., 145.

³⁸ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 221 e 222.

³⁹ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 222.

⁴⁰ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 222.

⁴¹ Considerazioni sull'art. 3 c. 2° Cost. sia rispetto all'*effettività* del godimento dei diritti di libertà; sia rispetto all'*applicazione dei principi* ai diritti sociali: C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 217 ss.

ruolo della legislazione e dell'amministrazione nell'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale con riferimento all'effettività dei diritti costituzionali⁴², altre colgono pienamente che l'effettività dei diritti costituzionali, di tutti i diritti costituzionali, è una variabile dipendente dalla «organizzazione della funzione giurisdizionale»⁴³.

D'altronde è evidente che le *istituzioni delle libertà*⁴⁴ non sono tanto la base politico-ideologica (la costituzione materiale) dei diritti, o la base sociale che si oppone al potere costituito – direi che questa consonanza fra costituzione materiale, base sociale degli istituti e costituzione formale è il presupposto per assicurare *stabilità* all'ordine costituzionale e per spiegare *come e perché tale ordine può evolvere solo in alcune direzioni* – ma sono soprattutto le forme *giuridiche* che definiscono i rapporti fra singoli, e, più ancora, fra singoli e potere pubblico in un dato momento storico a consentirci di cogliere il livello di effettività dei diritti costituzionali⁴⁵.

Sono le forme di organizzazione della autonomia privata, della funzione amministrativa e giurisdizionale, cioè le *forme di organizzazione dei poteri*⁴⁶ che incidono sulle possibilità di preservare o migliorare la condizione psico-fisica della persona; sono le forme definite sia dal legislatore che da chi è investito della facoltà di farne *applicazione*⁴⁷, a dirci, in atto, quali aspetti della sfera di decisione sulla salute siano stati *organizzati* perché rilevanti sul piano dei rapporti sociali⁴⁸.

⁴² Ancora, nel 1984, B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, ha difficoltà ad immaginare le modalità di applicazione del secondo comma dell'art. 3 Cost. nell'esercizio della giurisdizione.

⁴³ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 806.

⁴⁴ A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

⁴⁵ Anche perché l'assetto dei rapporti fra i singoli è, a dir poco, influenzato dall'esercizio delle funzioni normative, amministrative, giurisdizionali: dai pubblici poteri.

⁴⁶ M. HAOURIOU, *La cité moderne et les transformations du droit*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, 1925, n. 4, trad. it. *Teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad. it. a cura di W. CESARINI SFORZA, Milano, 1967, 3, spec. 13.

⁴⁷ Lo stesso H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., 134, evidenzia il nesso fra creazione ed applicazione del diritto, pur impostando il tema secondo la tesi della costruzione per gradi dell'ordinamento giuridico, che difficilmente può inquadrare il fenomeno della produzione del diritto nell'ordinamento costituzionale italiano oggi. Parlerei di *pluralità di circuiti di produzione normativa*, circuiti non ordinati in base al criterio della gerarchia che *vale semmai* oggi soltanto sul piano della *legittimità costituzionale* degli atti e dei fatti creativi delle norme.

⁴⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1917, 39 ss.

Queste prime due linee d'indagine consentono di inquadrare fra i *fini costituzionali* i diritti sociali e di considerarli come diritti *non funzionalizzati* al pari dei diritti di libertà, ma non di sciogliere i nodi delle *modalità di tutela delle forme giuridiche* per assicurare effettività ad essi e per definirne la sfera di applicazione.

Alla risoluzione di queste problematiche hanno contribuito in vario modo gli altri due orientamenti di pensiero, quelli relativi al fondamento dei diritti sociali nell'ordinamento costituzionale italiano e, successivamente, le analisi condotte dai giuspubblicisti sulle situazioni giuridiche soggettive.

3. *Il diritto alla salute fra principio di uguaglianza e principio personalista*

Il tema del fondamento dei diritti sociali, come, più in generale, del fondamento dei diritti costituzionalmente garantiti, è stato oggetto di innumerevoli studi. A prescindere dalla *possibilità* di leggere la disciplina costituzionale dei diritti come *espressione di norme pre-positive* cui i costituenti non hanno fatto altro che *rinvviare*⁴⁹, qui interessa soprattutto soffermarsi su quegli orientamenti culturali che si avvicinano alla idea della Costituzione come «fondamento normativo costituente e delimitante di *ogni* potere decisionale dello Stato»⁵⁰, mettendo in risalto la caratteristica delle Costituzioni del secondo Novecento di norme-*base* di ogni potere e fonte di legittimazione dello stesso. È indubbio che chi abbraccia tale teoria della Costituzione, mira a svolgere l'interpretazione di una *data* Costituzione per esaltare la funzione di limite al potere politico delle norme costituzionali positive⁵¹.

⁴⁹ Chiave di lettura *neo-giusnaturalista*. Sul tema e sugli argomenti per respingere tale tesi P.F. GROSSI, *I diritti di libertà*, cit., 102-106.

⁵⁰ Teoria della Costituzione espressa ad esempio nel saggio di E. W. BÖCKENFÖRDE, *Sviluppo storico e mutamento di significato della Costituzione*, in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, trad. It. a cura di M. NICOLETTI e O. BRINO, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 29, spec. 48-49.

⁵¹ Sui nessi fra teoria della Costituzione e dello Stato e interpretazione della disciplina sui diritti fondamentali E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Quaderno 12, 1954, 8 ss., ora in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, 1973, 31, spec. 32; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Teoria e interpretazione dei diritti fondamentali*, in ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, cit., 145, spec. 146-147. Sul tema dell'interpretazione

Parte della dottrina italiana che ha indagato sul fondamento dei diritti sociali nell'ordinamento costituzionale italiano, si è orientata nel senso che essi siano il frutto dell'evoluzione della forma di stato liberale⁵². Tale *evoluzione* del tipo di Stato sarebbe espressa, nell'ordinamento repubblicano, dalla costituzionalizzazione del principio di uguaglianza sostanziale⁵³.

Ciò ha comportato importanti conseguenze sulla costruzione delle tecniche di garanzia dell'effettività di tali diritti.

Chi ha legato a filo doppio la costituzionalizzazione dei diritti sociali all'affermazione dell'uguaglianza sostanziale non ha potuto fare a meno di valorizzare la *dimensione politica* di tali diritti, il ruolo del legislatore e dell'amministrazione nella definizione dei caratteri e delle forme di tutela degli stessi, data soprattutto la difficoltà a concepire altrimenti *il senso* del principio di uguaglianza sostanziale.

Da qui l'idea che essi si caratterizzino per essere, a differenza dei diritti di libertà, diritti di soggetti in condizioni di *svantaggio sociale*⁵⁴ e che la Repubblica debba attivarsi per far fronte all'esigenza di assicurare tutela a tali beni in forme differenti, mediante la definizione dell'organizzazione dei servizi pubblici e del ruolo dei pubblici poteri nell'erogazione delle prestazioni rese dai servizi pubblici⁵⁵.

Fermo restando l'obiettivo costituzionale della garanzia dei beni giuridici protetti dalle norme relative ai diritti sociali, le modalità di protezione possono variare in base alla discrezionale volontà politica del legislatore.

In questa prospettiva, quindi, diviene centrale il ruolo della Corte

della Costituzione italiana, grande influenza hanno esercitato sugli orientamenti culturali di cui si tratterà, oltre alle già citate opere di V. CRISAFULLI, le pagine di F. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, II, Torino, 1965, 645, spec. 651; ID., *L'interpretazione della Costituzione*, ivi, I, 143.

⁵² E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, cit., 42 ss.

⁵³ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 757; prima ancora M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, cit., 805; poi anche M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 80 ss; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 20-28.

⁵⁴ G. CORSO, *I diritti sociali*, cit., 759; con accenti differenti B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 193.

⁵⁵ Oltre ai già citati G. CORSO e R. FERRARA, cfr. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; R. FERRARA, (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513, spec. 517. Sul tema, in generale, dei rapporti con i pubblici poteri, ma nell'ottica delle azioni positive, cfr. A. D'ALOIA *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002.

costituzionale, chiamata a sindacare la ragionevolezza delle scelte del legislatore in merito ai *mezzi* predisposti per assicurare effettività alla disciplina costituzionale dei diritti sociali⁵⁶. Laddove il legislatore abbia attuato i principi costituzionali in modo compatibile con il quadro costituzionale, è la conformazione legislativa di tali diritti a determinare le forme concrete della loro tutela⁵⁷.

La costruzione del diritto alla salute, tuttavia, non è stata veicolata soltanto attraverso il principio di uguaglianza sostanziale.

Carlo Esposito, in un suo celebre scritto, affermava, in relazione al ruolo dello Stato ed al problema della giustizia sociale, che il principio d'uguaglianza sostanziale nella Costituzione italiana è «un principio generale delimitante i fini ed il contenuto degli interventi autoritari in materia economico-sociale, e che in tale testo è realisticamente precisato che non spetta allo Stato, né ad altra autorità, di realizzare una assoluta giustizia distributiva, o una assoluta uguaglianza di fatto dei cittadini, ma solo un minimo di giustizia sociale soprattutto per coloro che svolgano attività utile per il Paese»⁵⁸.

Chi si è occupato in seguito della natura della disciplina costituzionale sul principio di uguaglianza ha sempre, costantemente, ritenuto che dal secondo comma dell'art. 3 Cost. si traesse una norma volta a definire l'«ispirazione di fondo di una politica del diritto» che è stata depotenziata sul piano dell'applicazione giurisprudenziale, sino al punto da mascherare decisioni assunte sulla base del principio di uguaglianza sostanziale come decisioni che muovevano dall'applicazione del primo comma dell'art. 3 Cost.⁵⁹.

A ben vedere, però, è stata la tesi dell'unità della Costituzione a determinare la difficoltà a costruire la struttura dell'ordinamento repubblicano facendo derivare dalla disciplina costituzionale dell'uguaglianza qualcosa di più che un *progetto di mutamento della società*, postulando

⁵⁶ Evidente questa conclusione soprattutto negli studi di A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 198.

⁵⁷ Da ultimo, R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. V, Milano, 2010, 60.

⁵⁸ C. ESPOSITO, *Uguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 17, spec. 66.

⁵⁹ U. ROMAGNOLI, *Art. 3 c. 2° Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 163 e 171 ss.

che la nozione di *Stato sociale* non foss'altro che un modo per definire alcuni caratteri dello Stato privi di rilevanza sul piano giuridico⁶⁰.

Per tale ragione, si è, nei fatti, realizzata una *confusione* dei due piani, quello dell'uguaglianza formale e quello dell'uguaglianza sostanziale, nel quadro della garanzia delle «istanze di imparzialità dei provvedimenti e d'impersonalità delle leggi»⁶¹.

Queste sono le ragioni per cui la costruzione del diritto alla salute non è stata svolta soltanto facendo leva sull'applicazione del principio di uguaglianza sostanziale (o della pari dignità sociale) sia nel controllo di costituzionalità delle leggi che in ogni altra attività di creazione delle norme⁶², né sulle *funzioni attribuite* alla Repubblica di *tutela della salute* e di *garanzia di cure gratuite agli indigenti*.

È stata invece determinante per sviluppare *altre* forme di garanzia del diritto alla salute una linea interpretativa che ne ha rintracciato il fondamento nel principio personalista e che ha ritenuto possibile immaginare forme di diretta applicazione della disciplina costituzionale nella parte in cui essa afferma che la salute è *fondamentale diritto dell'individuo*.

È stato soltanto successivamente alla giurisprudenza in tema di diretta applicazione agli articoli 3 e 32 Cost. nel quadro degli strumenti giuriscivilistici di garanzia di interessi meritevoli di tutela⁶³ e alla definizione,

⁶⁰ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile?*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Diritto costituzionale generale*, 1, Milano, 1977, 141 e ID., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 93, in cui si richiama un'accezione di "Stato sociale", quello di Stato «anzi, l'insieme dei pubblici poteri» che svolge prevalentemente attività di servizio pubblico e poiché tali servizi pubblici «spaziano in prevalenza nel campo sociale, si vuol dire con la locuzione che i pubblici poteri hanno cambiato direzione: da organizzazioni che pensavano anzitutto all'ordine pubblico ad organizzazioni che ausiliano i cittadini in ogni modo possibile».

⁶¹ L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 519, spec. 549.

⁶² Un tentativo di ricostruzione del concetto è stato effettuato da G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089; cfr. anche M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 84 ss. Sul tema delle difficoltà dell'applicazione per via giudiziaria dell'art. 3 c. 2° Cost. B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 11 ss.

⁶³ Mi riferisco alla giurisprudenza sul *danno alla salute*, da Trib. Genova 25.5.1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54; a C. Cost. nn. 88 del 1979 (su cui A. ANZON, *L'altra «faccia» del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979, 657) e 184 del 1986, passando per Cass. S.U. n. 796 del 1973 e Cass. III sez. n. 233 del 1981. Sul tema dell'applicazione diretta della Costituzione nella giurisprudenza V. ONIDA, *L'attuazione della costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, IV, Milano, 1977, 501, spec. 578 ss. La dottrina giuriscivilistica e la giu-

per via legislativa, dei caratteri del servizio sanitario nazionale (l. 833 del 1978), che si è giunti in modo compiuto a quella ricostruzione del diritto costituzionale alla salute che costituisce a tutt'oggi il punto di riferimento per l'interprete: il diritto alla salute viene qualificato «diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati. Esso certamente è da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione»⁶⁴.

Quelle ricostruzioni che inquadrano la disciplina costituzionale «dei diritti» nell'ambito della teoria dei valori e che sviluppano le tesi della unitarietà del catalogo costituzionale si muovono nel senso che i diritti definiti nel testo costituzionale costituiscano comunque *le precondizioni* della democrazia pluralistica, dei caratteri dello Stato sociale⁶⁵. Esse ancorano i diritti sociali non solo alla «realizzazione dell'uguaglianza», ma anche al raggiungimento di «una sintesi tra libertà ed uguaglianza o, in una parola, [al]la *libertà eguale*»⁶⁶.

Questa chiave di lettura del testo costituzionale, derivante da una precisa teoria della Costituzione e dello Stato sociale come «risposta politico-costituzionale alla crescente e obiettiva insicurezza sociale», cioè come forma storica dello Stato che permarrà fintanto che permarrà un dato modello sociale ed economico di tipo capitalistico⁶⁷, comporta un atteggiamento completamente differente nella ricostruzione dei diritti costituzionali, in generale, e del diritto alla salute, in particolare.

risprudenza si trovarono divise sulla costruzione del rapporto fra salute e integrità fisica. Sul dibattito in corso negli anni '70 ed i problemi attuali, senza pretese di completezza, cfr. F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; M. BESSONE, V. ROPPO, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, IV, 1975, 3; sull'evoluzione recente C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA (a cura di), *Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per un giusto risarcimento*, Milano, 1999; P.G. MONATERI, M. BONA, M. AMBROSIO (a cura di), *Il danno alla persona*, Torino, 2000; M. BARGAGNA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 2001; F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute; un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 851 ss.

⁶⁴ Corte cost. n. 88 del 1979. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21.

⁶⁵ Distingue fra le *precondizioni universali* e le *precondizioni particolari* della democrazia, fra le quali il diritto alla salute e altri *diritti sociali* A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, Roma, XI, 1989, *ad vocem*, ora in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 68. Critico sul punto M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 93-94.

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 139.

⁶⁷ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 129.

In questa prospettiva, le tematiche classiche dell'interpretazione della disciplina costituzionale dei diritti e della definizione della loro struttura compiono un notevole passo in avanti rispetto alle analisi incentrate sulla teoria delle situazioni giuridiche soggettive ed alle soluzioni date al problema del rapporto fra singolo e poteri pubblici costruite sulla dicotomia fra *diritti soggettivi* e facoltà ad essi inerenti, da un lato, ed *interessi legittimi* e discrezionalità della pubblica amministrazione, dall'altro.

Infatti, muovendo dalla comune derivazione dei diritti sociali e dei diritti di libertà, legata all'esigenza di definire i "valori" della persona umana su cui costruire un dato modello di democrazia pluralista, entrambe le "tipologie" di diritti costituzionali possono ricevere copertura sotto l'egida dell'art. 2 Cost.⁶⁸. L'*inviolabilità* di tali diritti si colloca così non tanto sul piano delle tecniche classiche di qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive, quanto sul piano *assiologico*⁶⁹. In altri termini, l'*inviolabilità* diviene una qualità giuridica che incide sul rapporto fra legalità costituzionale e legalità legale⁷⁰.

L'analisi della struttura o delle dimensioni del diritto costituzionale alla salute resa nell'ambito della teoria dei valori, ha dato a questo diritto una fisionomia che appare essere rimasta stabile negli ultimi tre decenni⁷¹.

Il diritto alla salute, per alcuni aspetti, assumerà così una fisionomia simile a quella dei classici diritti di libertà: una libertà negativa, di non interferenza nelle scelte in merito al godimento di un "bene naturale" (la salute) di cui ogni persona è dotata⁷². Per altri aspetti, invece, andrà classificato come diritto *condizionato*, a *prestazione*, il cui godimento è subordinato alla presenza di «strutture organizzative» in grado di soddisfarlo⁷³.

⁶⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 46.

⁶⁹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 83, sul tema della *Drittwirkung* e della posizione della giurisprudenza costituzionale italiana (C. cost. nn. 120 del 1970 e 559 del 1988): «in altri termini, l'assolutezza che sta a base della c.d. efficacia verso i terzi è propriamente quella assiologica»

⁷⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 138.

⁷¹ Nonostante alcune critiche siano state mosse sul piano della tenuta di certi argomenti prospettati da questa dottrina. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit. 93 ss.

⁷² A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 200.

⁷³ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 215. F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, 39; sul tema cfr. anche C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 548. Critiche alla tesi dei diritti condizionati da L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 33, spec. 38 ss.;

A quest'ultimo riguardo va posto in evidenza che la teoria dei valori supera la prospettiva secondo cui «il profilo relativo alle situazioni soggettive [...] appare storicamente e politicamente subordinato al momento organizzativo, costituito dal complesso legge di organizzazione-attività amministrativa di istituzione e attivazione del servizio»⁷⁴.

Nella teoria dei valori la natura *condizionata* di tali diritti, in particolare, per il diritto alla salute, il diritto alle cure gratuite da parte degli indigenti e il diritto alle prestazioni sanitarie, non implica una assoluta carenza di effetti della disciplina costituzionale in mancanza di una *attuazione* per via legislativa della Costituzione.

Tuttavia, non si può ritenere che la teoria dei diritti condizionati si sia allontanata molto dalla dottrina delle norme costituzionali programmatiche. Essa l'ha, piuttosto, corretta, immaginando strumenti di *controllo* della discrezionalità legislativa che costituiscono le uniche *risposte* possibili alle omissioni del legislatore in un modello di garanzia della normatività della Costituzione che vede come perno l'azione della giurisprudenza costituzionale.

L'immagine del diritto alla salute come diritto condizionato, si colloca sulla scia del principio di *gradualità* nell'attuazione della Costituzione e riflette le modalità con le quali deve esser compiuto il bilanciamento fra diritti costituzionali che “costano” e tutela dell'interesse costituzionale alla *sostenibilità* della spesa pubblica.

Mutuando concetti e modelli interpretativi della Costituzione tedesca adoperati dal *Bundesverfassungsgericht*, l'effettività del diritto alla salute si realizza tramite il controllo di ragionevolezza della legge, l'uso delle sentenze di costituzionalità provvisoria, il ricorso alle sentenze manipolative⁷⁵. In questo quadro, spetterà alla Corte costituzionale «la possibilità di affermare in concreto il primato della Costituzione in relazione a «irragionevoli» inerzie o ritardi del legislatore; [...] di sindacare se eventuali attuazioni iniziali da parte del legislatore della garanzia effettiva dei diritti sociali siano realmente ispirate al particolare criterio di giustizia costituente la *ratio* propria di ciascun diritto sociale»⁷⁶. Si può anche immaginare una qualche forma di *giustiziabilità* del principio di uguaglianza in senso sostanziale, peraltro mai compiutamente sviluppata, o comunque

⁷⁴ G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, cit., 766.

⁷⁵ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 217.

⁷⁶ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 217.

“mascherata” dietro le vesti del controllo di ragionevolezza⁷⁷.

4. La “struttura” del diritto alla salute

Parallelamente al dibattito relativo al fondamento costituzionale dei diritti sociali, le analisi dei giurispubblicisti italiani hanno avuto direttamente ad oggetto il problema della struttura e del *contenuto* del diritto alla salute. È soprattutto negli anni Ottanta del Novecento che sono state gettate le basi per ogni successivo sviluppo del tema⁷⁸. Da questi studi emergono due linee di tendenza: la prima, volta a *costruire* il diritto alla salute come *fascio di situazioni giuridiche soggettive* che possono ricevere immediata tutela sia nei confronti dei *pubblici poteri* che dei privati (è la tesi della *pluridimensionalità* del diritto alla salute)⁷⁹; la seconda, volta ad evitare che la questione dell’effettività del diritto alla salute si chiuda soltanto nel quadro delle garanzie giurisdizionali della rigidità costituzionale.

La rigidità costituzionale, in questi studi, non ha per effetto la cristallizzazione di concetti e istituti giuridici *noti* ai Costituenti, ma è strumento di garanzia di beni giuridici *da identificare* in relazione al *costante mutamento* della realtà sociale. Quindi, nella definizione del diritto alla salute, ci si spinge oltre le analisi del rapporto fra *attuazione per via legislativa* delle norme costituzionali e *forme di controllo di costituzionalità* dell’azione (o delle *omissioni*) del legislatore.

L’effettività della disciplina costituzionale sul diritto alla salute viene assicurata operando una *trasformazione* del senso di istituti già esistenti mediante una interpretazione *costituzionalmente orientata* di questi ultimi.

Il principale canone dell’interpretazione costituzionale che muove queste analisi è il seguente: «dare alla norma costituzionale maggior ampiezza ed espansione possibile»⁸⁰.

Da un lato, vengono così superati gli argomenti relativi al carattere meramente programmatico delle norme costituzionali sul diritto alla sa-

⁷⁷ Cfr. sul tema B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza*, loc. ult. cit.

⁷⁸ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21.

⁷⁹ Cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 25.

⁸⁰ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 773 che si richiama all’insegnamento delle già citate opere di V. CRISAFULLI e di A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L’interpretazione delle norme costituzionali*, Milano, 1972.

lute che riducevano la normatività della Costituzione alle forme di *sanzione della cattiva* attuazione dei principi costituzionali in sede di controllo di costituzionalità.

Dall'altro, si muove dal «collegamento con la normativa ordinaria»⁸¹ per definire il contenuto del diritto alla salute.

In particolare, tale collegamento viene identificato con quella disciplina che già definiva l'oggetto di un *diritto soggettivo*: gli articoli 5 e 2043 c.c., che proteggono «la complessiva integrità fisica dell'individuo»⁸². Sin qui, questa impostazione mira ad assicurare una forma di *costituzionalizzazione* di beni giuridici già protetti dal legislatore pre-repubblicano e a ribadire che i tradizionali strumenti di tutela di tali beni vanno intesi come forme di protezione di un diritto fondamentale coperto da garanzia costituzionale.

Ma, si è detto, si va anche oltre.

La disciplina costituzionale *trasforma* la disciplina legislativa perché inibisce un'interpretazione della stessa che consenta di *limitare* la *possibilità* per il singolo di *decidere* in merito alla propria integrità fisica⁸³.

È qui che l'interpretazione della Costituzione svela le proprie potenzialità perché consente di *costruire* un *aspetto negativo del diritto alla salute*: il diritto a non farsi curare laddove gli effetti del deterioramento dell'integrità fisica della persona non ledano l'interesse pubblico alla tutela della salute. Quest'ultimo è fonte del dovere di solidarietà sociale e base costituzionale dell'obbligatorietà di trattamenti e accertamenti sanitari in base a quanto disposto dall'art. 32 c. 2° Cost.⁸⁴.

Queste analisi hanno il merito di aver offerto una ricostruzione della tutela costituzionale dell'autodeterminazione in materia di scelte terapeutiche che riempie di significato la previsione costituzionale sul divieto di imporre trattamenti sanitari obbligatori contrari alla dignità della persona umana.

Grazie a questi studi, il principio del consenso informato agli atti

⁸¹ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 778.

⁸² M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 778-779.

⁸³ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 50 ss.

⁸⁴ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 780-781; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 35-36. Ancor prima S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 875; successivamente F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 557.

terapeutici viene dotato così di valenza costituzionale⁸⁵. Tuttavia, queste ricostruzioni non giungono sino ad affermare che la salute sia un bene giuridico di cui si possa disporre in assoluta libertà. Non a caso, in esse si nega che dalla disciplina costituzionale possa inferirsi anche un diritto *a morire*⁸⁶.

Le conclusioni cui giunge questa dottrina sono state probabilmente condizionate dall'osservazione del dato normativo già esistente.

Questo perché l'idea sottesa a queste ricostruzioni è che la rigidità costituzionale e la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali non implicano una cristallizzazione nel tempo dei beni giuridici protetti dal diritto costituzionale perché ciò limiterebbe la capacità della Costituzione di *dare risposte normative* ai mutamenti sociali.

Da qui una linea interpretativa precisa: un'interpretazione orientata a determinare un «collegamento funzionale» fra disposizione costituzionale e *realtà* da disciplinare. Gli indici che l'interprete deve considerare, in quest'ottica, sono la *realtà dei rapporti sociali* e gli interventi legislativi volti a disciplinare tali rapporti *in mutamento* rispetto a quanto *originariamente previsto* e dibattuto dai costituenti⁸⁷.

In tal modo, è stato possibile *coprire* di garanzie costituzionali beni giuridici differenti dall'integrità fisica, definendo il concetto di salute quale «situazione tendenzialmente *generale* di benessere dell'individuo, derivante dal godimento di un complesso di opportunità» fra cui la salubrità dell'ambiente⁸⁸, per giungere a configurarla come «complessiva situazione di equilibrio psico-fisico»⁸⁹.

Definito quindi il reale ambito di applicazione della disciplina costituzionale in un dato momento storico, gli strumenti e le tecniche di tutela individuati sono identificati sulla base degli istituti propri del diritto pubblico o del diritto privato offerti dall'ordinamento.

In altri termini, è stato sul piano materiale che l'interpretazione

⁸⁵ Inferenza necessaria, ad esempio, dell'argomentare di B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 215, spec. 223.

⁸⁶ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 40 ss.

⁸⁷ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 786-790 (soprattutto 790 per le considerazioni di sintesi su questa tecnica interpretativa). Sul piano della ricostruzione del significato di salute e dei dati della *realtà* da considerare B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 22-24.

⁸⁸ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 792.

⁸⁹ B. CARAVITA, *Art. 32*, cit., 217.

costituzionale ha agito per selezionare i beni giuridici protetti. Invece, l'interpretazione costituzionale non ha inciso sulla definizione delle tecniche di protezione delle situazioni giuridiche soggettive. Questo è evidente soprattutto in riferimento ad una delle dimensioni che ha assunto il diritto alla salute, quella di diritto a prestazioni sanitarie.

La disciplina costituzionale, calata su una data realtà sociale e normativa, consente di individuare precise funzioni in capo alla Repubblica (la tutela della salute nella dimensione individuale e collettiva) e a specificare i compiti dei pubblici poteri: 1) la «*realizzazione di strutture pubbliche sanitarie adeguate*»; 2) la garanzia della «*gratuità del servizio sanitario a chi si trovi in condizioni di indigenza*»; cioè in condizioni che non gli consentono di sostenere le spese necessarie per la tutela della propria salute», assumendo qui un'accezione relativa del concetto di indigenza, legata al «costo concreto di tali interventi»⁹⁰.

Come si è anticipato, in queste analisi è preponderante il ruolo attribuito alla legislazione nella definizione delle modalità di garanzia dei diritti costituzionali ed emerge una notevole difficoltà di *costruzione teorica* della categoria dei “diritti a prestazioni da parte della pubblica amministrazione” come diritti soggettivi. Su ciò ha profondamente influito la tesi del fondamento costituzionale del diritto alla salute legato al principio di uguaglianza sostanziale⁹¹, che emerge in controluce in questi scritti.

Il nesso fra il progetto costituzionale dell'uguaglianza sostanziale e lo svolgimento della “funzione” di tutela della salute consegna nella sfera della politicità della decisione normativa modi e tempi di svolgimento di tale obiettivo.

Le decisioni del legislatore sono controllabili soltanto per linee esterne. È solo seguendo il criterio della gradualità dell'attuazione del progetto in relazione alle concrete condizioni economico-sociali del Paese che si può verificare se i mezzi predisposti dal legislatore siano adeguati in quel dato momento storico a perseguire determinati fini costituzionali.

Per tale ragione questa dottrina non riesce a risolvere il nodo delle sanzioni per la non attuazione del progetto costituzionale⁹² e trova

⁹⁰ B. PEZZINI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 26.

⁹¹ B. PEZZINI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 58-59.

⁹² Non riuscendo a superare quanto immaginato da C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 157 ss.; osserva A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti*, cit., 130 che non si potrebbe andare oltre un mero *monito* per il legislatore.

dei rimedi parziali alla insufficiente attuazione delle norme costituzionali (qual è il ricorso alle sentenze additive, sul piano del controllo di costituzionalità)⁹³.

Di contro, l'effettività del diritto alla salute, in alcuni studi che possono essere ascritti a questa prospettiva, è legata ad una certa lettura del principio di gradualità nell'attuazione della Costituzione dei "diritti sociali". In queste analisi s'immagina che una volta attivato il percorso di attuazione della Costituzione, «il diritto costituzionale, nei suoi aspetti più specificamente programmatici, si trasforma però in una garanzia di irreversibilità [...] dei presupposti materiali e organizzativi che costituiscono la condizione di effettività del diritto di accedere ad alcuni beni fondamentali»⁹⁴.

Tali garanzie di irreversibilità, nell'accezione più restrittiva, sono individuate esclusivamente nelle cure gratuite agli indigenti e nel rispetto della persona umana nella disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori⁹⁵; mentre, in una prospettiva che definirei sistematica, nell'impossibilità di ridurre il livello complessivo di garanzie per i diritti sociali realizzato dal legislatore, quasi che lo stesso debba operare una valutazione comparativa degli effetti delle proprie linee di politica del diritto ipotizzando gli effetti che potrebbero avere per la realizzazione dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale⁹⁶.

⁹³ Su cui in particolare, nello scorso decennio C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit.; A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit.; chi si è occupato del tema del bilanciamento degli interessi ha rilevato che «La considerazione della "gradualità" rende "morbido", non esigente il controllo costituzionale [...] Le leggi regolative dei diritti di prestazione sono assistite insomma da una sorta di presunzione di legittimità, corrispettiva al riconoscimento di una amplissima latitudine di apprezzamento al legislatore» G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3952, spec. 3982.

⁹⁴ A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit., 128.

⁹⁵ Così B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21, spec. 48 ss.; ID., *Art. 32*, cit., 221, senza però specificare quali implicazioni concrete avrebbe il limite del rispetto della persona umana sul piano dell'organizzazione dei servizi e della garanzia delle prestazioni sanitarie.

⁹⁶ G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, cit., 14 che ritiene precluso al legislatore un *ritorno indietro* rispetto alla realizzazione (anche parziale) dei diritti sociali nel loro complesso. Cfr. nel senso della irreversibilità anche C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, 59-60, il quale ritiene che successivamente allo svolgimento dei principi costituzionali e, dunque, alla trasformazione del quadro socio-economico, la Costituzione impedirebbe un ritorno al modello capitalistico. Cfr. anche B. CARAVITA, *Oltre l'uguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 75. *Contra* in relazione a quanto espresso dall'art. 81 Cost. ed alla tesi dei diritti sociali come

L'idea di fondo che accomuna questo tipo di impostazioni è che per la determinazione del contenuto del diritto alla salute si debba muovere dalle *forme legislative* che assume⁹⁷.

A quest'ultimo proposito, è necessario ribadire che, comunque, tali forme non sono assolutamente indefinibili alla luce delle norme costituzionali. È necessario ricordare, a tal proposito, quelle analisi che hanno inquadrato anche i diritti sociali fra i diritti a «godimento individuale». In questa prospettiva, i diritti sociali, come i diritti di libertà, si pongono «in relazione a interessi e bisogni che pertengono concretamente alla sfera soggettiva dell'individuo»⁹⁸.

La differenza fra le due categorie risiede negli effetti che producono al momento del loro esercizio.

I diritti sociali producono «normalmente a largo raggio effetti riflessi di ordine collettivo, comportando l'opportunità di una valutazione del diritto stesso di tipo “multipolare”»⁹⁹ e sono quindi «naturalmente» legati alla ponderazione con altri interessi di rilevanza costituzionale.

A differenza dei diritti di libertà, per i quali la ponderazione è di norma definita già nella stessa disciplina costituzionale del diritto, rispetto ai diritti sociali, l'attività di ponderazione viene effettuata caso per caso dal legislatore, per cui, il principio di legalità gioca sia nella sua valenza garantistica che d'indirizzo.

Ciò significa, relativamente ai condizionamenti al diritto alla salute, che, sul piano del limite economico-finanziario ed organizzativo, il limite dev'essere «determinato in relazione a criteri di ottimizzazione del servizio, nel senso che non sia il “diritto sociale” ad essere subordinato unilateralmente all'organizzazione attuale del servizio, ma sia l'ordinamento di questo reso funzionale al “diritto” stesso e ai suoi contenuti come storicamente determinati»¹⁰⁰.

Le scelte organizzative, dunque, non possono risultare condizionanti

diritti finanziariamente condizionati A. ZORZI GIUSTINIANI, *Costituzionalismo europeo e questione sociale*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 7, spec. 44.

⁹⁷ B. PEZZINI, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., 59.

⁹⁸ A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1, spec. 22 che muove da di M. MAZZIOTTI, (voce) *Diritti sociali*, cit., 804.

⁹⁹ A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale*, cit., 23.

¹⁰⁰ A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale*, cit., 25-27, la citazione è relativa al testo della nota 71.

le situazioni giuridiche soggettive, ma «al contrario queste vanno considerate e valutate alla luce di quelle»: la struttura organizzativa è strumento attraverso il quale il diritto alla salute «vive e viene realizzato», non è condizionante, ma condizionata in funzione della tutela della situazione giuridica soggettiva del singolo¹⁰¹.

¹⁰¹ E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986, 50-51.

CAPITOLO II

L'ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE. IL CARATTERE FLESSIBILE DEL DIRITTO ALLA SALUTE

SOMMARIO: 1. L'attuazione della Costituzione. L'organizzazione del servizio sanitario. – 1.1 Il rapporto fra organizzazione e diritti: le riforme degli anni '90. – 2. Criteri e forme delle decisioni politico-amministrative sulle prestazioni sanitarie. – 3. Criteri e forme delle decisioni politico-amministrative sulla spesa sanitaria. – 4. L'attuazione dell'art. 119 della Costituzione e il "costo" dei livelli essenziali delle prestazioni. – 4.1 Il principio di responsabilità finanziaria e le politiche sanitarie regionali. – 5. Considerazioni di sintesi.

1. *L'attuazione della Costituzione. L'organizzazione del servizio sanitario*

Questa parte della ricerca è dedicata alla ricostruzione dei percorsi politico-normativi di svolgimento della disciplina costituzionale sulla tutela della salute.

Non a caso, nella struttura di questo lavoro, quest'analisi viene condotta prima di volgere l'attenzione alla giurisprudenza costituzionale.

Dall'osservazione dell'evoluzione della legislazione, infatti, emerge con forza come sia stata determinante la *decisione sulle forme ed i momenti* dell'attuazione della disciplina costituzionale nella definizione dei tratti del modello italiano di tutela della salute. Nel capitolo seguente si mostrerà, invece, come la giurisprudenza costituzionale sia stata naturalmente orientata ad esercitare una funzione *correttiva* delle linee di svolgimento dei principi costituzionali immaginate dal legislatore¹.

In altri termini, le ragioni dell'analisi dell'evoluzione della legisla-

¹ Sul rapporto fra questi due momenti (legislazione *in* attuazione della Costituzione e interpretazione della Costituzione resa in sede di sindacato di legittimità costituzionale) di costruzione del modello di servizio pubblico per la tutela della salute G. VERDE, *Servizi pubblici e principi costituzionali*, Palermo, 1990, 29 ss.

zione in materia di tutela della salute risiedono nell'esigenza di rappresentare il «'concreto governare'»; la «decisione politica sul 'che fare', nella situazione data»²; gli «sviluppi della organizzazione sociale» ed i «mutamenti istituzionali da questi indotti»³.

Senza spingersi sino alla totale adesione alle tesi che leggono l'effettività della Costituzione in chiave antinormativista⁴, le vicende attuative dell'art. 32 Cost. mostrano che l'esercizio della funzione legislativa ha costituito, in questo settore materiale, la via principale della trasformazione dell'ordinamento italiano e d'inveramento dei principi costituzionali⁵.

Si può affermare che, in materia di tutela della salute, le trasformazioni dell'ordinamento costituzionale auspiccate con l'entrata in vigore della

² V. CRISAFULLI, (voce) *Costituzione*, in *Enc. del Novecento*, I, Roma, 1975, 1030, spec. 1035 e successivamente F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977, 197, spec. 224 ss.

³ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, la definisce come «teoria dell'*accanto*» (a pagina 85) ed afferma (a pagina 86) che: «Per quanto autosufficiente e autogarantita, una costituzione democratica non può non piegarsi a riconoscere in qualche modo la razionalità dei movimenti del corpo sociale che la toccano».

⁴ C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, I, 597, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 283, spec. 301 ss.; ID., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile* (1950), Padova, 1953, 27 ss., ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; ID., *Replica nel dibattito sulla sua relazione dal titolo Il controllo di costituzionalità delle leggi in Italia*, cit., in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1999, 39.

⁵ Com'è noto, la nozione di «attuazione della Costituzione» e la distinzione fra attuazione ed «applicazione della Costituzione» sono state oggetto di diverse riflessioni e, spesso, legate al rapporto fra legislazione e norme costituzionali di carattere programmatico (o meramente direttivo). Ad esempio, per V. CRISAFULLI, *Cinquant'anni di legislazione in Italia*, in *Dir. soc.*, 1982, 1, spec. 11 e 13, distingue fra leggi di attuazione e leggi in attuazione della Costituzione. Le prime, obbligatorie e doverose, sono *esecutive* di norme costituzionali e dirette a dar vita a istituti, organi, Enti che la Costituzione *dispone debbano esservi*; le seconde, invece, sono ascritte all'esercizio di un potere di carattere discrezionale, facoltizzate e rivolte al conseguimento di fini genericamente indicati da norme costituzionali programmatiche (fra queste CRISAFULLI annovera la riforma ospedaliera del 1968). Secondo C. LAVAGNA, *Atti ed eventi costituzionali in Italia dal 1° gennaio 1948 al 31 dicembre 1950*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 170, spec. 176, «l'attuazione della Costituzione sarà rappresentata dai soli comportamenti (positivi) volti a permettere l'applicabilità di norme diverse da quelle che regolano i comportamenti stessi».

In queste pagine, invece, si ascrive all'attuazione della Costituzione la disciplina di livello subcostituzionale che *ha definito i tratti del modello di tutela della salute in Italia, a prescindere dall'attribuzione del carattere programmatico o precettivo delle norme costituzionali sulla salute*. In questo scritto si muove dall'individuazione della disciplina che ha costituito il tratto caratterizzante del modello di tutela della salute, dando così svolgimento alle disposizioni costituzionali sulla tutela del diritto alla salute.

Costituzione italiana hanno assunto, davvero, significato con la creazione e la stabilizzazione di «nuovi concetti e teorie di diritto pubblico»⁶ ad opera del legislatore. Alla introduzione nella Costituzione di una disciplina davvero minimale di tale diritto, è realmente seguita un'opera di costruzione e stabilizzazione di concetti e teorie elaborati nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

A tal proposito, la legge n. 833 del 1978 rappresenta il punto di riferimento principale per la definizione dei caratteri del diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale italiano.

Intervenuta dopo diverse “leggi ponte”⁷ ed, in particolare, dopo la riforma ospedaliera (l. n. 132 del 1968), la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (SSN) dà pienamente il senso di una piena *conformazione* per via *normativa* del contenuto del diritto alla salute.

È una legge di organizzazione che detta principi, forme di pianificazione e programmazione dei servizi sanitari⁸ e correlative modalità di finanziamento⁹. È una legge che delinea una pervasiva disciplina d'indirizzo e coordinamento; che consente al servizio pubblico per la tutela della salute, il servizio sanitario nazionale, di orientarsi in modo uniforme nella definizione delle posizioni giuridiche dei singoli nel rapporto con l'amministrazione su tutto il territorio nazionale.

L'idea di fondo della legislazione della fine degli anni '70 dello scorso secolo è quella di assicurare l'*uguagliamento* della posizione degli utenti del servizio sanitario pubblico, ben al di là di quanto imposto dalla disciplina costituzionale.

Il servizio sanitario nazionale deve, infatti, presiedere al «mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione

⁶ L. VON STEIN, *Il principio e il movimento della libertà*, in ID., *Opere scelte. I. Storia e società*, antologia a cura di E. BASCONE REMIDDI, Milano, 1986, 159.

⁷ L. 685 del 1967, di approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970 che prefigura l'esigenza di realizzare un servizio sanitario nazionale. Dal 1968 al 1978 si darà attuazione a questi obiettivi con la l. n. 132 del 1968 (pubblicizzazione degli ospedali, c.d. l. Mariotti); il d.p.r. 4 del 1972 (prima regionalizzazione – trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in tema di assistenza sanitaria e ospedaliera); il d.p.r. 264 del 1974 conv. in l. 386 del 1974; l. 349 del 1977 (soppressione enti mutualistici e trasferimento alle regioni dei compiti di assistenza ospedaliera e di assistenza sanitaria non ospedaliera), su cui cfr. N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Tomo primo*, Milano, 2000, 377 ss.

⁸ Titolo II l. n. 833 del 1978.

⁹ Art. 51 l. n. 833 del 1978.

senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio»¹⁰.

Fra gli aspetti innovativi della disciplina recata dalla l. n. 833 del 1978, va segnalata proprio la pluridimensionalità delle finalità perseguite dalla Repubblica in materia di tutela della salute.

Si va ben oltre una visione *riparatoria* dei danni alla salute tipica del vecchio sistema mutualistico, legata alla *posizione* della persona all'interno del *sistema economico*: la l. n. 833 del 1978 mira a «modificare gli ambienti e le condizioni di vita e di lavoro per fare della difesa dell'attività fisica e psichica della popolazione un obiettivo irrinunciabile della riforma sanitaria, combattendo anche il degenerare in una mentalità consumistica dello sviluppo della mutualità intesa come intervento essenzialmente curativo»¹¹.

Nel 1978, dunque, s'immaginava un servizio sanitario *soggettivamente* pubblico¹², finanziato prevalentemente a carico della fiscalità generale¹³, costruito per erogare «livelli» di prestazioni da garantire «comunque» a «tutti i cittadini»; per assicurare «condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale»¹⁴.

Da qui, la dottrina ha inferito l'obiettivo, per il SSN, di assicurare livelli di prestazioni *uniformi* per qualità e quantità sull'intero territorio nazionale¹⁵. Le attività del servizio avrebbero dovuto essere integralmente pianificate su base legislativa (a livello statale e regionale) mediante l'approvazione dei piani sanitari (nazionali e regionali)¹⁶, al punto da far ritenere che, quanto al contenuto delle prestazioni sanitarie, «la determinazione dei contenuti di queste era affidato alla programmazione sanitaria, dalla quale sarebbe dovuta emergere la precisa delimitazione del diritto dell'utente»¹⁷.

¹⁰ Art. 1 l. n. 833 del 1978 ancor'oggi vigente.

¹¹ Così C. BOTTARI, F.A. ROVERSI MONACO, *Art. 2*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, coord. da F.A. ROVERSI MONACO, Milano, 1979, 17.

¹² Sulla definizione di servizio pubblico si rinvia a M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit., 69 ss. e 93.

¹³ Cfr. art. 51 l. n. 833 del 1978.

¹⁴ Artt. 3 e 4 l. n. 833 del 1978.

¹⁵ Sul punto L. VANDELLI, *Art. 4*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit., 30.

¹⁶ Cfr. artt. 53-56 l. n. 833 del 1978. Il fulcro del sistema veniva quindi spostato dal livello comunale ai livelli di governo superiori, statale e regionale, mentre la gestione amministrativa dei servizi veniva attribuita alle Unità sanitarie locali, marginalizzando, anche sotto questo profilo, il ruolo dei Comuni.

¹⁷ E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., 31.

È il trionfo del modello di Stato sociale che organizza e pianifica per via legislativa; che gestisce direttamente, mediante i propri apparati amministrativi, quei servizi (pubblici) strumentali alla realizzazione di specifiche finalità costituzionali, erogando prestazioni in natura, *benefits in kind*, direbbero i giuristi anglosassoni *dopo Beveridge*.

Questo emerge chiaramente dalla trama del testo della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale. Ad esempio, con la legge del 1978 si abbandona il ricorso al termine *assistenza* sanitaria per sostituirlo con quello di *prestazione* sanitaria, quasi a voler riprendere quegli itinerari di interpretazione della normativa previdenziale che tentavano di configurare in modo unitario tutte le attività della pubblica amministrazione volte alla *erogazione di servizi*¹⁸.

La legge del 1978 individua le attività rilevanti per la tutela della salute, le qualifica; individua i principi generali che presiedono allo svolgimento di tutte le attività sanitarie e ne individua altri, più specifici, per singole tipologie; tratteggia il regime giuridico del rapporto nel quale si inscrivono queste attività: le posizioni attive e passive relative allo svolgimento dell'azione amministrativa; immagina forme di regolamentazione e di vigilanza sull'avvio e l'esercizio di attività sanitarie da parte di privati, affidando alla legge regionale la disciplina di tale materia¹⁹.

I principi generali posti dalla legge 833 relativi ai rapporti fra pubblici poteri e privati nei confronti dei quali si svolgono le attività del servizio sanitario nazionale sono la libertà di scelta, con specifico riferimento alle prestazioni curative medico-generiche; il diritto di accesso, in particolare ai servizi di assistenza; la globalità dei destinatari delle prestazioni e la generalizzazione dell'articolazione e dell'identificazione delle prestazioni (entrambe declinazioni del principio di uguaglianza); la dignità e la libertà della persona umana²⁰.

La legge n. 833 del 1978 mirava a *semplificare* il sistema delle mutue, da un lato, spostando il baricentro dalla malattia alla salute; elidendo così il rapporto fra rischio sopportato dai costi per le prestazioni ga-

¹⁸ Così E. FERRARI, *Art. 19*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, cit. 227, nota 8, riferendosi alle teorie di S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906, 331-344; R. ALESSI, *Le prestazioni pubbliche*, Roma, 1964, 44-73; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966.

¹⁹ Art. 43 l. n. 833 del 1978.

²⁰ E. FERRARI, *Art. 19*, cit., 228.

rantite sotteso ai precedenti regimi assicurativi, in favore di un'idea di protezione uguale e generalizzata: «le prestazioni sanitarie costituiscono l'oggetto di un'autonoma obbligazione pubblica che si fonda direttamente sulla legge di piano e che ha lo scopo di mantenere ed elevare lo stato di salute del cittadino»²¹.

Sono noti gli effetti che ha avuto questa modalità di interpretazione per via legislativa dell'inciso del primo comma dell'art. 32 Cost. Il diritto fondamentale della persona alla salute è stato configurato come un diritto *conformato* dal legislatore, *condizionato* da vincoli di provvista finanziaria, da limiti tecnico scientifici individuati e disciplinati con l'intermediazione del legislatore e con l'attività di *amministrazione* diretta o indiretta dei servizi sanitari²².

Con l'entrata in vigore della l. n. 833 del 1978 si è radicata l'idea della imprescindibilità del *medium* normativo per definire «il contenuto del diritto sociale alla salute»²³.

Questa legge ha determinato una organizzazione dei poteri di governo della sanità a tre livelli: quello statale di pianificazione e programmazione generale per via normativa (che comprendeva anche poteri d'indirizzo e coordinamento e di controllo delle scelte finanziarie e tecnico-scientifiche in materia di offerta dei servizi sanitari); quello regionale, di programmazione sul piano gestionale, che si è poi «ridotto al livello di regolamenti d'attuazione emanati in forma di legge»²⁴ e quello delle USL, i soggetti maggiormente interessati all'aspetto dell'erogazione delle prestazioni.

La costruzione del servizio sanitario nazionale ha avuto un impatto notevole nell'evoluzione dei rapporti fra i vari livelli di governo. Esso ha rappresentato un'anticipazione delle riforme Bassanini della fine degli anni novanta²⁵, come, peraltro, le successive riforme del servizio sani-

²¹ E. FERRARI, *Art. 19*, cit., 245.

²² A. MANGIA, *'Attuazione' legislativa ed 'applicazione' giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 751, spec. 770 ss.

²³ Così anche B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 59.

²⁴ G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 957, spec. 974.

²⁵ Così F. GHELARDUCCI, *Modelli di organizzazione pubblica del servizio sanitario e problemi di efficienza*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 147, spec. 164, il quale parla anche di costruzione di un modello di "regionalismo cooperativo a supremazia statale".

tario nazionale hanno anticipato la riforma costituzionale del titolo V, parte II della Costituzione 2001 e l'evoluzione del modello di politica "sociale" degli ultimi decenni.

La riforma sanitaria del 1978, ma anche quelle successive, del 1992-1999, hanno inciso in modo *limitativo* sulle competenze degli Enti che compongono la Repubblica, soprattutto rispetto alla possibilità di *differenziare* la posizione delle Autonomie speciali da quelle ordinarie.

Questo anche in ragione della giurisprudenza costituzionale, che ha prevalentemente «difeso» i tratti del quadro normativo tracciato dal legislatore statale. Infatti, nonostante le Regioni ordinarie avessero competenza concorrente in materia di «assistenza sanitaria e ospedaliera» e le Regioni ad autonomia differenziata – eccetto il Trentino Alto Adige in cui tale competenza spetta alle Province autonome – una competenza concorrente in un ambito materiale più ampio, quello dell'igiene e sanità pubblica²⁶, il modello prefigurato dalla l. n. 833 del 1978 è stato talmente innovativo e radicalmente determinante sul piano dell'attuazione dell'art. 32 Cost. (e dell'obiettivo dell'uguaglianza nell'esercizio del diritto fondamentale alla salute), da indurre la Corte costituzionale a leggere in senso evolutivo il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni (ordinarie e speciali), considerando l'«assistenza sanitaria ed ospedaliera» una materia non pienamente assimilabile agli altri settori di competenza regionale «sia per la particolare intensità dei limiti cui sono in tal campo sottoposte la legislazione e l'amministrazione delle Regioni, sia per le peculiari forme e modalità di finanziamento della relativa spesa pubblica, sia – soprattutto – per i tipici rapporti che l'ordinamento vigente stabilisce fra le varie specie di enti ed organismi cooperanti ed interagenti nella materia medesima»²⁷.

D'altro canto, sono stati proprio alcuni dei tratti *peculiari* dei rapporti fra enti tracciati dalla l. n. 833 del 1978 ad innescare la lenta ma progressiva crisi del modello italiano di tutela della salute. Si tratta di quelle che potrebbero essere chiamate *disfunzioni* nel governo della sanità²⁸.

²⁶ Art. 17 c. 1° lett. b) St. Sic.; art. 4 c. 1° let. i) St. Sa.; art. 3 c. 1° lett. l) St. V.d.A.; art. 5 c. 1° n. 16) St. F.V.G.; art. 9 n. 10) St. T.A.A.

²⁷ C. cost. n. 245 del 1984, in *Le Regioni*, 1985, 117 con note di M. BERTOLISSI, *Ancora una riflessione sull'autonomia finanziaria regionale*, ivi, 119; M. MARPILLERO, *Nuove prospettive per i controlli sostitutivi nei rapporti fra Regioni, USL, enti locali?*, ivi, 129; G. VOLPE, *L'intreccio delle competenze nel servizio sanitario e l'eguaglianza dei cittadini*, ivi, 157.

²⁸ G. MOR, *Il riordino della sanità*, cit.

In particolare, sono stati il fallimento della pianificazione degli interventi per via legislativa, che rappresentava una importante forma di valorizzazione del principio di responsabilità politica nelle scelte sulla salute; l'assenza di meccanismi adeguati di controllo della spesa sanitaria e quindi l'ineffettività del principio di responsabilità in materia di scelte sull'erogazione delle prestazioni sanitarie²⁹; l'inefficienza del modello originario di organizzazione delle strutture del servizio più *vicino* all'utente (la natura ibrida delle USL ed i processi di lottizzazione in campo di gestione dei servizi sanitari)³⁰ ad indurre a riflettere sulla sostenibilità del servizio sanitario nazionale.

La Corte costituzionale, a tal proposito, già nel 1984, manifestava la «esigenza che il Parlamento riconsideri organicamente l'ordinamento del servizio sanitario nazionale»³¹.

Diversi sono stati i tentativi di *correzione* del modello.

Le riforme del servizio sanitario nazionale hanno avuto un impatto notevole sulla *costruzione* del rapporto fra pubblico e privato nel settore dei servizi sanitari e hanno costantemente inseguito l'obiettivo del controllo della spesa sanitaria.

Quest'ultimo genere d'interventi, peraltro, è una costante dell'esperienza del servizio sanitario nazionale.

A proposito dei primi interventi in materia contenuti nelle leggi finanziarie degli anni '80 la Corte costituzionale avvertiva, comunque, sulla loro inutilità in assenza di una integrale riforma *integrale* dell'organizzazione del servizio: «Occorre, del pari, che si faccia chiarezza nell'attuale intreccio delle competenze, spettanti ai vari tipi di apparati correspon-

²⁹ Cfr. C. cost. n. 245 del 1984, in cui la Corte afferma che la spesa sanitaria è rigida e può essere manovrata dagli «organi centrali di governo» e che si forma «indipendentemente dalle scelte regionali». È «l'esigenza di pari trattamento [...] che spiega per quali motivi le singole Regioni non possano – almeno di regola – incidere sulla spesa farmaceutica e sugli altri oneri derivanti dalle prescrizioni mediche, sui ricoveri ospedalieri, sullo stato giuridico ed economico del personale dipendente dalle U.S.L., sul regime del personale a rapporto convenzionale, sugli stessi acquisti dei beni e dei servizi indispensabili per il funzionamento delle unità sanitarie locali» e non possano quindi rispondere del disavanzo delle USL.

³⁰ Sulla natura giuridica delle USL molto è stato scritto. Si rinvia in particolare al volume di F. MERUSI (a cura di), *Unità sanitarie e istituzioni*, Bologna, 1982, specialmente al contributo di M. P. CHITI, *Natura giuridica delle Unità sanitarie locali: aspetti problematici*, ivi, 21 ss. ed al dibattito sulle USL come enti strumentali dei comuni o come aziende autonome locali

³¹ C. cost. n. 245 del 1984.

sabili in materia, evitando in particolar modo l'eccessiva moltiplicazione dei centri di autonomia, sia pure attuata nel formale rispetto della Costituzione. Ed è ben chiaro, d'altronde, che non servono allo scopo le leggi finanziarie, né gli altri provvedimenti di carattere urgente o comunque contingente: là dove sono in gioco funzioni e diritti costituzionalmente previsti e garantiti, è infatti indispensabile superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica, per assicurare la certezza del diritto ed il buon andamento delle pubbliche amministrazioni, mediante discipline coerenti e destinate a durare nel tempo»³².

Il dibattito che si svolse negli anni '80 e negli anni '90 sul ruolo dei pubblici poteri nella tutela del diritto fondamentale alla salute e sull'articolazione delle competenze degli enti che compongono la Repubblica costituisce uno dei nodi problematici dell'intera vicenda dell'attuazione *legislativa* della disciplina costituzionale³³.

1.1 *Il rapporto fra organizzazione e diritti: le riforme degli anni '90*

Il 1992 è stato l'anno in cui sono stati avviati importanti processi di mutamento dell'assetto del *welfare*³⁴ italiano e – non è un caso – anche del sistema politico. Il mutare dei soggetti politici e la conclamata crisi fiscale dello Stato hanno riaperto il problema dell'effettività al diritto alla salute.

Il legislatore è intervenuto sull'assetto del servizio sanitario nazionale lungo due direttrici: una relativa all'articolazione delle competenze; l'altra relativa ai rapporti fra pubblico e privato.

³² C. cost. n. 245 del 1984.

³³ Non a caso, fra gli interventi riformatori più incisivi in materia di politiche sociali, vanno annoverati quelli che hanno ridefinito l'articolazione delle competenze degli Enti territoriali; la struttura delle USL; le forme di finanziamento del servizio; il rapporto fra pubblico e privato in sanità. Mediante questi interventi avrebbe dovuto essere assicurata piena effettività al diritto fondamentale alla tutela della salute. Non a caso, quegli interventi vennero effettuati in una delle fasi più critiche per la stabilità economico-finanziaria del Paese.

³⁴ Sul concetto di *Welfare State*, G. A. RITTER, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, München, 1991, ed. it. a cura di L. GAETA, A. VISCONI, P. POMBENI, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 2007; P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER, *Il nucleo storico e il cambiamento dei confini del «welfare state»*, in P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, 1981, trad. it. di S. EMANUELLI, U. BRINDANI, M. FERRERA, S. LOMBARDO, S. MERCURI, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983, 25; P. FLORA, J. ALBER, *Sviluppo dei «welfare states» e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, ivi, 55.

Gli interventi riformatori lasceranno inalterati il carattere eteronomo del modello di tutela della salute e il mantenimento di forme di controllo *pubblicistico* sull'erogazione dei servizi sanitari da parte dei privati.

Il processo di riforma muove dall'art. 1 della l. n. 421 del 1992, il quale, fra le diverse deleghe legislative, reca una delega a «completare il riordinamento del Servizio sanitario nazionale». Allo Stato avrebbero dovuto far capo le competenze sulla definizione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'individuazione delle *risorse* finanziarie destinate al loro finanziamento. Alle Regioni le competenze di programmazione e di organizzazione dell'assistenza sanitaria e la possibilità di definire livelli ulteriori di assistenza, salva la *responsabilità* per il reperimento delle risorse finanziarie e i costi per la garanzia di questi ulteriori livelli di assistenza³⁵.

Con il d.lgs. n. 502 del 1992 si darà attuazione alla delega.

La riforma del 1992 conferma la marginalizzazione del Parlamento nel processo di approvazione del piano sanitario nazionale (PSN), eliminando il ricorso alla procedura legislativa e spostando in capo al Governo ed alla Conferenza permanente Stato-Regioni le attribuzioni per la definizione dei contenuti del PSN³⁶. Viene mantenuto il modello della pianificazione a cascata (livello statale e regionale) ed il controllo statale sui flussi finanziari, anche se *limitato* ai livelli essenziali ed uniformi di assistenza³⁷.

I principi e criteri direttivi delle riforme da apportare al modello di disciplina del servizio sanitario nazionale definito con il d.lgs. n. 502 del 1992 spingevano verso il perseguimento dell'equità distributiva con riferimento al *quantum* di servizi e prestazioni offerte nel rispetto dei criteri di efficacia, efficienza, razionalizzazione delle risorse³⁸, mediante anche il riordino del complesso delle prestazioni *aggiuntive* ai livelli essenziali ed uniformi (ossia quelle prestazioni che *avrebbero potuto* essere garantite dalle Regioni mediante l'allocazione di proprie risorse finanziarie)³⁹.

³⁵ Si immaginava anche un riordinamento delle USL sia sul piano organizzativo, della forma giuridica (azienda), delle modalità di definizione delle «linee di indirizzo» per la programmazione delle attività delle USL (poi ASL).

³⁶ L'art. 1 d.lgs. n. 502 del 1992 prevede l'intesa *debole* con la Conferenza e il previo parere obbligatorio delle Commissioni parlamentari permanenti competenti per materia. Già l'art. 1 l. n. 595 del 1985 aveva sostituito le previsioni relative all'approvazione per via legislativa del piano sanitario nazionale (PSN).

³⁷ Artt. 12 e 13 d.lgs. n. 502 del 1992.

³⁸ Art. 2 c. 1 lett. g) ed h) l. n. 419 del 1998.

³⁹ Art. 2 c. 1 lett. cc) l. n. 419 del 1998.

Si è detto che l'altro obiettivo perseguito dal legislatore delegante era la riforma dei meccanismi di raccordo fra servizi pubblici e privati (autorizzazione e accreditamento) e remunerazione dei soggetti privati accreditati⁴⁰.

Si è parlato a tal proposito di un «sistema aperto, in cui il numero dei soggetti gestori non era programmabile» in ragione della «facoltà di libera scelta del presidio o del professionista erogante da parte dell'assistito»⁴¹.

Fra il 1998 ed il 1999, a seguito del processo di conferimento, trasferimento, delega di funzioni operato dalla l. n. 59 del 1997 e dal d.lgs. n. 112 del 1998, con la legge delega n. 419 del 1998, si avvia un percorso di riforma del servizio sanitario volto a raggiungere una piena regionalizzazione ed aziendalizzazione⁴² ed a ridare nuovo significato alla programmazione sanitaria nazionale.

Quest'ultima avrebbe dovuto essere volta ad assicurare efficacia ai principi di *libertà di scelta* del paziente e di efficacia ed appropriatezza delle prestazioni considerate parte dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza⁴³.

Il d.lgs. n. 229 del 1999, interverrà sull'impianto complessivo del d.lgs. n. 502 del 1992 e sulla riforma del 1994 immaginando un modello dei rapporti fra pubblico e privato in sanità non più orientato al libero concorso, ma ad una *concorrenza programmata*.

In particolare, interessa soffermarsi sugli interventi riformatori di cui agli articoli 1 e 9 del d.lgs. n. 502 del 1992 e sull'introduzione di una nuova disciplina dei rapporti fra servizio sanitario nazionale e privati che intendono *operare* nel settore dei servizi sanitari⁴⁴.

La riforma dell'art. 1 interessa per la tecnica di individuazione delle prestazioni sanitarie da garantire su tutto il territorio nazionale⁴⁵.

⁴⁰ Art. 2 c. 1 lett. dd), gg), ff), ii), mm) l. n. 419 del 1998. Furono alcune modifiche dell'impianto del 1992 ad opera dell'art. 6 l. n. 724 del 1994, a determinare un modello di libero concorso fra soggetti pubblici e privati nell'erogazione dei servizi sanitari, remunerati sulla base di tariffe predeterminate a livello regionale.

⁴¹ N. AICARDI, *La sanità*, cit., 414, sull'art. 8 c. 5 d.lgs. n. 502 del 1992.

⁴² Art. 2 c. 1 lett. b) l. n. 419 del 1998.

⁴³ Art. 2 c. 1 lett. d) ed aa) l. n. 419 del 1998.

⁴⁴ Ad opera dell'art. 8 cc. 4 ss. d.lgs. n. 229 del 1999.

⁴⁵ Quanto alle modifiche apportate all'art. 1, queste sono consistite nell'introduzione di principi e criteri volti a caratterizzare le modalità di individuazione dei livelli essenziali ed uniformi delle prestazioni di assistenza sanitaria all'interno del PSN. Cfr. Art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992 come modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999.

L'intervento sull'articolo 9 riguarda, invece, le modalità di finanziamento del servizio.

La riforma dei rapporti fra pubblico e privato nei servizi sanitari ad opera dell'art. 8 d.lgs. n. 229 del 1999 trasforma, poi, radicalmente, l'assetto dei servizi; le modalità di garanzia dei livelli essenziali ed uniformi; i *costi* del servizio sanitario pubblico; le forme della libertà di scelta terapeutica⁴⁶.

In altri termini, con l'intervento di riforma del 1998-1999 si definisce in modo più chiaro cosa siano quei «livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini» (art. 3 l. n. 833 del 1978) e quali principi e criteri debbano seguire le «norme dirette ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale» (art. 4 l. n. 833 del 1978).

Il Governo definisce i livelli essenziali e uniformi di assistenza sanitaria recati dal Piano sanitario nazionale, seguendo i seguenti principi: a) dignità personale; b) bisogno di salute; c) equità nell'accesso all'assistenza; d) qualità delle cure; e) appropriatezza delle cure rispetto alle specifiche esigenze; f) economicità nell'impiego delle risorse⁴⁷. L'esigenza di *garantire* alcune prestazioni sanitarie va temperata con il «rispetto delle compatibilità finanziarie» (coordinamento del PSN con la programmazione finanziaria nazionale) e con la selezione di prestazioni da offrire sulla base di «evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate»⁴⁸. Questi due diversi ordini di interessi costituiscono dei veri e propri *limiti* alla libertà di scelta terapeutica. Nella giurisprudenza costituzionale saranno definiti come limite economico-finanziario e limite tecnico-scientifico.

Con la riforma del 1999, peraltro, si è anche provveduto ad una rivisitazione degli strumenti di interazione fra pubblico e privato nel “mercato” dei servizi sanitari, sia sul piano della natura giuridica dei soggetti incaricati, al livello di governo più vicino ai cittadini, di assicurare i livelli essenziali (le USL, trasformate in Aziende sanitarie locali); sia sul piano dei rapporti con i *privati* che intendono entrare nel mercato dei servizi

⁴⁶ Le modifiche apportate all'art. 3 d.lgs. n. 502 del 1992 incidono, invece, sulla natura giuridica delle USL. Queste, per effetto dell'introduzione del comma 1-bis nel corpo dell'art. 3 d.lgs. n. 502 del 1992 si trasformano in «aziende con personalità giuridica pubblica ed autonomia imprenditoriale» mentre la loro organizzazione e funzionamento «sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato».

⁴⁷ Art. 1 d.lgs. n. 502 del 1992 come modificato dall'art. 1 d.lgs. n. 229 del 1999.

⁴⁸ Condizioni previste dall'art. 1 cc. 3 e 7 d.lgs. n. 502 del 1992 come modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999.

sanitari o che intendono svolgere attività per conto del servizio pubblico o a carico del servizio pubblico⁴⁹.

In questa sede interessa evidenziare – a grandi linee – quali sono stati i meccanismi di *costruzione* delle regole del mercato dei servizi sanitari: la disciplina dell'autorizzazione, dell'accreditamento, degli accordi contrattuali⁵⁰.

Questa disciplina costituisce ancor oggi lo snodo attraverso il quale si regolamentano le attività sanitarie e l'assetto del servizio sanitario nazionale ed attraverso cui passa la *differenziazione* fra forme di organizzazione dei servizi a livello regionale⁵¹.

La dottrina ha rilevato che mediante queste forme di raccordo fra pubblico e privato nel settore dei servizi sanitari si dà corso a dei «processi di esternalizzazione a livello organizzativo e di azione»⁵² dell'attività amministrativa.

Il concorso fra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sanitari sarebbe «provvisto di garanzia costituzionale»⁵³, e questo in ragione di una lettura sistematica di diversi articoli della prima parte della Costituzione.

⁴⁹ Entrambi gli aspetti della riforma sono stati attentamente analizzati dagli studiosi di diritto amministrativo. Quanto alla natura giuridica dei soggetti incaricati della garanzia, sul territorio, dei livelli uniformi ed essenziali di assistenza, la costituzione in *aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale* e la organizzazione delle stesse con atti aziendali di diritto privato ha comportato la difficoltà di definire la figura dell'ente pubblico e dunque di individuare il regime giuridico cui sono sottoposte. Sul tema G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in Dir. amm.*, 2003, 801, spec. 818.

⁵⁰ La disciplina dell'autorizzazione risale a forme di controllo e di regolamentazione dell'esercizio di attività sanitarie già previste dalla l. n. 833 del 1978. Nel 1992-1994 si attribuisce ad un atto di indirizzo e coordinamento il compito di definire «i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi richiesti per l'esercizio» di tali attività e la «periodicità» dei controlli, riducendo quindi gli spazi normativi del legislatore regionale (art. 8 c. 4 d.lgs. n. 502 del 1992, poi modificato dall'art. 9 d.lgs. n. 517 del 1993; dall'art. 6 l. n. 724 del 1994; dall'art. 8 d.lgs. n. 229 del 1999) e viene accentuato il profilo della regolamentazione di tali attività affidando alle Regioni sia la determinazione di modalità e termini per la richiesta ed il rilascio dell'autorizzazione, sia degli ambiti territoriali in cui vi è carenza di soggetti che svolgano tali attività. Art. 8-*bis* c. 5 d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dall'art. 8 d.lgs. n. 229 del 1999.

⁵¹ Con il decreto legislativo n. 229 del 1999 si introducono nel corpo del d.lgs. n. 502 del 1992 gli articoli 8-*bis* (autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali); 8-*ter* (Autorizzazioni alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie); 8-*quater* (Accreditamento istituzionale); 8-*quinqies* (Accordi contrattuali); 8-*sexies* (Remunerazione); 8-*septies* (Controlli).

⁵² G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963, spec. 993.

⁵³ N. AICARDI, *La sanità*, cit., 415.

Secondo quest'opinione, da un lato, gli articoli 41 e 43 Cost. consentono di escludere che «per attività di impronta non esclusivamente economica, come l'assistenza sanitaria» si possa immaginare l'applicazione della disciplina sulle nazionalizzazioni; dall'altro vi è l'espresso riconoscimento della libertà dei privati nella prestazione di servizi di «significativa rilevanza sociale» come l'istruzione e l'assistenza (artt. 33 e 38 Cost.)⁵⁴.

Tuttavia, questa *forma di esternalizzazione* dei servizi sanitari, che nel 1992 era stata immaginata per amplificare la libertà di scelta e la libertà di costituzione ed esercizio di servizi erogati dai privati (prevedendo un'attività vincolata della pubblica amministrazione, tributaria di poteri di autorizzazione, vigilanza, accreditamento), con l'intervento legislativo del 1999 viene corretta con il «recupero di strumenti di programmazione del numero dei soggetti erogatori e della loro attività» e con la costruzione dell'accreditamento come atto discrezionale e non più vincolato⁵⁵.

Ciò riflette una scelta ben precisa: programmare i volumi di attività necessari a livello regionale per rispettare i dettami del piano sanitario nazionale sui livelli essenziali.

In altri termini, il modello dei rapporti fra pubblico e privato doveva essere costruito come forma di «concorrenza limitata» o «concorrenza programmata», proprio per assicurare la programmazione dei servizi sanitari⁵⁶.

L'apertura del mercato dei servizi sanitari ai privati è temperata anche da meccanismi di controllo dei costi delle prestazioni.

È il sistema delle tariffe, definite in base a criteri predeterminati dal legislatore statale e poi specificati a livello regionale, e della determinazione di volumi massimi di prestazioni erogabili a livello regionale (tetti di spesa), con remunerazione a tariffa dei soggetti con i quali le Regioni sottoscrivono degli accordi contrattuali per l'erogazione di servizi *per conto* del SSR⁵⁷.

⁵⁴ Entrambe le citazioni da N. AICARDI, *La sanità*, cit., 415.

⁵⁵ N. AICARDI, *La sanità*, cit., 415.

⁵⁶ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85, spec. 93. La tutela di questa limitata concorrenza, oggi, sarebbe assistita – dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001 – dalla garanzia costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale. Sul tema, *infra*, capitolo IV.

⁵⁷ Artt. 8-*quinquies* ed 8-*sexies* d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dall'art. 8 d.lgs. n. 229 del 1999. In caso di volumi di prestazioni eccedenti il tetto massimo le modalità

Il meccanismo di controllo della spesa centrato sulla fissazione delle tariffe ruota intorno al concetto di *costo standard di produzione* e di *quote standard di costi generali*, definiti a livello ministeriale in base ad un complicato meccanismo di valutazione *sul campo* dell'attività di alcune strutture accreditate, selezionate in base a criteri di «efficienza, appropriatezza e qualità dell'assistenza»⁵⁸.

La disciplina dei rapporti fra pubblico e privato e il modello di articolazione delle competenze fra enti, confermano l'impressione che il modello italiano di tutela della salute mantenga i tratti dell'eterodeterminazione integrale del contenuto del diritto alla salute, mediante l'esercizio della funzione normativa statale in materia di organizzazione del servizio sanitario e di finanziamento dello stesso.

2. *Criteri e forme delle decisioni politico-amministrative sulle prestazioni sanitarie*

Come si è detto, l'organizzazione del Servizio sanitario nazionale, è stata caratterizzata da una tendenza alla *regionalizzazione* nell'erogazione dei servizi e alla regolazione pubblicistica dei rapporti fra erogatori *pubblici e privati*.

Queste scelte normative sono accomunate dall'obiettivo di assicurare l'*uguale* esercizio del diritto alla salute⁵⁹.

Nel dare attuazione ai principi costituzionali in materia di tutela della salute, il legislatore statale ha mantenuto ferma l'idea di un servizio sanitario *pubblico*, universalista, finanziato prevalentemente a carico del-

di remunerazioni previste sono quelle individuate con legge regionale, in base all'art. 8-*quinquies* c. 2 lett. d) d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dal d.lgs. n. 229 del 1999.

⁵⁸ Art. 8-*sexies* cc. 5 e 6 d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dal d.lgs. n. 229 del 1999. Il legislatore interveniva anche sulla questione dell'*assistenza sanitaria indiretta*, ossia quelle «forme straordinarie» di assistenza richieste dagli *utenti* del SSN a soggetti non accreditati o convenzionati con il servizio sanitario regionale imponendo rimborsi in misura non superiore al 50% delle tariffe regionali. Questa disciplina, assieme a quella relativa all'assistenza sanitaria all'estero, costituirà nel tempo un importante *elemento* per verificare la tenuta e la coerenza di alcune ricostruzioni della natura del diritto costituzionale alla salute. *Infra*, capitolo IV. Cfr. Art. 25 c. 14 l. n. 833 del 1978 per la definizione di assistenza sanitaria indiretta. Art. 8-*septies* d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dal d.lgs. n. 229 del 1999 per il limite di rimborsabilità.

⁵⁹ Art. 1 l. n. 833 del 1978. Cfr. A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064, spec. 1077 ss.

la fiscalità generale, nel quadro del quale, tuttavia, gradualmente hanno trovato spazio i privati ed il cui governo è stato *condiviso* fra Stato e Regioni.

Sono state compiute scelte legislative incentrate sul metodo della *programmazione nazionale dell'azione amministrativa* per lo svolgimento delle *funzioni* spettanti al SSN e, a cascata, di quella regionale per i servizi sanitari regionali. La programmazione nazionale ha riguardato essenzialmente la tipologia dell'assistenza sanitaria da garantire su tutto il territorio nazionale e la quantità di *prestazioni* da erogare.

In questo modello, il problema dell'effettività in materia di tutela della salute, viene risolto all'interno delle forme e delle procedure per l'individuazione delle prestazioni sanitarie rese dal servizio sanitario nazionale.

Il legislatore, sin dall'istituzione del SSN, ha invocato il concetto di *livelli delle prestazioni da garantire* in modo eguale, su tutto il territorio nazionale⁶⁰, per attuare il principio di uguaglianza nell'esercizio del diritto alla salute nell'ambito del SSN. Nel 1992, il legislatore introduce il concetto di *livelli uniformi di assistenza* (LEA) e nel 1999 questi vengono qualificati come *livelli essenziali ed uniformi di assistenza*.

I LEA, secondo la dottrina, costituiscono il «contenuto necessario e sufficiente dell'obbligo di servizio pubblico posto dall'ordinamento a carico di ciascuna Regione nel proprio ambito territoriale, nei confronti dei destinatari del servizio»⁶¹.

La funzione dei LEA è già nella riforma del 1992 quella di rappresentare la forma normativa dell'uguaglianza.

La struttura dei LEA, il loro ambito materiale, la tipologia delle prestazioni che essi comprendono sono state definite con una certa precisione nella riforma sanitaria del 1998-1999 e non appaiono essere mutate. I LEA restano tipologie di assistenza, servizi, prestazioni sanitarie erogate nei campi di assistenza sanitaria collettiva in ambiente di vita e lavoro; distrettuale; ospedaliera.

Ciò che è profondamente mutato nel tempo sono, invece, la natura giuridica dei LEA, che sono oggi qualificabili come *una species* appartenente al *genus* dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 c 2°

⁶⁰ Artt. 3 e 53 l. n. 833 del 1978.

⁶¹ Art. 1 d. lgs. n. 502 del 1992, su cui così si è espresso N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, II ed., Milano, 2003, 657.

lett. *m*), Cost. e le procedure per l'individuazione dei LEA. La ragione per la quale questi due profili (statuto costituzionale dei LEA e procedure per la definizione degli stessi) sono associati sarà resa più chiara alla luce delle considerazioni che seguiranno.

Nell'impianto delle riforme del 1992 e del 1998-1999, i LEA dovevano essere definiti nel quadro della programmazione sanitaria nazionale.

Il legislatore del 1992 immaginava una forma di raccordo fra la programmazione sanitaria nazionale, la «programmazione socio-economica nazionale» e obiettivi di tutela della salute fissati a livello internazionale. Il primo comma dell'art. 1 d.lgs. n. 502 del 1992 introduceva il vincolo di coerenza fra LEA e finanziamento del SSN⁶². In particolare, poi, per i LEA era previsto che essi dovessero essere individuati «sulla base di dati epidemiologici e clinici» e «rapportati al volume delle risorse a disposizione»⁶³. Da tale formulazione emerge come il limite tecnico-scientifico e limite economico-finanziario fossero definiti in modo piuttosto ampio.

Quanto alla natura giuridica dei LEA, questi, essendo definiti ed inclusi nel PSN, non avevano contenuto *normativo*, poiché la natura del piano poteva essere ritenuta quella di un atto non normativo (atto amministrativo generale), che assumeva la forma del decreto del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 1 c. 1 lett. *ii*) l. n. 13 del 1991, il cui contenuto era determinato dal Governo, sentito il parere delle Commissioni parlamentari permanenti competenti per materia e d'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni⁶⁴.

L'intervento riformatore di cui al d.lgs. n. 229 del 1999, legava l'individuazione dei LEA alla «individuazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale» e alle «compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica» dal Documento di programmazione economico-finanziaria⁶⁵. La riforma del 1999 immaginava un maggiore coinvolgimento delle Regioni, cui spettava anche la facoltà di incidere nella fase di predisposizione del PSN inoltrando proposte al governo⁶⁶.

⁶² Art. 1 d.lgs. n. 502 del 1992.

⁶³ Art. 1 c. 4 lett. *b*) d. lgs. n. 502 del 1992.

⁶⁴ Art. 1 c. 1 d.lgs. n. 502 del 1992.

⁶⁵ Art. 1 c. 3 d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dal d.lgs. n. 229 del 1999.

⁶⁶ Art. 1 cc. 4 e 5 d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dall'art. 1 d.lgs. n. 229 del 1999. Si prevede anche il parere delle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative.

I LEA restavano comunque *privi di un chiaro statuto giuridico*, essendo sempre contenuti nel PSN, atto che, si è detto, è difficilmente qualificabile come normativo.

Il quadro normativo delineato in tema di LEA dal d.lgs. n. 229 del 1999 appare tuttavia di grande interesse per diverse ragioni, fra le quali appaiono di enorme rilievo l'introduzione di criteri direttivi che il governo avrebbe dovuto seguire nella loro individuazione⁶⁷ e la fissazione di parametri cui informare l'attività amministrativa di erogazione delle prestazioni rientranti nei LEA⁶⁸.

Tale disciplina mirava chiaramente ad integrare nelle valutazioni *politico-discrezionali* sulla individuazione dei LEA criteri di diversa origine e natura. Alcuni richiamano principi e valori costituzionali, quali la dignità della persona umana e l'equità nell'accesso all'assistenza; altri possono essere rappresentati come la traduzione dei principi costituzionali sull'azione amministrativa (appropriatezza ed economicità nell'impiego delle risorse); infine, altri hanno carattere tecnico-scientifico, quali i criteri della corrispondenza al bisogno di salute, alla qualità e all'appropriatezza rispetto alle esigenze di chi richiede o beneficia delle prestazioni sanitarie. Questi ultimi vengono mutuati dalle valutazioni compiute in campo medico sui costi ed i benefici per lo stato di salute del paziente.

Fra questi tre ordini di criteri, appaiono preponderanti, nella selezione delle prestazioni da includere nei LEA, proprio queste ultime due categorie, ossia i criteri legati all'efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa e quelli legati alla *idoneità*, sul piano tecnico-scientifico, delle prestazioni ad essere qualificate come strumenti *terapeutici*.

In altri termini, *cosa sia idoneo ad essere LEA* è determinato in modo preponderante sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche ed economico-finanziarie.

Parte della dottrina non condivide questa considerazione ritenendo che la regola della contestuale definizione dei livelli essenziali e delle risorse finanziarie disponibili e i criteri in base ai quali individuare le prestazioni qualificabili come livelli essenziali dovrebbero garantire che le scelte sui LEA non siano *condizionate* da queste valutazioni⁶⁹. Ma la regola della *contestuale individuazione* dei livelli e delle risorse economico-

⁶⁷ Art. 1 cc. 7 e 8 d.lgs. n. 502 del 1992.

⁶⁸ Art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992.

⁶⁹ C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, 21.

finanziarie era già implicita nel quadro normativo del 1992 e, nel lungo periodo, ha sicuramente operato sull'erogazione dei LEA, comportando la specificazione di diversi criteri cui informare l'azione amministrativa⁷⁰. Inoltre, alla fine del 2001, è stato rinsaldato il vincolo di coerenza fra erogazione dei LEA e risorse destinate al SSN⁷¹.

La l. n. 405 del 2001 ha poi dato nuova *veste giuridica* ai LEA. La legge di conversione del d.l. n. 347 del 2001 ha introdotto una disciplina che *scorpora* i LEA dalla programmazione sanitaria nazionale, attribuendo ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, la competenza a definirli, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni⁷².

Secondo alcuni Autori, questo intervento ha privato il Piano sanitario nazionale di uno dei suoi caratteri qualificanti⁷³, incidendo così sulla coerenza di un modello di politica sanitaria informato al principio della programmazione degli interventi e della spesa. Tuttavia, a questo intervento va ascritto il merito di avere avviato la ridefinizione dello statuto normativo dei LEA.

Diverse opinioni ritengono che non sia possibile attribuire carattere normativo ai LEA in quanto contenuti in un atto carente di tale qualità: un Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM)⁷⁴.

⁷⁰ Art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992, come modificato dall'art. 1 d.lgs. n. 229 del 1999.

⁷¹ È stato il decreto legge n. 347 del 2001 conv. con mod. dalla l. n. 405 del 2001, recante *Interventi urgenti in materia di spesa sanitaria*, ad inserire nel testo dell'art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992 il raccordo fra le risorse destinate ai LEA in sede di programmazione della spesa sanitaria e la possibilità che i LEA siano effettivamente erogati dal SSN. L'art. 1 c. 5 d.l. n. 347 del 2001 conv. con mod. in l. n. 405 del 2001 *interviene sul testo* dell'art. 1 c. 2 d.lgs. n. 502 del 1992 nei seguenti termini (le modifiche apportate sono indicate in *corsivo*): «Il servizio sanitario nazionale assicura, attraverso *le risorse finanziarie pubbliche individuate ai sensi del comma 3* [ossia le risorse individuate contestualmente alla definizione dei LEA, *n.d.r.*] [...] i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale».

⁷² Art. 6 d.l. n. 347 del 2001 conv. con mod. in l. n. 405 del 2001.

⁷³ Sul punto N. AICARDI, *La sanità*, II ed., cit., 657-658.

⁷⁴ A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, in *Le Regioni*, 2003, 1199 ss. rileva che la decisione della Corte muove dal presupposto che un *regolamento* ministeriale sul LEA deve essere adottato nel rispetto del principio di leale collaborazione. Ritene invece fossero privi di carattere normativo i LEA contenuti nel DPCM, C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 131 e 279. Sul tema si ritornerà nel capitolo IV, anticipando che, tuttavia, si aderisce alla tesi che i LEA individuati con DPCM in realtà avessero carattere

Ma a prescindere da ciò, ai fini della comprensione dell'attuale statuto normativo dei LEA, è sulla l. cost. n. 3 del 2001 che è necessario concentrarsi. Com'è noto, la riforma del titolo V, parte II della Costituzione, ha costituzionalizzato la nozione di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117 c. 2° lett. m) Cost.).

A circa un mese dall'entrata in vigore della riforma costituzionale del titolo V, parte II della Costituzione, si è proceduto alla individuazione dei LEA con DPCM⁷⁵.

I LEA, oltre a definire il quadro delle prestazioni sanitarie da garantire su tutto il territorio nazionale, qualificano alcuni aspetti della disciplina del servizio sanitario che sono limitrofi al concetto di prestazione. Nell'intervento governativo sui LEA del 2002 (DPCM del 16 aprile del 2002), il concetto di livello essenziale viene, infatti, esteso anche ad alcuni *standards* organizzativi del servizio, quali i tempi di erogazione delle prestazioni⁷⁶, aprendo un dibattito in dottrina (ed un contenzioso costituzionale) sulla possibilità di applicare il concetto di livello essenziale anche ad alcuni tratti della disciplina dell'azione amministrativa, come i moduli procedurali, o ad aspetti organizzativi della pubblica amministrazione⁷⁷.

normativo, poiché il DPCM, pur essendo un atto formalmente amministrativo, in realtà ha forza normativa. Cfr. sul tema, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1993, 25; sulla natura normativa e la differente "forma" del potere regolamentare dell'Esecutivo e dei ministri, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 797-801. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali*, cit., 119 ss., si riferisce a TAR Lazio, sez. III, 26.5.2003 n. 4690; Cons. St., sez. IV, 15.6.2004, n. 3983; Cons. St., sez. V, 4.2.2004, n. 398 per argomentare sul carattere non normativo dei LEA di cui al citato DPCM. In tali decisioni si afferma il carattere *paranormativo* del decreto e, coerentemente, si ritiene tale atto sottratto all'applicazione della disciplina sui caratteri del *provvedimento amministrativo* di cui alla l. n. 241 del 1990 (specialmente l'obbligo di motivazione e l'applicazione della disciplina sulla partecipazione al procedimento). Ciò non comporta dunque l'esclusione della *vincolatività* dei LEA per l'adozione di provvedimenti amministrativi o per l'azione amministrativa in generale, ma la *insindacabilità*, secondo i giudici amministrativi, di tale atto. Inoltre, la posizione della giurisprudenza non è monoliticamente orientata nella qualificazione di tali atti come *provvedimenti amministrativi o atti amministrativi generali*. Ciò è testimoniato da alcune decisioni della Corte di Cassazione sulla *disapplicazione* del DPCM sui LEA, secondo forme e moduli analoghi a quelli riservati per la disapplicazione dei regolamenti.

⁷⁵ DPCM 29 novembre 2001. Il DPCM 16 aprile 2002 completerà poi il quadro di *prima* attuazione della riforma costituzionale e degli effetti sui lea.

⁷⁶ Questa *vis expansiva* dei LEA è stata messa bene in evidenza da C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e livelli essenziali*, cit., 295.

⁷⁷ Sul tema dei cosiddetti livelli essenziali procedurali il dibattito è stato amplissimo specialmente in relazione alle riforme del 2005-2011 che hanno avuto ad oggetto la

Successivamente, con l'art. 54 l. n. 289 del 2002, si è proceduto alla legificazione dei LEA, dando "copertura" legislativa, con delle disposizioni introdotte nelle leggi finanziarie immediatamente successive all'entrata in vigore della riforma costituzionale, alle scelte già effettuate dal governo con il DPCM del 2001.

Negli anni seguenti sono poi state apportate diverse modifiche ai LEA⁷⁸.

Lungo tutto il primo decennio che è seguito all'attuazione della riforma costituzionale, dottrina e giurisprudenza costituzionale (ed amministrativa) si sono poi confrontate con il concetto di livello essenziale delle prestazioni, cercando di individuare quale rapporto debba essere costruito fra LEP, LEA e statuto dei diritti costituzionalmente garantiti. Come si mostrerà anche nel capitolo IV, questa problematica in realtà era già emersa, sotto altre forme, da diverso tempo. In particolare, negli anni '90 dello scorso secolo la giurisprudenza costituzionale aveva

l. n. 241 del 1990. In particolare sui "lep procedimentali": P. CLARIZIA, *Le discipline regionali dell'azione amministrativa. Lo stato dell'arte della legislazione regionale in materia di procedimento amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, 10.7.2007 (rivista telematica www.giustamm.it, per comodità, d'ora in poi, si citerà soltanto il nome abbreviato della rivista [giustamm.it](http://www.giustamm.it)); A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di Gordio"*, in *Federalismi.it*, n.16/2005 (rivista telematica www.federalismi.it, per comodità, d'ora in poi, si citerà soltanto il nome abbreviato della rivista [Federalismi.it](http://www.federalismi.it)); M. CORRADINO, *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 18/2006; G. CORSO, G. FARES, *Il nuovo procedimento amministrativo dopo la l. 11 febbraio 2005, n. 15: i punti salienti della riforma*, in *Studium iuris*, 2005, 675; P. Santinello, *Disciplina generale del procedimento amministrativo e potestà legislativa regionale (qualche riflessione a proposito dell'art. 29 della l. 241/1990)*, in [giustamm.it](http://www.giustamm.it), 24.11.2006; A. MASSERA (a cura di), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in *Astrid*, 3/2005, reperibile alla pagina web www.astrid-online.it; A. ROMANO TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto – M.A. Sandulli*, in *Federalismi.it*, 5/2006. Corte cost. n. 398 del 2006 sul diritto d'accesso, il che è stato agevolato dalla dizione dell'art. 22 l. n. 241 del 1990 che qualificava il diritto d'accesso come livello essenziale; Corte cost. n. 399 del 2006; Corte cost. n. 80 del 2007 LEP organizzativi e C. cost. del 2006 sul d.p.c.m. del 2002; Cons. St. IV n. 7085 del 2005.

⁷⁸ Ad es. DPCM 28 novembre 2003, *Modifica del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001, recante «Definizione dei livelli essenziali di assistenza», in materia di certificazioni*, in G.U.R.I. S.g. n. 286 del 10 dicembre 2003; DPCM 5 marzo 2007, *Modifica del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 novembre 2001, recante: «Definizione dei livelli essenziali di assistenza»*, in G.U.R.I. S.g. n. 104 del 7 maggio 2007. Da ultimo, l'art. 5 d.l. n. 158 del 2012 dispone l'aggiornamento dei LEA entro il 31 dicembre 2012.

già cercato di sciogliere il nodo dei rapporti fra costituzione, fonti sub-costituzionali e atti d'indirizzo politico-amministrativo che incidevano sull'uguale esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti. La Corte aveva tentato di isolare un nucleo intangibile dei diritti costituzionali dalle forme legislative di garanzia degli stessi. Analogo tentativo, si vedrà, è stato poi effettuato all'indomani della costituzionalizzazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

La sostanziale differenza fra l'esperienza degli anni '90 e quella degli anni 2000 è che si sta giungendo a definire un chiaro statuto normativo dei LEA e lo statuto dei LEA è uno degli aspetti più importanti per assicurare il controllo delle scelte *politiche* sull'uguale esercizio del diritto alla salute.

Infatti, tramite la ricostruzione dello statuto costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni è possibile verificare se vi siano moduli procedurali costituzionalmente obbligati da seguire e se si possa ricostruire il rapporto fra legislazione di attuazione della Costituzione e garanzie della rigidità e della normatività della Costituzione, senza dover far leva soltanto sul piano dell'interpretazione delle norme costituzionali di cui alla prima parte della Costituzione.

La riforma costituzionale del 2001, in altri termini, ridefinendo il ruolo delle fonti sub-costituzionali ed introducendo la competenza normativa sui livelli essenziali delle prestazioni, potrebbe aver risolto alcune problematiche lasciate aperte dall'interpretazione della prima parte della Costituzione, ridefinendo il quadro dei rapporti fra le fonti in materia di diritti costituzionalmente garantiti.

Ciò che rappresenta, invece, ancora l'*aspetto più critico del modello italiano di tutela della salute*, sono forme e procedure volte a definire i *criteri ed il livello di finanziamento* del servizio sanitario nazionale.

3. *Criteri e forme delle decisioni politico-amministrative sulla spesa sanitaria*

Le scelte sul finanziamento delle politiche sanitarie, in un modello pubblicistico ed eteronomo di tutela della salute, costituiscono uno dei pilastri sui quali poggia l'effettività del diritto alla salute⁷⁹.

⁷⁹ L'altro, si è già visto, è relativo all'organizzazione del servizio ed alla programmazione delle prestazioni erogabili (in particolare, alla programmazione dei LEA).

Si può ritenere che anche la disciplina del finanziamento del servizio sanitario nazionale, concorra a definire i tratti dell'attuazione della Costituzione. La sua evoluzione mostra un graduale orientamento verso la sostenibilità della spesa sanitaria. In altri termini, il vincolo economico-finanziario ha assunto la natura di limite alla discrezionalità politica nell'organizzazione e nella programmazione degli interventi e delle prestazioni erogabili nell'ambito del servizio sanitario.

È il caso di anticipare che sembra ormai consolidata una linea di tendenza che attrae nel quadro dei rapporti fra Stato e Regioni la predeterminazione delle scelte sul finanziamento del servizio sanitario nazionale.

Le forme *normative* che assumono le decisioni *politiche* sul finanziamento del servizio sanitario, nei periodi più recenti, sono, con netta preponderanza, quelle del decreto legge e delle – successive – leggi finanziarie e di stabilità (molte delle quali approvate con *maxi-emendamenti* sui quali il Governo aveva posto la fiducia, in seguito all'anticipazione con decreto legge di tratti importanti della manovra di finanza pubblica)⁸⁰.

In altri termini, e questa è una costante dell'ultimo ventennio, tutti gli atti normativi in materia di finanziamento del servizio sanitario nazionale successivi all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht mirano al progressivo irrigidimento del vincolo di stabilità economico-finanziaria.

La legislazione successiva alla riforma costituzionale del titolo V, parte II della Costituzione, poi, racchiude e trasforma in norme primarie delle scelte politiche *ratificate* o *concordate* in sede di Conferenza Stato-Regioni (i cosiddetti *Patti per la salute*)⁸¹.

⁸⁰ Sul tema, senza pretese di completezza, A. PIZZORUSSO, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant'anni dal saggio di Enzo Cheli*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Scritti in onore di Enzo Cheli. Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Bologna, 2010, 105 ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 41 ss.; A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: lo sviluppo di un decennio*, Torino, 2007, 122 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Torino, 2008, 116 ss.; L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, I, 423 ss. In generale A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.

⁸¹ Cfr. sulla questione della "legislazione negoziata" L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 2003, 691 ss.

Dall'analisi dell'evoluzione della disciplina sul finanziamento ed i costi del servizio sanitario nazionale emerge, quindi, un quadro di progressiva marginalizzazione del Parlamento nelle scelte sul finanziamento delle politiche sanitarie ed il contemporaneo rafforzamento dell'Esecutivo, che fa leva soprattutto sulla capacità di *governare* i processi politici in sede di Conferenza Stato-Regioni e nelle sedi sovranazionali.

Inoltre, dall'analisi della disciplina in questione emerge il progressivo allontanamento dalle forme della programmazione della spesa pubblica conosciute nella fase della costruzione del modello di servizio sanitario nazionale.

Si è già detto, infatti, che la l. n. 833 del 1978 aveva istituito un nesso fra pianificazione degli interventi in materia di tutela della salute e copertura delle spese, istituendo un fondo a carico del bilancio dello Stato la cui entità era stabilita dalla legge contenente il piano sanitario nazionale. Le risorse del fondo andavano poi distribuite alle Regioni in base ad una delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica⁸².

Il Fondo sanitario nazionale avrebbe poi costituito la base di finanziamento dei livelli essenziali di assistenza. A questo proposito, già nel biennio 1992-1994 emerge chiaramente la divaricazione fra le procedure e le forme di individuazione dei LEA e quelle relative al finanziamento delle stesse: è all'interno della legge finanziaria annuale che si procede alla determinazione della consistenza del fondo⁸³.

Ebbe, poi, inizio un processo che ha comportato *la compartecipazione alla spesa da parte dei destinatari dei servizi*, mediante *ticket* per l'erogazione di determinate prestazioni⁸⁴. Il legislatore ha poi tentato di *allocare* sul livello regionale le responsabilità per il disavanzo di gestione

⁸² Artt. 51 e 53 l. n. 833 del 1978.

⁸³ Art. 12 d.lgs. n. 502 del 1992. Per quanto riguarda i criteri di ripartizione, il legislatore immaginò di destinare una quota al finanziamento di alcune attività di livello ed interesse statale (ricerca e progetti specifici) e attribuì al CIPE, su proposta del Ministro della sanità e sentita la Conferenza permanente Stato-Regioni, l'allocazione delle risorse a livello regionale, in base a tre criteri: 1) la consistenza della popolazione residente nelle singole regioni; 2) la mobilità sanitaria interregionale; 3) la condizione delle strutture e degli impianti tecnologici. Sulle misure di contenimento della spesa sanitaria successivamente alla riforma del 1992, A. DE LORENZO, *Stato e mercato nella gestione dei servizi sociali*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 109, spec. 136 ss.

⁸⁴ Dal d.lgs. n. 124 del 1998 si riordinano tali meccanismi, nel 2000 si tenta di avviare un nuovo percorso (art. 84 l. n. 388 del 2000) che non appare praticabile.

del servizio e di assicurare forme di compartecipazione a livello regionale per il raggiungimento del fabbisogno finanziario del Fondo sanitario nazionale.

Il primo ordine di misure venne giustificato sulla base dell'esigenza di assicurare che i beneficiari dei servizi sanitari avessero «consapevolezza del costo delle prestazioni stesse»⁸⁵.

Si trattava del tentativo di calmierare i costi di compartecipazione, volti ad assicurare la *sostenibilità* finanziaria del servizio sanitario, e disciplinare le esenzioni sulla base della condizione economica familiare ed il tipo di patologie da curare, per assicurare il rispetto dell'obbligo costituzionale di garantire cure gratuite agli indigenti⁸⁶.

Quanto alle misure di responsabilizzazione delle Regioni nel reperimento delle risorse finanziarie e nell'allocazione delle stesse, sono due le direttrici seguite dal legislatore. La prima – intrapresa a partire dal d.lgs. n. 446 del 1997 – è quella del *federalismo fiscale*⁸⁷. Questo ha preso le mosse dai meccanismi di rientro dai *deficit* di gestione definiti nella disciplina del patto di stabilità interno fra Stato e Regioni⁸⁸, patto di stabilità necessario per assicurare il rispetto dei parametri europei di stabilità finanziaria.

Su questo modello il legislatore costruirà poi gli strumenti di controllo del *deficit* di spesa nel settore sanitario.

La l. n. 448 del 1998 ha poi individuato gli strumenti per l'accertamento “definitivo” dei disavanzi del servizio sanitario nazionale. Le «metodologie» per procedere all'accertamento del *deficit* avrebbero dovuto

⁸⁵ Art. 1 d.lgs. n. 124 del 1998.

⁸⁶ Alcune prestazioni assoggettate a compartecipazione da parte dei privati sono individuate dal legislatore regionale; una parte dei costi delle prestazioni è predefinita nel massimo dalla legge. Cfr. Artt. 2 e 3 d. lgs. n. 124 del 1998.

⁸⁷ Sviluppato poi in modo più organico in attuazione della delega di cui all'art. 10 l. n. 133 del 1999, con il d.lgs. n. 56 del 2000. Saranno dapprima l'IRAP e l'addizionale regionale IRPEF ad assicurare parziale copertura alle spese sanitarie regionali; poi, a seguito della soppressione dei trasferimenti erariali, centrale diventa la compartecipazione regionale all'IVA e l'aumento della addizionale regionale all'IRPEF. Poi interverrà la riforma costituzionale del 2001 che, in materia di rapporti finanziari fra Stato ed Enti che compongono la Repubblica ha vissuto una lunga fase di attuazione. La definizione di alcuni aspetti caratterizzanti del soltanto fra il 2009 ed il 2011, con l'entrata in vigore della legge delega n. 42 del 1999 e del d.lgs. n. 68 del 2011 che darà attuazione a quelle parti della delega in materia di autonomia di entrata regionale e di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario.

⁸⁸ Art. 28 commi 9 e seguenti l. n. 448 del 1998.

essere applicate dalle Regioni per l'accertamento del disavanzo dei servizi sanitari regionali e «concertate» in Conferenza Stato-Regioni, la quale doveva procedere anche a definire quali quote di disavanzo siano dovute a provvedimenti statali e quali a provvedimenti regionali.

Successivamente, nell'anno 1999, avrebbe dovuto essere completato un percorso volto ad individuare gli «interventi» per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dei servizi sanitari regionali. Questo percorso muoveva dall'accertamento del disavanzo a livello regionale e da verifiche relative ai livelli di assistenza assicurati.

Dalla verifica combinata del disavanzo e dei livelli di assistenza avrebbe dovuto essere effettuata una valutazione dei «risultati economico-gestionali» dei servizi sanitari regionali e si sarebbero dovute individuare le «cause» dei disavanzi e delle connesse responsabilità dello Stato o della Regione.

La procedura di valutazione dei livelli di assistenza e della gestione dei servizi, anche sul piano economico, sarebbe stata svolta in seno alla Conferenza Stato-Regioni, attivata su proposta del Ministro della sanità (che si sarebbe avvalso dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali)⁸⁹ e sarebbe stata condotta sulla base di indicatori elaborati a livello statale⁹⁰. Nell'ambito della procedura di valutazione avrebbero dovuto essere individuati i punti critici dei singoli servizi sanitari regionali e «le linee generali» da adottare per il rientro dalle criticità nella

⁸⁹ L'Agenzia (Agenas) è stata istituita nel 1993 (art. 5 d.lgs. n. 266 del 1993, chiamata Agenzia per i servizi sanitari regionali). Il legislatore, poi, nel 1997 ha definito i rapporti fra l'Agenzia e la Conferenza Stato-Regioni (artt. 2 c. 9 e 9 c. 2 d.lgs. n. 281 del 1997). Nel 1998 ne è stato definito il riordino (d.lgs. n. 115 del 1998), costruendola come organo volto a monitorare l'attuazione della riforma sanitaria e l'accreditamento dei privati (ed i protocolli SSN-Università). Così anche il d.lgs. n. 229 del 1999. L'assetto della Agenzia poi è stato ridefinito dal d.l. n. 17 del 2001 (art. 2) conv. con mod. con l. n. 129 del 2001. Dal 2007 svolge anche compiti in materia di formazione continua in medicina (ECM, art. 2 cc. 357-360, l. n. 244 del 2007). Sul ruolo dell'Agenzia nel monitoraggio dei LEA cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e livelli essenziali*, cit., 323 ss. Nell'editoriale del periodico dell'Agenas, *Monitor*, si affermava che questa sta «assumendo, nei fatti oltre che nelle regole del sistema (e grazie al costante appoggio del Ministro competente, oltre che delle Regioni), un ruolo di Agenzia nazionale di valutazione: dei sistemi sanitari, delle strutture, degli esiti, della stessa formazione continua (dove opera come strumento essenziale della Commissione nazionale per la formazione continua)», R. BALDUZZI, *Il "sistema" ECM*, in *Monitor*, n. 28, 2011, 4, reperibile alla pagina web: http://www.agenas.it/agenas_pdf/monitor%2028.pdf.

⁹⁰ Dal Ministro della Sanità di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, sentita la Conferenza permanente Stato-Regioni.

gestione organizzativa ed economico-finanziaria⁹¹. Il Ministro avrebbe poi predisposto una relazione e sottoposto la stessa, previo parere della Conferenza Stato-Regioni, al Parlamento.

Individuate le criticità dei singoli servizi sanitari regionali, lo Stato avrebbe dovuto avviare, mediante i Ministri della sanità e del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, la procedura per la conclusione di accordi con le singole Regioni per individuare concretamente gli interventi di rientro dai *deficit* di gestione economico-finanziaria e le carenze sul piano dei risultati in merito al rispetto dei livelli essenziali di assistenza fissati dal piano sanitario nazionale.

In parallelo, veniva costruito un meccanismo di monitoraggio dei livelli essenziali di assistenza da parte del Ministero della Sanità con la collaborazione dell'Agencia per i servizi sanitari regionali.

È stato poi l'art. 16 d.lgs. n. 229 del 1999 a definire «tutti gli elementi qualificanti dell'attuale procedura»⁹², intervenendo sulla riforma sanitaria del 1992. Anche se a proposito di tale disciplina si è parlato di «sostanziale inattuazione»⁹³, l'art. 19-ter d.lgs. n. 502 del 1992 rappresenta il *modello* di intervento per il rientro dal *deficit*, modello che deve far leva non soltanto sul versante della razionalizzazione della *spesa*, ma anche su quello della *organizzazione* del servizio cui si è successivamente ispirato il legislatore.

La riforma del 1999 prevedeva la determinazione, a livello ministeriale (sentita l'Agenas), di «valori di riferimento» sull'uso dei servizi, i costi, la qualità dell'assistenza sanitaria regionale e la segnalazione alle Regioni degli «eventuali scostamenti osservati»⁹⁴.

Le Regioni, anche su supporto dell'Agenas, avrebbero proceduto alla «ricognizione delle cause di tali scostamenti» e alla definizione di «programmi operativi» triennali aventi ad oggetto l'organizzazione dei servizi sanitari regionali.

⁹¹ Fra le cause del deficit è stata segnalata l'assenza di un modello unico di bilancio delle aziende sanitarie ed ospedaliere. Cfr. sul tema e sugli interventi normativi in materia E. JORIO, *L'extra deficit sanitario: tra un sistema di controllo conflittuale e piani di rientro non propriamente adeguati*, in *Federalismi.it*, n. 19/2008. Spunti anche in R. BIN, *Verso il "federalismo fiscale" o ritorno al 1862?*, in *Le Regioni*, 2010, 721, spec. 725.

⁹² R. BALDUZZI, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza di sistema*, in *Monitor*, n. 28, 2011, 4, numero dedicato all'analisi dei piani di rientro, reperibile alla pagina web: http://www.agenas.it/agenas_pdf/monitor%2027.pdf.

⁹³ R. BALDUZZI, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza*, loc. ult. cit.

⁹⁴ Art. 19 ter c. 1, d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dal d.lgs. n. 229 del 1999.

Per ottenere «sostegno» (finanziario) al programma, mediante l'accesso ad una quota del Fondo sanitario nazionale riservata a tali fini, la Regione avrebbe "potuto" stipulare una convenzione con il Ministero il cui «schema tipo» era stato pre-determinato dal Ministero d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni.

Gli oggetti della convenzione erano articolati dal legislatore del 1999 su quattro livelli: 1) erogazione dei finanziamenti *condizionata* all'attuazione del programma operativo; 2) monitoraggio dell'attuazione del programma da parte dell'Agenas; 3) penalizzazioni finanziarie per il mancato rispetto del programma; 4) meccanismi di sostituzione governativa⁹⁵.

Altro passaggio importante del processo di evoluzione della disciplina sul finanziamento del servizio sanitario nazionale è costituito dalla legge finanziaria per il 2001 (l. n. 388 del 2000). Questa mostra ancora una volta l'inadeguatezza degli interventi del legislatore statale per la soluzione del problema del *deficit* di bilancio dei servizi sanitari regionali.

La finanziaria per il 2001 imponeva alle Regioni di coprire i disavanzi di gestione mediante l'imposizione fiscale, in una misura determinata nel quadro di criteri sui quali il Ministro della sanità ed il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica avessero raggiunto un'intesa in Conferenza Stato Regioni. Nel caso di inerzia da parte delle Regioni in *deficit* si definiva un meccanismo di sostituzione⁹⁶. La finanziaria per il 2001 introduceva dei meccanismi di monitoraggio della spesa sanitaria su diversi livelli e con diverse finalità: il monitoraggio (in via sperimentale) della spesa dei medici di medicina generale dei distretti regionali ed il monitoraggio delle prescrizioni mediche, farmaceutiche, specialistiche ed ospedaliere⁹⁷.

Si rendeva tuttavia necessario un nuovo intervento sul tema del rientro dei disavanzi di spesa sanitaria già fine 2001 per raggiungere gli obiettivi di finanza pubblica per il triennio 2002-2004⁹⁸.

⁹⁵ Art. 19 *ter* c. 3, d.lgs. n. 502 del 1992 come mod. dal d.lgs. n. 229 del 1999.

⁹⁶ Art. 83 cc. 4, 5, 6, 7 l. n. 388 del 2000.

⁹⁷ Artt. 86, 86 l. n. 388 del 2000. L'art. 88 l. n. 388 del 2000 era volto a limitare i costi dei ricoveri nei reparti di lungodegenza.

⁹⁸ Artt. 1 e 4 d.l. n. 347 del 2001 conv. con mod. in l. n. 405 del 2001. Gli interventi operati con il d.l. n. 347 del 2001 recepivano le previsioni dell'Accordo dell'8 agosto 2001 raggiunto in Conferenza Stato-Regioni, definito "Patto di stabilità sanitario". Sul punto cfr. B. VITIELLO, *La sanità pubblica: specchio della realtà dei rapporti Stato-Regioni (con riferimenti alla finanziaria 2007)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 955, spec. 964-965.

Si trattava di un meccanismo correttivo delle previsioni della legge finanziaria per il 2001 che avrebbe consentito una «anticipazione» delle misure di copertura degli eventuali disavanzi di gestione, anticipazione di misure predeterminate appunto dal decreto legge n. 347 del 2001 che recava *interventi urgenti in materia di spesa sanitaria*.

Tali misure erano in realtà molto simili a quelle definite dalla disciplina allora vigente in materia di *federalismo fiscale* (l. n. 56 del 2000). Esse consistevano, infatti, nella compartecipazione alla spesa sanitaria dei soggetti responsabili dei disavanzi di gestione; nel ricorso alla leva tributaria regionale; in interventi di contenimento della spesa farmaceutica⁹⁹.

La struttura di quest'ultima disciplina viene più volte modificata dal legislatore negli anni a venire, ma resterà fermo che, per il contenimento della spesa farmaceutica, sono necessari un meccanismo di monitoraggio delle prescrizioni (disciplina della Tessera sanitaria)¹⁰⁰ e la riforma della *gestione del mercato* e delle *spese* per i farmaci.

Da qui la costituzione di un'Agenzia statale del farmaco (l'AIFA) sottoposta all'indirizzo del Ministro della salute ed alla vigilanza del Ministro dell'economia e finanze¹⁰¹. L'Agenzia ha un ruolo centrale nel contenimento della spesa farmaceutica perché oltre a fornire linee guida da seguire nella prescrizione dei farmaci, si occupa dell'individuazione dei farmaci *erogabili a carico del SSN* da definire anche in base allo "sfondamento" dei tetti di spesa farmaceutica¹⁰².

L'AIFA diviene la *regista* delle politiche farmaceutiche in base ad obiettivi di contenimento dell'*efficacia* delle prescrizioni con l'*economicità e la sostenibilità economico-finanziaria* delle stesse. Questa scelta avrà importanti ricadute sulla riduzione dei poteri regionali in materia di spesa farmaceutica¹⁰³.

⁹⁹ Art. 4 d.l. n. 347 del 2001 conv. con mod. in l. n. 405 del 2001. Questi ultimi verranno poi ridisegnati complessivamente dal legislatore nel 2003 nel quadro di un intervento *urgente* per lo *sviluppo* e per la *correzione dei conti pubblici*. Artt. 48 ss. d.l. n. 269 del 2003 conv. con mod. in l. n. 326 del 2003.

¹⁰⁰ Art. 49 d.l. n. 269 del 2003 conv. con mod. in l. n. 326 del 2003.

¹⁰¹ Art. 48 c. 2 d.l. n. 269 del 2003 conv. con mod. in l. n. 326 del 2003. Sull'AIFA, L. CASINI, *L'agenzia italiana del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia-ente pubblico?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 132; M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *L'Agenzia italiana del farmaco*, in G. FIORENTINI (a cura), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 263; V. MOLASCHI, *Osservazioni sul ruolo dell'agenzia italiana del farmaco (Aifa) nel governo della spesa pubblica* (Nota a T.A.R. Lazio, sez. III-ter 21 settembre 2005, n. 7242), in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 233 ss.

¹⁰² Art. 48 c. 5 d.l. n. 269 del 2003 conv. con mod. in l. n. 326 del 2003.

¹⁰³ *Infra* capitoli III e IV.

Accanto alle misure di contenimento della spesa farmaceutica, vengono predisposte le nuove regole di garanzia del *patto di stabilità economico-finanziaria* fra Stato e Regioni¹⁰⁴.

Fra le differenze più rilevanti rispetto alla disciplina del 1998, vi è l'introduzione di vincoli più penetranti per le Regioni in materia di *erogazione* dei livelli essenziali di assistenza.

L'art. 1 c. 169 l. n. 311 del 2004 attribuisce ad un regolamento ministeriale sia la definizione degli «standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi di cui ai livelli essenziali di assistenza» sia «le tipologie di assistenza e i servizi, relativi alle aree di offerta individuate dal vigente Piano sanitario nazionale»¹⁰⁵. In parallelo, viene delineato il meccanismo per la determinazione delle *tariffe massime* per l'assistenza sanitaria, da adottarsi con decreto del Ministro della salute in concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo parere della Conferenza Stato-Regioni¹⁰⁶. Successivamente, il legislatore integrerà tale disciplina introducendo la procedura per la revisione su base triennale di tali tariffe¹⁰⁷.

Ma l'intervento forse più importante della legge finanziaria per il 2005 riguarda i meccanismi *premiali e sanzionatori* in tema di contenimento dei costi dei servizi sanitari regionali¹⁰⁸.

Il meccanismo premiale disciplina l'accesso ad ulteriori risorse statali rispetto a quelle concordate fra Stato e Regioni nell'Accordo raggiunto in Conferenza l'8 agosto 2001.

L'accesso al *finanziamento integrativo* è subordinato alla conclusione di un'*intesa* bilaterale fra Stato e regioni ai sensi dell'art. 8 c. 6 l. n. 131 del 2003, ossia quel tipo particolare d'intese «dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni»¹⁰⁹. La finanziaria per il

¹⁰⁴ Art. 1 cc. 164 ss. l. n. 311 del 2004, cd. "Finanziaria 2005".

¹⁰⁵ La procedura per l'adozione del regolamento prevedeva un "passaggio" in Conferenza Stato Regioni senza imporre il raggiungimento di un'intesa. Ciò ha comportato la dichiarazione di illegittimità costituzionale di tale disciplina (C. cost. n. 134 del 2006).

¹⁰⁶ Art. 1 c. 170 l. n. 311 del 2004.

¹⁰⁷ Art. 1 c. 769 l. n. 296 del 2006 e art. 8 c. 3 d.l. n. 248 del 2007.

¹⁰⁸ Art. 1 cc. 173 ss. l. n. 311 del 2004.

¹⁰⁹ L'Intesa 23 marzo 2005 in Conferenza Stato Regioni specificherà alcune modalità di attuazione della disciplina sugli adempimenti in materia di contenimento della spesa sanitaria e di rientro dal deficit. In particolare, l'art. 12 prevederà la costituzione di un Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti e di un Tavolo politico presso il Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato

2005 prevede una serie di contenuti necessari dell'intesa, fra i quali appaiono particolarmente invasivi dell'autonomia legislativa, amministrativa e finanziaria regionale, le «modalità di affiancamento» di alcuni rappresentanti del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze per la definizione delle misure che la Regione dovrà adottare¹¹⁰.

Quanto ai meccanismi sanzionatori, invece, essi riguardano i casi in cui la Regione non proceda al monitoraggio della spesa sanitaria e quindi non verifichi se sussista o meno un disavanzo di gestione o i casi in cui si accerti tale disavanzo. In entrambi i casi si prevedono procedure per la sostituzione dell'ente Regione. Nel caso di accertamento del disavanzo da parte della Regione si applica la disciplina della sostituzione fra enti prevista dall'art. 8 c. 1 l. n. 131 del 2003¹¹¹.

chiamati alla verifica di tali adempimenti.

¹¹⁰ Successivamente il legislatore disporrà l'ampliamento di tali contenuti necessari delle intese (cfr. spec. art. 1 c. 275 l. n. 266 del 2005). Cfr. G. CARPANI, *Accordi e intese tra Governo e regioni nella più recente evoluzione del SSN: spunti ricostruttivi*, in R. BALDUZZI, *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 35, spec. 53 ss.

¹¹¹ Poteri sostitutivi ex art. 120 c. 2° Cost. anche di carattere normativo. Sul tema della sostituzione ex art. 120 c. 2° Cost., del rapporto con quanto disposto dall'art. 117 c. 5° Cost. e della natura normativa o meno di tale potere, la dottrina maggioritaria appare contraria. *Ex multis* R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 1242; R. GRANATA, *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 91; A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003, 257; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 733, spec. 742; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 883, spec. 894-895; C. MAINARDIS, *Art. 120 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2379, spec. 2391-2392; F. BENELLI, *Art. 120*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 1089, spec. 1092 e 1098. Nel senso dell'attribuzione di carattere normativo ai poteri sostitutivi straordinari di cui all'art. 120 c. 2° Cost. E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, 183 ss; S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, Milano, 2006, 379, spec. 430 ss. Su una posizione più sfumata, considera «ammissibile» una sostituzione normativa «ad opera del Parlamento nazionale, ricorrendo i presupposti descritti nel richiamato art. 120 (a ciò sollecitato da un disegno di legge governativo e, se del caso, da un decreto legge), sulla base di quel principio di sussidiarietà che costituisce l'asse portante dell'intera riforma» P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1223 ss., spec. 1229. Ammette in ipotesi anche una sostituzione per via

In caso di mancato adempimento agli obblighi di legge per il monitoraggio della spesa, in seguito ad inottemperanza ad una previa diffida del Presidente del Consiglio dei ministri, si attribuisce al Presidente della Regione la qualità di *commissario ad acta* per la determinazione del disavanzo e l'adozione dei conseguenti provvedimenti necessari.

Questa disciplina è stata oggetto di diverse critiche, relative sia all'ampiezza dei poteri attribuiti ai commissari governativi, gravemente lesivi dell'autonomia normativa regionale, sia alla incostituzionalità della attribuzione di tali poteri al Presidente della Regione in qualità di commissario¹¹². Rispetto al primo punto, va ribadito che la sostituzione *ex art.* 120 Cost. determina di per sé la compressione dell'autonomia regionale, anche normativa, di quegli Enti che mettono in pericolo la tutela di alcuni interessi o "beni" costituzionali garantiti dall'art. 120 Cost. In altri termini, si ritiene che i poteri sostitutivi di cui all'art. 120 c. 2° Cost. consentano al Governo anche una sostituzione per via normativa capace di sospendere o limitare l'efficacia di atti normativi primari delle Regioni¹¹³.

Più difficile appare superare le obiezioni che riguardano l'attribuzione di poteri sostitutivi normativi (anche di carattere legislativo) ai Presidenti delle Regioni in qualità di commissari governativi.

Appare evidente che tale disciplina può essere giustificata – esclusivamente – sulla base del principio di leale collaborazione.

Essa appare criticabile sul piano dei rapporti fra gli organi della Regione e il quadro costituzionale di definizione delle attribuzioni degli stessi¹¹⁴. È difficile immaginare una deroga di tal fatta ai principi costi-

amministrativa rispetto ad inadempimenti *normativi* delle Regioni A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 1132 e 1133. Sul tema specifico qui affrontato R. DICKMANN, *Sull'esercizio del "potere legislativo" a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi.it*, n. 14/2008; E. JORIO, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi.it*, n. 13/2008.

¹¹² Contrario all'attribuzione di poteri sostitutivi normativi *ex art.* 120 Cost. al Governo e, per ragioni inerenti all'articolazione costituzionale delle competenze fra organi della Regione, al Presidente della Regione in qualità di Commissario governativo R. DICKMANN, *Sull'esercizio del "potere legislativo"*, cit., 3 ss., che, semmai ritiene possa argomentarsi nel senso dei poteri sostitutivi normativi *ex art.* 117 c. 5° Cost.; in tal senso anche G. FONTANA, *L'incostituzionalità delle interferenze regionali sui poteri commissariali del Presidente della Giunta*, in *Giur. cost.*, 2011, 1196 ss.; ancor prima, E. JORIO, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo*, cit., 8.

¹¹³ Si rinvia agli argomenti esposti sul punto da S. PAJNO, *I poteri sostitutivi*, cit., 432 ss.

¹¹⁴ Per tali argomenti G. FONTANA, *L'incostituzionalità delle interferenze regionali*, cit., 1202.

tuzionali sull'attribuzione della potestà normativa a livello regionale alle assemblee legislative¹¹⁵.

Il potere sostitutivo normativo attribuito in tali forme ai commissari *ad acta*, in altri termini, dovrebbe essere esercitato dal Governo, nel rispetto delle norme costituzionali che gli attribuiscono poteri normativi primari (art. 77 Cost., in particolare). Non a caso, le problematiche emerse nella giurisprudenza costituzionale hanno riguardato soprattutto il rapporto fra poteri dei commissari *ad acta* e funzione legislativa regionale¹¹⁶.

La Corte ha affermato che la disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 120 Cost. non può essere interpretata come «implicitamente legittimante il conferimento di poteri di tipo legislativo ad un soggetto che sia stato nominato commissario del Governo»¹¹⁷, evidentemente perché ciò determinerebbe una violazione del principio di tipicità degli atti normativi primari.

Ciò non esclude, invece, che possano essere attribuiti poteri normativi secondari ai commissari. Nella giurisprudenza costituzionale non emerge con chiarezza un orientamento su questo punto, ma è anche vero che la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge regionale che riservava esclusivamente agli organi "ordinari" della Regione la modifica delle disposizioni finanziarie, di bilancio e contabili, «anche se interferivano» con il piano di rientro dal disavanzo sanitario per violazione dell'art. 120, secondo comma, Cost.¹¹⁸. Nella sentenza n. 78 del 2011, poi, sulla base della «constatazione che l'esercizio del potere sostitutivo è, nella specie, imposto dalla necessità di assicurare la tutela dell'unità economica della Repubblica, oltre che dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti un diritto fondamentale (art. 32 Cost.), qual è quello alla salute», la Corte ha ritenuto che «le funzioni *amministrative* del commissario, ovviamente fino all'esaurimento dei suoi compiti di attuazione del piano di rientro, devono essere poste al riparo da ogni interferenza degli organi regionali, senza che possa essere evocato il rischio di fare di esso l'unico soggetto cui spetti di provvedere per il superamento della situazione di emergenza sanitaria in ambito regionale». In quest'ultimo caso, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che *interferiva* con l'esercizio delle stesse.

¹¹⁵ Così C. cost. n. 361 del 2010. Sul punto v. *infra* cap. IV.

¹¹⁶ C. cost. nn. 2 del 2010; 361 del 2010 e 78 del 2011

¹¹⁷ C. cost. n. 361 del 2010.

¹¹⁸ C. cost. n. 2 del 2010.

Il Giudice costituzionale si è poi pronunciato sulla questione se il potere sostitutivo *ex art. 120 Cost.* possa essere esercitato nei confronti delle Regioni speciali, ritenendo che il potere sostitutivo *ex art. 120 Cost.* faccia sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze «assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari. E tale sistema non potrebbe essere disarticolato, in applicazione della ‘clausola di favore’ nei confronti delle Regioni ad autonomia differenziata, dissociando il titolo di competenza dai meccanismi di garanzia ad esso immanenti»¹¹⁹.

A parte il tema della sostituzione delle Regioni, la disciplina statale in tema di controllo della spesa sanitaria regionale ha introdotto poi l’automatico blocco biennale del *turn over* del personale del servizio sanitario regionale e il divieto di effettuare spese obbligatorie, sanzionando con la nullità qualsiasi atto regionale in violazione di tali misure¹²⁰.

Fra le conseguenze imposte, vi sono: una ricognizione delle cause del disavanzo e l’avvio di un programma di riorganizzazione, riqualificazione, potenziamento triennale del servizio sanitario nazionale e la conclusione di accordi fra Regione e Ministri della salute e dell’economia e finanze per raggiungere l’equilibrio economico nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza e dell’intesa con lo Stato per il ripiano del disavanzo. Quest’accordo è condizione per poter accedere negli anni seguenti al finanziamento integrativo statale dei servizi, finanziamento peraltro condizionato anche al rispetto dei *tetti di spesa farmaceutica*¹²¹. Come si può notare, si riprende, in effetti, il modello già immaginato dal d.lgs. n. 229 del 1999.

Analoghi meccanismi premiali e sanzionatori saranno predisposti per il triennio 2007-2009, ma in modo ancor più invasivo per l’autonomia politica, legislativa, amministrativa e finanziaria regionale¹²².

¹¹⁹ C. cost. n. 236 del 2004. Così pure C. cost. n. 383 del 2005.

¹²⁰ Cfr. testo dell’art. 1 c. 174 come mod. dalla l. n. 266 del 2006 e dalla l. n. 191 del 2009.

¹²¹ Art. 1 cc. 180 ss. l. n. 311 del 2004, e succ. mod. ed integrazioni.

¹²² L’art. 1 c. 796 l. n. 296 del 2006 individua un *fondo transitorio* per il triennio 2007-2009 da ripartire fra regioni con «elevati disavanzi» il cui accesso è subordinato alla sottoscrizione degli accordi disciplinati dalla l. n. 311 del 2004. La disciplina contenuta nella l. n. 269 del 2006 costituirà la base per la concreta attivazione dei meccanismi dei piani di rientro. M.G. LA FALCE, *L’attività di affiancamento delle Regioni in materia socio-sanitaria: i Piani di rientro*, in E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, II, Napoli, 2008, 653.

Dal 2007 al 2010 dieci delle venti Regioni italiane hanno attivato le procedure per il rientro mediante la sottoscrizione dei piani¹²³.

Appena tre mesi dopo, il decreto legge n. 23 del 2007, recante *disposizioni urgenti per il ripiano selettivo dei disavanzi pregressi nel settore sanitario*, definirà un ulteriore meccanismo per il rientro dal disavanzo: il concorso al ripiano dei disavanzi regionali occorsi nel periodo 2001-2005¹²⁴.

Ciò dimostra che è innanzitutto il ricorso ai meccanismi di *co-decisione e di controllo* dell'azione politica, legislativa ed amministrativa regionale per la gestione economico-finanziaria del servizio sanitario regionale ad essere premiato, anche in mancanza di risultati davvero soddisfacenti, ossia, anche in mancanza del ripianamento del *deficit*. Ne è un esempio il decreto legge di fine 2007¹²⁵ recante misure urgenti in materia finanziaria che prevede una deroga al meccanismo sanzionatorio fra quelli previsti dalla l. n. 296 del 2006 per il mancato rientro dal *deficit*: l'incremento automatico della leva fiscale a livello regionale e la destinazione del gettito al finanziamento del *deficit* della spesa sanitaria regionale¹²⁶.

¹²³ Regioni che hanno sottoscritto piani di rientro: Abruzzo (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 6 marzo 2007); Calabria (Piano di Rientro 2010-2012 siglato il 17 dicembre 2009); Campania (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 13 marzo 2007); Lazio (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 28 febbraio 2007); Liguria (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 6 marzo 2007); Molise (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 27 marzo 2007); Piemonte (Piano di Rientro 2010-2012 siglato il 29 luglio 2010); Puglia (Piano di Rientro 2010-2012 siglato il 29 novembre 2010); Sardegna (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 31 luglio 2007); Sicilia (Piano di Rientro 2007-2009 siglato il 31 luglio 2007). Regioni sottoposte a commissariamento: Abruzzo, Calabria, Campania, Lazio, Molise (fonte: <http://www.salute.gov.it/pianiRientro/homePianiRientro.jsp>). Sull'esperienza dei piani di rientro e le valutazioni della Corte dei Conti, E. JORIO, *La Corte dei Conti boccia i piani di rientro regionali del debito pregresso della sanità*, in *Federalismi.it*, 2/2010.

¹²⁴ Art. 1 d.l. n. 23 del 2007 conv. con mod. in l. n. 64 del 2007. Tale disciplina era stata costruita per quelle Regioni in deficit ma particolarmente *volenterose* nel ricorso alle misure *ordinarie* previste per il rientro, in particolare, quelle che sottoscrivono gli accordi per i piani di rientro relativi all'accesso al *fondo transitorio* predisposto dalla l. n. 296 del 2006 e che oltre ad aver applicato l'addizionale regionale all'Irpef nella misura massima e l'Irap, avessero predisposto altre misure fiscali per il rientro dal deficit del servizio sanitario regionale.

¹²⁵ D.l. n. 159 del 2007 conv. con mod. in l. n. 222 del 2007 recante misure urgenti in materia finanziaria.

¹²⁶ L'art. 1 c. 796 sesto e settimo periodo l. n. 296 del 2006 disponevano che «in ogni caso» il mancato raggiungimento degli obiettivi intermedi di rientro (quelli contenuti nel piano di rientro dal deficit) avrebbe comportato per l'anno d'imposta successivo che «l'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e l'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive si applicano oltre i livelli massimi previsti dalla legislazione

Inoltre, sempre in un decreto legge del 2007, viene delineata la disciplina del *commissariamento* delle Regioni in *deficit*.

Si tratta di una forma di sostituzione amministrativa del livello di governo regionale fondata sulla tutela di alcuni dei beni giuridici protetti a livello costituzionale dall'art. 120 Cost. Mediante l'esercizio del potere sostitutivo governativo si mira a tutelare l'unità giuridica o economica ed i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, lesi da una gestione del servizio sanitario non coerente con i piani di rientro predisposti *ex art.* 1 c. 180 l. n. 331 del 2004 e nel rispetto dell'intesa dell'8 agosto 2005 raggiunta in Conferenza Stato-Regioni¹²⁷.

L'intesa del 3 dicembre 2009 in Conferenza Stato-Regioni conosciuta come "patto per la salute" per il triennio 2010-2012 specificherà poi i contenuti dei meccanismi delineati dagli interventi legislativi del 2006-2007, confermando le linee normative della "regia ministeriale" per il controllo della spesa sanitaria regionale. L'intesa interverrà sul monitoraggio dei fattori di spesa, sui LEA e sui piani di rientro dal disavanzo sanitario. Quanto al monitoraggio dei fattori di spesa, esso viene costruito sull'elaborazione di diversi «indicatori di efficienza ed appropriatezza» di alcune «grandezze»¹²⁸. Accanto a tali *indicatori di efficienza ed appropriatezza* nell'erogazione dei LEA, il Patto per la salute 2010-2012 prevede, nel quadro del *monitoraggio* dei LEA, l'aggiornamento degli indicatori di *garanzia* dei LEA già previsti dall'art. 9 d.lgs. n. 56 del 2000 che attribuiva ad un decreto del ministro della sanità, adottato in con-

vigente fino all'integrale copertura dei mancati obiettivi. La maggiorazione ha carattere generalizzato e non settoriale e non è suscettibile di differenziazioni per settori di attività e per categorie di soggetti passivi.».

¹²⁷ Art. 4 d.l. n. 159 del 2007 conv. con mod. in l. n. 222 del 2007. L'art. 22 d.l. n. 78 del 2009 conv. con mod. in l. n. 102 del 2009 prevederà un'apposita disciplina per la sostituzione nei confronti della Regione Calabria ed una disciplina del regime di incompatibilità per i componenti del tavolo tecnico.

¹²⁸ Fra le quali degli indicatori sui *costi medi*, sugli *standard* dei posti letto, del costo del personale, della numerosità del personale, delle strutture presenti sul territorio, *standard* di struttura (media numeri posti letto per struttura ospedaliera pubblica rispetto alle Regioni cd. *benchmark*) e *standard* di appropriatezza, di efficacia e di efficienza. Art. 2 Intesa del 3 dicembre 2009. In tale articolo si stabilisce che per definire la condizione di equilibrio economico si prendono come parametro delle Regioni che garantiscono adeguati *standards* di appropriatezza, efficacia ed efficienza nell'erogazione dei LEA individuate dalla stessa struttura tecnica di monitoraggio delle Regioni. L'allegato 3 all'Intesa individua i cosiddetti *indicatori di appropriatezza organizzativa*, individuandoli in alcune *prestazioni* ospedaliere e attribuendo a tali prestazioni come *standard* i valori *medi* delle Regioni *benchmark*.

certo con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, la definizione della disciplina di un «sistema di garanzia» dei LEA (definiti «obiettivi di tutela della salute» del SSN)¹²⁹.

Quanto alla *verifica* dei LEA, invece, il Patto per la salute stabilisce l'uso degli indicatori utilizzati dal Comitato permanente per la verifica dei LEA¹³⁰. Il monitoraggio così condotto servirà anche da base per la definizione dei costi *standard* «in attuazione del federalismo fiscale»¹³¹.

Infine, per il rientro dal *deficit* sanitario, l'art. 13 del Patto sancisce, fra le altre cose, una organica disciplina delle misure da adottare in caso di disavanzo non coperto dalla Regione, lo *standard* delle dimensioni del disavanzo, la *tempistica* per l'adozione dei piani di rientro dal *deficit* e i meccanismi di sostituzione *ex art.* 120 Cost. (attivabili nel caso di mancata presentazione dei piani o di mancato rispetto degli stessi). Successivamente, la legge finanziaria per il 2010 (l. n. 191 del 2009) ha provveduto a *legificare* i contenuti dell'Intesa¹³². In seguito, si dispone che gli «interventi individuati dal piano sono vincolanti per la regione, che è obbligata a rimuovere i provvedimenti, anche legislativi, e a non adottarne di nuovi che siano di ostacolo alla piena attuazione del piano»¹³³.

La disciplina oggi vigente prevede che gli organi incaricati dell'attuazione del piano debbano trasmettere al Consiglio regionale i «provvedimenti legislativi regionali» che ritengano essere di ostacolo all'attuazione del piano e, in mancanza di abrogazione o *sospensione* di tali leggi entro 60 gg. da parte del Consiglio stesso, spetterà al Consiglio dei ministri *ex art.* 120 Cost. adottare «le necessarie misure, anche normative, per il superamento dei predetti ostacoli». Nel caso di verifiche negative in merito

¹²⁹ D.M. salute 12 dicembre 2011 *Sistema di garanzie per il monitoraggio dell'assistenza sanitaria*.

¹³⁰ Incardinato presso il Ministero della salute in seguito all'Intesa raggiunta in Conferenza Stato-Regioni il 23 marzo 2005.

¹³¹ Art. 10 c. 3 dell'Intesa del 3 dicembre 2009. A differenza di quanto invece avviene per gli indicatori di efficienza ed appropriatezza di cui all'art. 3 c. 2 del Patto (che si occupava del monitoraggio dei fattori di spesa).

¹³² In particolare l'art. 2 cc. 76 ss. l. n. 191 del 2009 trasporta a livello legislativo la disciplina relativa ai disavanzi per quanto riguarda le misure *automaticamente* applicabili per coprire il disavanzo (innalzamento automatico delle aliquote IRAP e addizionale regionale IRPEF, blocco del *turn over* del servizio sanitario regionale).

¹³³ Art. 17 c. 4 lett. a) d.l. n. 98 del 2011 conv. con mod. in l. n. 111 del 2011, ha specificato gli effetti della previsione introdotta dall'art. 2 c. 80 l. n. 191 del 2009 (già contenuta nell'Intesa).

all'attuazione del piano di rientro, la l. n. 191 del 2009 prevede, sempre sulla scia di quanto già previsto dal Patto per la salute 2010 – 2012, una procedura che può portare alla sostituzione degli organi Regionali competenti ordinariamente alla realizzazione del piano di rientro. Si immagina dunque una forma di commissariamento mediante nomina del Presidente della Regione quale *commissario ad acta* e, in caso di inadempimento del Presidente della Regione, il commissariamento mediante nomina governativa sub-commissari *ad acta*¹³⁴.

A proposito di questi meccanismi, si è parlato di «elementi di segno diverso (dal tradizionale controllo sugli atti al più attuale controllo-consulenza)» di cui non appare problematica la compatibilità con il quadro costituzionale, mentre, piuttosto, lo sono le «modalità concrete del suo esercizio»¹³⁵.

4. *L'attuazione dell'art. 119 della Costituzione e il "costo" dei livelli essenziali delle prestazioni*

Nel 2011, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 68 del 2011, è stato intrapreso il processo di attuazione delle disposizioni della legge delega n. 42 del 2009 relative al "federalismo fiscale nel settore sanitario".

Il capo IV del d.lgs. n. 68 del 2011 definisce il quadro normativo generale dei rapporti fra Stato e Regioni per l'erogazione dei LEA¹³⁶.

Questa disciplina è stata ritenuta poco innovativa rispetto alle riforme già introdotte negli anni '90 che già miravano a superare il criterio di finanziamento dei servizi sanitari regionali basato sulla *spesa storica*¹³⁷ ed inadeguata ad eliminare le inefficienze prodotte da diversi sistemi sanitari regionali già in *deficit*¹³⁸.

¹³⁴ Art. 2 cc. 81-84 l. n. 191 del 2009.

¹³⁵ R. BALDUZZI, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza*, cit., 4.

¹³⁶ Sul tema R. BALDUZZI, *A mo' d'introduzione: su alcune vere o presunte criticità del Servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, in ID. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 11, spec. 22 ss.

¹³⁷ L. n. 662 del 1996.

¹³⁸ Cfr. sul tema E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, Paper for the Espanet Conference "Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa" Milano, 29 Settembre — 1 Ottobre 2011, reperibile alla pagina web: <http://www.espanet-italia.net/conferenza2011/edocs1/sess%2020/20-caruso-dirindin.pdf>

In effetti, il *percorso di graduale attuazione* dei principi posti dalla legge delega n. 42 del 2009 si pone in linea di continuità quanto emerge dai due Patti per la salute conclusi in Conferenza Stato-Regioni nel 2005 e nel 2009. Peraltro, è significativo che il decreto legislativo n. 68 del 2011 disciplini in modo puntuale il meccanismo *transitorio* di definizione del finanziamento da parte statale della spesa sanitaria regionale per i LEA e rechi una disciplina a maglie larghe, suscettibile di essere *integrata* da atti della più varia natura (dalle Intese raggiunte in Conferenza Stato-Regioni ai regolamenti interministeriali) per la disciplina del finanziamento *a regime*, quasi a voler rinviare ulteriormente l'introduzione di elementi di forte innovazione rispetto al quadro normativo dei rapporti fra Stato e Regioni.

I tratti qualificanti della disciplina posta dal legislatore delegato sono costituiti dal significato e dai procedimenti volti alla determinazione delle seguenti "variabili": a) fabbisogno sanitario nazionale standard; b) fabbisogno sanitario regionale standard; c) costo standard regionale nel settore sanitario.

Queste tre variabili definiranno il livello di spesa per il servizio sanitario nazionale e incideranno sul livello di *garanzia* del diritto alla salute sul territorio nazionale. Esse definiscono *le risorse* che lo Stato destina per il finanziamento dei livelli essenziali di assistenza; *le modalità di distribuzione* di tali risorse fra i servizi sanitari regionali e, a regime, *il totale della spesa* sanitaria statale.

Il *fabbisogno sanitario nazionale standard* è la *quantità* di risorse finanziarie destinata dallo Stato alla spesa, su base annuale, per l'erogazione delle prestazioni sanitarie. Si tratta delle risorse destinate dallo Stato al finanziamento dei livelli essenziali di assistenza sanitaria.

Il *fabbisogno regionale standard* è la *quantità* di risorse che ciascuna Regione riceve annualmente dallo Stato per il finanziamento dei LEA sanitari nell'ambito del servizio sanitario regionale.

La somma di tutti i fabbisogni regionali standard dovrà essere equivalente al fabbisogno nazionale standard.

Il *costo standard regionale* nel settore sanitario è la variabile percentuale in base alla quale viene effettuata la distribuzione, per ciascuna Regione, delle risorse statali destinate al finanziamento dei LEA.

Qual è la *ratio* perseguita dal legislatore nella costruzione di queste variabili?

Per quanto riguarda il fabbisogno sanitario nazionale standard, si coglie la tensione fra due diverse finalità sottese a tale disciplina: da un lato, l'esigenza di muovere dalla individuazione delle prestazioni comprese

nei livelli essenziali di assistenza per definire il costo complessivo delle stesse; dall'altro, la finalità di controllare la spesa sanitaria per definire poi quali e quante prestazioni è possibile assicurare, evitando che la spesa per i LEA possa mettere a rischio il rispetto degli equilibri di bilancio statale e determinare l'inadempimento dell'Italia ad obblighi di stabilità finanziaria assunti a livello sovranazionale.

In cosa consiste la tensione fra queste due finalità?

Esaminandole singolarmente la si coglie chiaramente.

Determinare il finanziamento dei LEA *soltanto* in relazione alla individuazione delle prestazioni sanitarie che *devono essere qualificate come LEA*, impone di compiere delle scelte economico-finanziarie parametricate *soltanto* all'obiettivo di assicurare la tutela della salute. In altri termini, la spesa per i LEA sarebbe stata determinata essenzialmente dalla variabile tecnico-scientifica e da una visione della tutela della "salute" come "oggettiva" condizione di benessere della persona. Ciò avrebbe significato che le scelte economico-finanziarie sarebbero state *strumentali* a garantire una *quantità ideale* di prestazioni sanitarie che ciascun soggetto, presente sul territorio nazionale, dovrebbe poter ricevere per vedere garantito il proprio *diritto alla salute*, inteso come stato di benessere psico-fisico in senso "oggettivo".

In definitiva, le scelte economico finanziarie sul finanziamento del LEA avrebbero dovuto rispondere al seguente interrogativo: quanto costano le prestazioni sanitarie che possono essere considerate essenziali "allo stato delle migliori tecnologie disponibili" per assicurare il mantenimento di un buon livello di salute della popolazione?

Si sarebbe dovuto procedere "per sommatoria di costi" delle singole prestazioni "essenziali", ponendo l'accento sia sulla *qualità delle prestazioni erogate*, sia *sull'ampiezza dell'offerta sanitaria da assicurare a tutti su tutto il territorio nazionale*.

Di contro, determinare il finanziamento dei LEA nel quadro complessivo delle manovre finanziarie dello Stato, significa individuare la *quantità di prestazioni sanitarie che è economicamente sostenibile erogare*. In questo caso, le contingenze macro-economiche, i vincoli di bilancio posti agli Stati dal livello sovranazionale e imposti dalla finanziarizzazione dell'economia globale¹³⁹, le scelte "difficili" su come investire le risorse

¹³⁹ Su queste tematiche cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002 ed ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2007.

se pubbliche per assicurare il perseguimento di *tutti* i fini costituzionali, fra cui anche la tenuta dell'equilibrio di bilancio, divengono elementi *condizionanti* le decisioni politiche sui LEA.

Le scelte economico-finanziarie sul finanziamento dei LEA in questa prospettiva rispondono al seguente interrogativo: come *contemperare* il finanziamento della spesa sanitaria con la garanzia della complessiva stabilità finanziaria dello Stato? In quest'ottica le scelte economico-finanziarie sui LEA devono risultare *compatibili con il complesso della politica economica e finanziaria dello Stato* e consentono di garantire una data tipologia e quantità di prestazioni sanitarie che è *possibile assicurare* a ciascun soggetto presente sul territorio nazionale *per salvaguardare* il proprio benessere psico-fisico, inteso in senso "oggettivo", nel quadro delle *attuali condizioni* delle finanze pubbliche e degli obblighi sovranazionali ed internazionali di stabilità economico-finanziaria assunti dalla Repubblica.

L'art. 25 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011 si colloca nell'alveo di quest'ultima prospettiva.

Con questa disciplina il legislatore dispone, in particolare, che l'individuazione del fabbisogno nazionale standard debba avvenire in modo da assicurare la *compatibilità* di tale scelta con «i vincoli di finanza pubblica» e gli «obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria».

La determinazione del fabbisogno nazionale standard è collegata alle scelte compiute nella selezione delle prestazioni che rientrano nei LEA.

Poiché le decisioni politiche statali sui LEA e le risorse destinate al loro finanziamento incidono sull'autonomia legislativa, amministrativa e finanziaria regionale, il legislatore statale ha ricalcato i moduli procedurali che meglio rispondono al principio di *leale collaborazione* fra gli Enti per l'individuazione del fabbisogno sanitario nazionale standard¹⁴⁰.

L'art. 26 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011 dispone che dall'anno 2013 la determinazione del fabbisogno nazionale standard avvenga «tramite intesa, coerentemente con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) erogati in condizioni di efficienza ed appropriatezza», mentre per gli anni 2011-2012 restano fermi i livelli

¹⁴⁰ Anche se l'esperienza dei recenti Patti per la salute dimostra come le Regioni, nell'ambito del negoziato abbiano dovuto accettare delle clausole fortemente invasive della loro autonomia organizzativa e finanziaria come contropartita dell'inserimento di meccanismi premiali (finanziamenti aggiuntivi) per il rispetto delle "compatibilità" finanziarie delle scelte regionali con il Patto di stabilità interno.

di finanziamento già definiti in attuazione del Patto per la Salute 2010-2012¹⁴¹. Sarà dunque in sede di negoziazione dell'Intesa che dovrebbe essere assicurata la sostenibilità del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza già individuati.

La determinazione del fabbisogno nazionale standard costituisce il *limite esterno* oltre il quale lo Stato non assicurerà, a regime, *copertura finanziaria* alle scelte sulle prestazioni sanitarie erogate dal SSN. Gli economisti lo definiscono un «vincolo di bilancio esogeno fissato *top-down*»¹⁴². Coerentemente, il legislatore ha orientato la definizione del fabbisogno regionale standard e del costo standard lungo la direttrice della compatibilità delle scelte sul finanziamento dei LEA, sia a livello statale che a livello regionale, con l'equilibrio economico-finanziario.

Il fabbisogno regionale standard viene determinato, a regime, «comunque, nel rispetto del livello di fabbisogno standard nazionale»¹⁴³. Inoltre, in ragione dell'esigenza di rispettare il principio di leale collaborazione, sarà un decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia delle finanze, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni, previo parere della Struttura tecnica di monitoraggio paritetica¹⁴⁴ ad individuare la quantità di risorse del fabbisogno nazionale standard da destinare alle singole Regioni su base annuale.

A regime, gli elementi "oggettivi" di valutazione saranno i dati sull'erogazione dei LEA raccolti dal Nuovo sistema informativo sanitario (NSIS) del Ministero della salute¹⁴⁵.

Il legislatore ha immaginato una disciplina di carattere *transitorio* che consenta al sistema dei rapporti fra Stato e Regioni in materia di garanzia e finanziamento dei LEA di perseguire, in modo graduale, il superamento del criterio della *spesa storica* nella definizione della quantità di risorse da destinare al finanziamento *statale* dei servizi sanitari regionali

¹⁴¹ Art. 26 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁴² E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, cit., 5 ss. (la citazione è di p. 6), rilevano che è un meccanismo abbastanza comune nella "costruzione del budget" per la tutela della salute nei sistemi sanitari contemporanei, solitamente accompagnato da una «stima dei fabbisogni sanitari per quota capitaria». Il d.lgs. n. 68 del 2011 non si discosta da tale modello.

¹⁴³ Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁴⁴ Struttura *tecnica di supporto* della Conferenza Stato-Regioni al processo di monitoraggio dello stato dei servizi sanitari regionali sulla base di indicatori di «efficienza ed appropriatezza allocativa delle risorse». Cfr. Art. 2, 3, 4 Intesa del 3 dicembre 2009 "Nuovo Patto per la salute per gli anni 2010-2012".

¹⁴⁵ Art. 27 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011, parla di «elementi informativi».

e di includere nel *fabbisogno sanitario nazionale standard* il totale delle risorse destinate al finanziamento del servizio sanitario nazionale.

Perché immaginare un percorso “graduale”? Due sono le ragioni *di sistema*: la prima è che l'intero impianto della disciplina statale di attuazione dell'art. 119 Cost., per *essere compatibile* con il quadro costituzionale, deve consentire la «effettiva determinazione del contenuto finanziario dei livelli essenziali delle prestazioni»¹⁴⁶; la seconda è che il principio di leale collaborazione deve informare tutti i procedimenti volti a specificare i livelli essenziali delle prestazioni ed il loro finanziamento.

Ne consegue che il legislatore statale *ha dovuto* costruire alcuni aspetti della disciplina transitoria in linea di continuità con le intese già raggiunte con le Regioni in Conferenza su LEA e loro finanziamento¹⁴⁷.

Quali sono i tratti della disciplina che si collocano in continuità con le scelte già operate negli anni precedenti?

Quelli che esprimono le scelte sul *quantum* delle risorse da destinare al fabbisogno nazionale standard e sull'allocazione delle stesse.

Il legislatore, innanzitutto, ha tenuto fermo, per il triennio coperto dall'ultimo Patto per la salute, l'ammontare del fabbisogno sanitario nazionale standard con esso stabilito e le successive rideterminazioni ad opera delle manovre del 2010¹⁴⁸. Analoga soluzione è stata immaginata per le scelte sulla programmazione nazionale del finanziamento della spesa sanitaria¹⁴⁹.

Altro problema riguarda la posizione delle Autonomie speciali in questo contesto.

Quali aspetti della disciplina sui costi standard e sui fabbisogni standard nel settore sanitario sarà “diritto comune” per le autonomie ordinarie e le autonomie speciali e quale, invece, sarà applicabile soltanto alle Regioni a statuto ordinario?

¹⁴⁶ Così come previsto dall'art. 20 c. 1 lett. b) l. n. 42 del 2009. Sul tema LEP e attuazione dell'art. 119 Cost. nella l. n. 42 del 2009. F. SAIITTO, *La legge delega sul “federalismo fiscale”: i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2010, 2817; C. TUCCIARELLI, *La legge n. 42/2009: oltre l'attuazione del federalismo fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 61 ss., spec. paragrafo 3.4.1.

¹⁴⁷ Cfr. artt. 25 e 27 cc. 3 ss. d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁴⁸ Art. 26 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁴⁹ L'allocazione delle risorse su tre “macrolivelli” di assistenza (sanitaria collettiva in ambiente di vita e lavoro; distrettuale e ospedaliera) recepisce quanto stabilito nel già richiamato patto per la salute, che indicava i livelli percentuali di finanziamento della spesa. Art. 27 c. 3 d.lgs. n. 68 del 2011.

A tal riguardo bisogna distinguere fra la *disciplina transitoria* e la *disciplina applicabile "a regime"*.

Il d.lgs. n. 68 del 2011 specifica che *nel periodo transitorio* «il fabbisogno sanitario standard delle singole regioni a statuto ordinario» sarà la *grandezza finanziaria* che dovrà risultare *equivalente* «al livello del fabbisogno sanitario nazionale standard».

Il fabbisogno regionale standard, «in fase di prima applicazione a decorrere dall'anno 2013» sarà determinato «applicando a tutte le regioni» dei «valori di costo rilevati nelle regioni di riferimento»¹⁵⁰.

Dunque, nella fase transitoria, il meccanismo *sperimentale* di ripartizione del fabbisogno nazionale standard (ossia le modalità di calcolo del fabbisogno regionale standard) si applicherà alle *sole* Regioni a statuto ordinario, mentre le Autonomie speciali, in ragione del principio di leale collaborazione, concorreranno *soltanto* alla rilevazione dei *dati* che, a regime, determineranno le scelte sul finanziamento dei LEA sanitari¹⁵¹, salvo, ovviamente che, nella *definizione* in Conferenza Stato-Regioni del nuovo Patto per la salute (che coprirà proprio l'arco temporale del periodo transitorio), non si convenga diversamente.

Un'interpretazione sistematica di tale disciplina conduce a ritenere, di contro, che, a regime, il *principio dell'equivalenza* fra il totale dei fabbisogni regionali standard e il fabbisogno nazionale standard ed i *criteri di ripartizione delle risorse statali per il finanziamento dei LEA sanitari* (il *costo standard*) costituiranno la *disciplina comune* per le autonomie ordinarie e speciali.

È il tenore dell'art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011 che induce a propendere per tale soluzione. Questo si occupa della *revisione a regime dei fabbisogni standard*. Il processo di revisione dei fabbisogni standard, infatti, si colloca in quello che le intese sui Patti per la salute hanno definito percorso di «efficientamento» dei servizi sanitari regionali¹⁵².

Ora, le Regioni ad autonomia speciale sono state pienamente coin-

¹⁵⁰ Art. 27 c. 4 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁵¹ Ossia quegli «elementi informativi» e quei «dati necessari» all'attuazione del d.lgs. n. 68 del 2011. Art. 31 c. 2 d.lgs. n. 68 del 2011. Il comma 3 dello stesso articolo estende alle Regioni ad autonomia speciale l'applicazione della disciplina sulla raccolta dei dati inerenti alla definizione dei fabbisogni standard per il finanziamento dei LEP inerenti all'esercizio di funzioni fondamentali degli Enti locali delle Regioni speciali (cfr. d.lgs. n. 216 del 2010).

¹⁵² Il legislatore delegato riprende tale terminologia. Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

volte nel “percorso di efficientamento” disciplinato dai Patti per la salute conclusi nel 2005 e nel 2009 e dalla successiva disciplina legislativa statale che ne ha operato la *legificazione*. Il d.lgs. n. 68 del 2011 immagina un meccanismo di revisione dei fabbisogni regionali standard costruito sui moduli con i quali è stato declinato sinora il principio di leale collaborazione: intese, con cadenza biennale, in Conferenza Stato-Regioni.

Il legislatore delegato, a proposito di tale percorso, ha esplicitato chiaramente che: 1) la revisione dei fabbisogni regionali standard effettuata in Conferenza sarà vincolata al rispetto di quello che è stato qui chiamato *principio di equivalenza* fra fabbisogno sanitario nazionale standard (che comprenderà il totale delle risorse destinate ai LEA sanitari) e il complesso dei fabbisogni regionali standard¹⁵³; 2) la revisione dei fabbisogni regionali avverrà «in coerenza con il processo di convergenza»¹⁵⁴ dalla spesa storica al fabbisogno standard. Tale processo è previsto dalla l. n. 42 del 2009 al fine di determinare la «effettiva determinazione del contenuto finanziario dei livelli essenziali delle prestazioni»¹⁵⁵, condizione *imprescindibile* per realizzare una corretta attuazione dell'impianto costituzionale sull'autonomia finanziaria regionale.

All'applicazione di tale disciplina alle Regioni speciali osta il dato testuale: alle Regioni speciali si applicherebbero, soltanto le disposizioni *espressamente* qualificate dal legislatore statale come *diritto comune* per le autonomie ordinarie e le autonomie speciali.

La giurisprudenza costituzionale ha una posizione più sfumata. La Corte ha fermamente ribadito la necessità di restare fedeli alla lettera della l. n. 42 del 2009, affermando altresì che l'art. 27 l. n. 42 del 2009 «fissa il principio secondo cui gli enti ad autonomia differenziata, «nel rispetto degli statuti speciali, concorrono al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà ed all'esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché al patto di stabilità interno ed all'assolvimento degli obblighi posti dall'ordinamento comunitario» secondo le procedure “pattizie” previste per l'introduzione delle norme attuative degli statuti (cioè «secondo criteri e modalità stabiliti da norme di attuazione dei rispettivi statuti, da definire, con le procedure previste dagli statuti medesimi»).

¹⁵³ Art. 29 c. 1 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁵⁴ Art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁵⁵ Art. 20, comma 1, lettera *b*) l. n. 42 del 2009, collegato all'attuazione dell'art. 18 l. n. 42 del 2009 come mod. dall'art. 51 c. 3 lett. a) l. n. 196 del 2006 che disciplina il *Patto di convergenza*.

Detto art. 27, dunque, non pone alcuna deroga all'adozione di tali procedure, con la conseguenza che, in base alla legge n. 42 del 2009, tutte le disposizioni attuative della legge di delegazione [...] si applicano agli enti ad autonomia differenziata non in via diretta, ma solo se recepite tramite le speciali procedure previste per le norme di attuazione statutaria»¹⁵⁶.

L'art. 31 del d.lgs. n. 68 del 2011 ribadisce che l'ambito di applicazione della disciplina adottata nell'esercizio della delega di cui alla legge n. 42 del 2009 mantiene quello consentito dalle clausole di salvaguardia dell'autonomia finanziaria degli enti ad autonomia differenziata recata dall'art. 1 l. n. 42 del 2009.

Com'è noto, quest'ultima determina in modo espresso quali disposizioni della stessa legge delega sono applicabili alle regioni ad autonomia differenziata e, fra esse, non comprende gli articoli 18 e 20 c. 1 lett. b) sul processo di convergenza al fabbisogno standard¹⁵⁷.

Tuttavia, se è vero che l'art. 27 l. n. 42 del 2009, salvaguarda i *moduli procedurali* del principio "pattizio", per cui lo svolgimento dei rapporti finanziari con lo Stato è disciplinato dalle norme di attuazione degli Statuti, esso richiama espressamente il principio per cui le spese per i livelli essenziali «sono determinate nel rispetto dei costi standard associati ai livelli essenziali delle prestazioni fissati dalla legge statale in piena collaborazione con le regioni e gli enti locali, da erogare in condizioni di efficienza e di appropriatezza su tutto il territorio nazionale»¹⁵⁸.

In tal modo, restano fermi i principi recati dalla l. n. 42 del 2009 relativi alla *definizione del contenuto* della nozione di *costo standard* per i livelli essenziali delle prestazioni.

A ciò si aggiunga che la disciplina relativa al *Patto di convergenza* impone, per gli aspetti che qui interessano, «l'obiettivo della convergenza dei costi e dei fabbisogni standard dei vari livelli di governo, nonché un percorso di convergenza degli obiettivi di servizio ai livelli essenziali delle prestazioni» di cui all'art. 117 c. 2° lett. m) Cost.¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Da ultimo C. cost. n. 178 del 2012.

¹⁵⁷ L'art. 1 l. n. 42 del 2009 stabilisce che sono applicabili agli Enti ad autonomia differenziata soltanto gli articoli 15, 22 e 27. I tre articoli hanno ad oggetto, rispettivamente, il finanziamento delle città metropolitane, la perequazione infrastrutturale e il coordinamento della finanza delle Regioni speciali e delle Province autonome.

¹⁵⁸ L'art. 27 rinvia al principio di cui all'art. c. 1 lett. a) l. n. 42 del 2009.

¹⁵⁹ Art. 18 l. n. 42 del 2009 come mod. dalla l. n. 196 del 2006.

Se si guarda poi all'origine ed alla *ratio* di tale disciplina, si comprende come essa rappresenti la sintesi di procedure già indicate e sperimentate nelle intese raggiunte in Conferenza Stato-Regioni sui Patti per la salute e successivamente *legificate* per assicurare maggiore efficienza ed adeguatezza nell'erogazione dei LEA, intese valevoli in larga parte anche per le Regioni ad autonomia differenziata.

L'impianto del d.lgs. n. 68 del 2011 induce quindi a ritenere che nel quadro di sistema della normativa di riforma dell'autonomia finanziaria regionale, le norme di attuazione non potrebbero prevedere forme differenti di determinazione del costo standard dei livelli essenziali delle prestazioni rispetto a quelle previste per le Regioni ad autonomia ordinaria, nelle materie e per le funzioni "estese" agli Enti ad autonomia differenziata in base all'art. 10 l. cost. n. 3 del 2001.

La posizione qui espressa, inoltre fa leva sul limite alla differenziazione imposto dal quadro costituzionale in tema di autonomia finanziaria delle Regioni speciali. Non è controverso, infatti, che anche le Regioni ad autonomia differenziata concorrano al risanamento della finanza pubblica e agli obiettivi di «solidarietà interistituzionale e coesione socio-economica»¹⁶⁰. Ora, si ritiene che ciò comporti *l'applicazione di un criterio uniforme per tutte le Regioni nella definizione dei costi standard* e che non sia possibile far rientrare nella disciplina del finanziamento dei LEA l'esigenza di *differenziazione* sul piano dei rapporti finanziari con lo Stato sottesa all'esigenza della perequazione¹⁶¹. Quest'ultima esigenza dovrà trovare soddisfazione nell'ambito della disciplina sulla perequazione e sugli interventi speciali (artt. 119 cc. 3° e 5° Cost.).

Quali saranno, invece, i tratti della disciplina transitoria che con-

¹⁶⁰ D. IMMORDINO, *Ragioni e prospettive della specialità finanziaria nel nuovo assetto del sistema di finanza pubblica*, in *Le Regioni*, 2009, 1309, spec. 1341; ante l. n. 42 del 2009: G.M. SALERNO, *Le Regioni ad autonomia speciale ed il federalismo fiscale: una questione da affrontare*, in *Federalismi.it*, n. 12/2007.

¹⁶¹ Sul tema G. M. SALERNO, *Coordinamento finanziario, autonomie speciali e coesione nazionale*, in *Federalismi.it*, n. 23/2008, 2, che ragiona, più in generale, anche sui limiti posti all'autonomia normativa delle Regioni ad autonomia differenziata (pp. 4 e 6) e con specifico riferimento al limite all'autonomia finanziaria speciale dettato dal principio di coesione nazionale che è sottinteso anche all'articolazione delle competenze sui LEP e al loro finanziamento (p. 10). *Contra* D. IMMORDINO, *Ragioni e prospettive della specialità finanziaria*, cit., 1343, il quale sostiene invece che debba essere rimesso alle norme di attuazione «l'adeguamento delle regole di finanziamento previste dal regime comune a fattori di specificità dei contesti regionali [...] al fine di determinare, ad esempio i costi standard corrispondenti ai livelli essenziali delle prestazioni».

sentiranno di individuare l'*effettivo costo dei livelli essenziali delle prestazioni* e, quindi, di concludere il «processo di convergenza dalla spesa storica al fabbisogno standard»¹⁶²?

Si tratta dei parametri e delle procedure che definiscono la nozione di costo standard.

In una fase iniziale, i costi standard, a partire dall'anno 2013, verranno definiti sulla base dei dati di costo rilevati in tre "Regioni di riferimento" (cd. *Regioni benchmark*). Esse saranno individuate¹⁶³ come «migliori» nell'erogazione dei LEA in condizioni di equilibrio economico. Per equilibrio economico si intende l'erogazione dei LEA «in condizioni di efficienza ed appropriatezza» con le risorse ordinarie previste dal legislatore, comprese le entrate proprie regionali.

Ciò dovrebbe consentire di costruire il meccanismo di allocazione delle risorse integrando nelle valutazioni sui "costi" della sanità anche le valutazioni sull'efficienza dei servizi sanitari¹⁶⁴.

I parametri cui ancorare la valutazione sul carattere «migliore» della Regione per individuare le *Regioni benchmark* verrà condotta sulla base di indicatori di qualità, efficienza ed appropriatezza dei servizi erogati contenuti in un Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, elaborato nel rispetto del principio di leale collaborazione e di quanto previsto dal Patto per la salute in tema di indicatori sul rispetto della programmazione nazionale, sui costi medi delle prestazioni LEA e sull'appropriatezza organizzativa¹⁶⁵.

Queste Regioni dovranno risultare «adempienti» alla disciplina sul

¹⁶² Art. 20 c. 1 lett. b) l. n. 42 del 2009.

¹⁶³ Dalla Conferenza Stato-Regioni fra le cinque indicate dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale.

¹⁶⁴ Si prendono a parametro soltanto i servizi sanitari regionali *più efficienti* per consentire un percorso di riallineamento delle regioni inefficienti agli stessi mediante le scelte sull'allocazione delle risorse. *Contra* E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, cit., 11, per le quali il d.lgs. n. 68 del 2011 «è ben lontano dai propositi di valutare l'efficienza e l'efficacia dell'intervento pubblico, ma soprattutto non ha nulla a che fare con l'isolamento delle *inefficienze* di produzione».

¹⁶⁵ Il DPCM sarà adottato quindi nel rispetto di quanto disposto dagli allegati 1, 2, 3, del Patto per la salute 2010-2012, previa intesa in Conferenza e sentita la struttura tecnica di supporto di cui all'art. 3 dello stesso Patto per la salute 2010-2012. Quest'ultima è la Struttura tecnica di monitoraggio paritetica che in Conferenza Stato-Regioni si occupa del monitoraggio dei fattori di spesa sanitaria regionale e delle valutazioni dei piani di rientro dal deficit o inadempienti ad altri aspetti della disciplina sull'erogazione dei LEA.

controllo della spesa sanitaria¹⁶⁶. Tali Regioni saranno scelte sulla base della dimensione e della collocazione geografica¹⁶⁷.

I criteri e le procedure per l'individuazione delle Regioni *benchmark* dimostrano che l'elaborazione del *costo standard* nella fase transitoria saranno dati dai *costi per l'erogazione dei LEA rilevati* in un dato arco temporale in tre Regioni italiane.

Tuttavia, il *costo standard* non corrisponde alla spesa sanitaria *reale* delle tre Regioni *benchmark*.

Esso è una media *pro capite* corretta in base ad alcuni fattori dei costi aggregati rilevati per le tre macro-aree di assistenza sanitaria (o macrolivelli: assistenza collettiva, assistenza distrettuale, assistenza ospedaliera)¹⁶⁸.

Per ogni macrolivello di assistenza, il dato in ciascuna delle tre Regioni *benchmark* su cui calcolare poi la media *pro capite* ponderata in base alla struttura demografica sarà così ricavato: spesa sanitaria regionale per macrolivello depurata da: a) costi per la mobilità dei pazienti; b) spese finanziate da entrate diverse da quelle ordinarie per il finanziamento LEA; c) spese per finanziare livelli ulteriori di assistenza rispetto ai LEA; d) «quote di ammortamento che trovano copertura ulteriore rispetto al finanziamento ordinario del Servizio sanitario nazionale, nei termini convenuti presso i Tavoli tecnici di verifica»¹⁶⁹.

Tale quantità, sarà poi *corretta* in ragione delle caratteristiche demografiche della popolazione¹⁷⁰. I «pesi» cui ancorare la media sono determinati «per classi d'età» e considerati per la «determinazione del fabbisogno sanitario» relativo al «secondo esercizio precedente a quello di riferimento»¹⁷¹.

¹⁶⁶ Che prevede, fra l'altro, la trasmissione dei dati al Nuovo Sistema Informativo Sanitario ed il monitoraggio del rispetto di tale disciplina da parte del «Tavolo di verifica degli adempimenti» incardinato nella Conferenza Stato-Regioni in base all'art. 12 dell'Intesa del 23 marzo 2005 *Patto per la salute 2006-2009*. Art. 1 cc. 184 lett. c) e 173-181 l. n. 311 del 2004; art. 12 Intesa del 23 marzo 2005. Se non vi fosse alcuna Regione in equilibrio economico, sarebbero scelte quelle non assoggettate a Piani di rientro.

¹⁶⁷ Nord, centro, sud. Una deve essere «di piccola dimensione geografica». Art. 27 c. 5 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁶⁸ Art. 27 c. 6 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁶⁹ Art. 27 c. 6 lettere a) – d) d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁷⁰ Art. 27 c. 7 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁷¹ Questa scelta è stata oggetto di critiche perché diversi studi mostrerebbero che influiscono sull'utilizzo dei servizi sanitari (e quindi sui livelli di spesa) anche fattori differenti dall'età, quali «fattori socio-economici». E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, cit. 6 e riferimenti bibliografici ivi richiamati, suggeriscono di imitare il metodo britannico per la costruzione della quota capitaria.

Una volta ricavato il dato *pro capite* ponderato per ogni Regione *benchmark* sarà effettuata la media *pro capite* per macrolivello di assistenza.

Tale quantità media *pro capite* sarà quindi *suddivisa per il fabbisogno nazionale standard* in modo da ricavare un *valore percentuale* per macrolivello di assistenza.

Tale valore percentuale così ricavato sarà il *costo standard* per ciascuno dei tre macrolivelli di assistenza.

A questo punto si procederà al calcolo del fabbisogno sanitario standard regionale, che sarà dato dal prodotto del costo standard per macrolivello di assistenza per la popolazione pesata regionale.

Questa quantità “ideale” di risorse che ogni Regione dovrebbe ricevere sarà suddivisa annualmente per il fabbisogno nazionale standard per individuare la quota percentuale di questa grandezza finanziaria che ciascuna Regione ordinaria riceverà ogni anno per garantire i LEA¹⁷².

La disciplina prevede poi un meccanismo di “salvaguardia” per il finanziamento della *migliore* fra le Regioni *benchmark* ed una clausola di “convergenza” verso i *costi standard*. Da un lato, la quota del fabbisogno nazionale standard per la migliore Regione di riferimento non potrà essere inferiore alla quota percentuale ricevuta nell’anno precedente «al netto delle variazioni di popolazione»; dall’altro, entro un periodo di cinque anni, tutte le Regioni ordinarie dovranno realizzare la convergenza ai *costi standard*¹⁷³.

Alcuni studi hanno messo in discussione la capacità delle soluzioni normative individuate di perseguire le finalità cui sarebbero preordinate, cioè la razionalizzazione della spesa ed il miglioramento qualitativo, di efficienza ed efficacia nell’erogazione dei LEA da parte delle Regioni.

I principali punti deboli del d.lgs. n. 68 del 2011 risiederebbero nelle modalità di calcolo del costo standard, che neutralizzerebbero la scelta delle Regioni di riferimento e non consentirebbero di influire sull’accesso al fabbisogno nazionale standard.

Il d.lgs. n. 68 del 2011 sarebbe quindi intervenuto essenzialmente soltanto sull’influenza della variabile demografica nel riparto del finanziamento. Il meccanismo dei *pesi* immaginato dal decreto legislativo del 2011 consentirebbe, da un lato, alle Regioni del sud di beneficiare di

¹⁷² Art. 27 cc. 8-9 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁷³ Art. 27 cc. 10-11 d.lgs. n. 68 del 2011.

quote maggiori di risorse statali per i LEA e, dall'altro, di incrementare il finanziamento dei LEA in quelle regioni in cui la spesa sanitaria è al di sotto del livello delle Regioni *benchmark*, mentre, sinora, sarebbero state premiate le Regioni del nord¹⁷⁴.

Va detto che queste osservazioni critiche riguardano una tecnica di calcolo del costo standard che è applicabile in via transitoria. Dal 2014, per la revisione dei criteri da utilizzare per la determinazione dei fabbisogni regionali standard sarà necessaria un'Intesa in Conferenza con cadenza biennale¹⁷⁵. Sarà dunque nuovamente nell'ambito dei processi di negoziazione su LEA e finanziamento degli stessi che si opereranno eventuali aggiustamenti a tali distorsioni del modello.

È però un dato incontrovertibile che il vincolo di bilancio assumerà una posizione preponderante nelle scelte sulla quantità e le tipologie di "prestazioni LEA". Ciò emerge nelle scelte relative all'individuazione del fabbisogno nazionale standard. A tal proposito, il progressivo allineamento del fabbisogno nazionale standard a parametri di riferimento quali i costi e i fabbisogni standard, immaginato dal legislatore una volta superata la fase transitoria¹⁷⁶, potrebbe comportare effetti perversi poiché le modalità di definizione del costo e del fabbisogno standard non sono condotte in base a criteri che mirano ad assicurare sia il controllo della spesa sia a combattere le inefficienze del sistema¹⁷⁷.

In realtà, il legislatore ha utilizzato un'espressione piuttosto equivoca nel definire "a regime" come si costruirà la relazione fra fabbisogno nazionale standard, costo standard e fabbisogni regionali standard, parlando di questi ultimi come «riferimento cui *rapportare*» il fabbisogno nazionale standard. Ciò che assumerà maggiore rilievo in tale scelta saranno, da un lato, i vincoli di bilancio imposti dagli obblighi sovranazionali e dalle intese con le Regioni sul Patto di stabilità interno e, dall'altro, le intese raggiunte in Conferenza Stato Regioni sui LEA, la revisione biennale dei costi standard, le intese sul fabbisogno nazionale standard.

Non sembra, in altri termini, che l'espressione utilizzata dal legislatore *imponga senza alcun margine di manovra* la definizione della quantità

¹⁷⁴ E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, cit., 18-20.

¹⁷⁵ Art. 29 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁷⁶ Art. 25 c. 3 d.lgs. n. 68 del 2011.

¹⁷⁷ E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, cit., 21.

di risorse per i LEA sulla base di una *stretta* applicazione dei risultati derivanti da una stima del fabbisogno nazionale condotta sui costi e sui fabbisogni standard.

Ciò che appare invece altamente probabile è che le procedure immaginate dal capo IV del d.lgs. n. 68 del 2011 potrebbero comportare, nel caso in cui non diventasse *sostenibile* il rapporto fra *quantità e tipologie dei LEA sanitari* da garantire e *spesa statale per i LEA* in ogni Regione, ad un ulteriore aumento delle probabilità che le Regioni andranno in *deficit* o non riusciranno a garantire i LEA in condizioni di efficienza e appropriatezza.

Inoltre, appare evidente che in tutte queste ipotesi si avrebbe come diretta conseguenza una ulteriore compressione dell'autonomia organizzativa e finanziaria delle Regioni.

4.1 *Il principio di responsabilità finanziaria e le politiche sanitarie regionali*

Si è già mostrato come l'evoluzione della disciplina sui patti per la salute, il patto di stabilità ed i poteri sostitutivi abbiano tentato di arginare il fenomeno dell'incremento della spesa sanitaria. Anche la disciplina di attuazione dell'art. 119 Cost. mira ad incidere su questo aspetto. In particolare, vengono in rilievo il d.lgs. n. 118 del 2011 sull'armonizzazione dei sistemi contabili e gli schemi di bilancio ed il d.lgs. n. 149 del 2011 relativo ai meccanismi premiali e sanzionatori. Il primo interviene sull'assenza di regole precise sulla contabilità e i bilanci; il secondo, invece, si pone a completamento della disciplina volta al controllo dei *deficit* di bilancio in sanità¹⁷⁸. Quest'ultimo presenta diversi nodi problematici. Il legislatore delegato ha previsto, all'art. 2 d.lgs. n. 149 del 2011, la tipizzazione di una delle ipotesi di *grave violazione di legge* che, ai sensi dell'art. 126 c. 1° Cost. comportano la rimozione del Presidente della Regione e allo scioglimento del Consiglio regionale.

In particolare, il primo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 149 del 2011, individua le condizioni *oggettive* della grave violazione di legge, ossia il *grave dissesto finanziario con riferimento al disavanzo sanitario* in Regioni sottoposte a piani di rientro¹⁷⁹. Il legislatore ha legato il concetto di disavanzo sanitario strutturale e di misure di rientro imposte dalla legge

¹⁷⁸ Cfr. C. cost. 178 del 2012 sull'applicabilità alle Autonomie speciali.

¹⁷⁹ Art. 2 cc. 77 ss. l. n. 191 del 2009, disciplina con la quale si è operata la *legificazione* del Patto per la salute 2010-2012.

finanziaria per il 2010 ad un *meccanismo sanzionatorio* della responsabilità finanziaria degli organi regionali che prevede: a) la rimozione del Presidente della Regione; b) lo scioglimento del Consiglio regionale; c) l'incandidabilità, per un decennio, del Presidente «alle cariche elettive a livello locale, regionale, nazionale ed europeo»; d) la non eligibilità del Presidente della Regione ad alcune cariche¹⁸⁰.

Diversi i dubbi di legittimità costituzionale che sono stati avanzati rispetto a tale disciplina¹⁸¹.

Fra le questioni più controverse si segnalano quelle che riguardano la natura della disciplina sul grave dissesto finanziario. Ci si interroga se si tratti di esercizio di potere sostitutivo *ex art.* 120 Cost. oppure se sia possibile considerarla una fattispecie rientrante nella *grave violazione di legge* prevista dal primo comma dell'art. 126 Cost. e dalle corrispondenti disposizioni degli Statuti speciali. In entrambi i casi viene rilevata l'incoerenza di un procedimento che coinvolge l'esercizio delle attribuzioni della Corte dei conti nell'accertamento delle condizioni *oggettive* del grave dissesto finanziario senza specificare di *quali attribuzioni si tratti* (controllo o giurisdizionali). Ciò dovrebbe di per sé implicare l'illegittimità della disciplina, in particolare, per violazione dei principi costituzionali sul giusto processo ed il diritto di difesa. Anche in sede di esame dello schema di decreto legislativo, nel corso di un'audizione parlamentare, il Presidente della Corte dei conti aveva rilevato la mancanza di un «momento procedimentale» di contraddittorio per l'accertamento della grave violazione di legge, che, *ex art.* 126 c. 1° Cost., dovrebbe essere previsto¹⁸².

¹⁸⁰ Non potrà essere nominato componente di organo o cariche di governo degli enti locali, delle Regioni, dello Stato e dell'Unione europea.

¹⁸¹ Sono stati depositati dieci ricorsi di legittimità costituzionale in via principale avverso il d.lgs. n. 149 del 2011: Regione Trentino-Alto Adige (ric. 2011/148); Provincia autonoma di Trento (ric. 2011/150); Provincia autonoma di Bolzano (ric. 2011/161); Regione Valle d'Aosta (ric. 2011/157); Regione Sicilia (ric. 2011/162); Regione Emilia-Romagna (ric. 2011/149); Regione Umbria (ric. 2011/151); Regione Lazio (ric. 2011/156); Regione Campania (ric. 2011/154); Regione Calabria (ric. 2011/159). Tutti i ricorsi delle Regioni ad autonomia differenziata e delle Province autonome hanno proposto ricorso in riferimento all'applicazione del decreto legislativo agli Enti ad autonomia speciale. Tutti i ricorsi evidenziano il profilo dell'eccesso di delega e l'illegittimità della disciplina relativa ai meccanismi sanzionatori per gli enti locali.

¹⁸² Audizione del Presidente della Corte dei conti sullo schema di decreto legislativo presso la Commissione bicamerale per l'attuazione del federalismo fiscale (atto del governo n. 365), reperibile alla pagina web http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/chi_siamo/audizioni/audizione_15_6_2011_presidente_giampaolino.pdf.

In secondo luogo, la sanzione della rimozione del Presidente della Regione e la conseguente decadenza del Consiglio sarebbero l'effetto di comportamenti di un organo – il Presidente della Regione – che agisce in qualità di *organo dello Stato*. In effetti, nella disciplina sui piani di rientro, il Presidente agisce nella qualità di commissario *ad acta* del Governo.

I termini della questione sono dunque i seguenti: se il meccanismo sanzionatorio per il grave dissesto finanziario viene qualificato come grave violazione di legge *ex art. 126 c. 1° Cost.*, la sanzione della rimozione dovrebbe colpire l'attività di organi della Regione e non, invece, un organo che agisce nell'ambito di una procedura attivata *ex art. 120 Cost.*, cioè in una delle fasi dell'esercizio dei poteri sostitutivi statali¹⁸³.

L'altro aspetto fortemente problematico è relativo alla incerta natura della responsabilità che è sottesa alla disciplina sul grave dissesto finanziario. Il legislatore delegato ha qualificato tale fattispecie come ipotesi di «responsabilità politica» del Presidente della Regione.

Si tratterebbe di un'ipotesi di responsabilità politica nella quale la “sanzione” verrebbe comminata non da organi rappresentativi del corpo elettorale di riferimento, ma da organi indirettamente rappresentativi dell'intero corpo elettorale. A ciò si aggiunga che il legislatore, come ulteriore sanzione per tale ipotesi di responsabilità “politica”, ha previsto l'incandidabilità e la non eligibilità ad alcune cariche pubbliche¹⁸⁴. Ciò, da un lato, svilirebbe il senso dell'autonomia regionale e, dall'altro, renderebbe questa tipologia di sanzione eccentrica rispetto ai moduli di funzionamento del circuito “rappresentanza – responsabilità politica”.

L'obiettivo di individuare forme incisive di sanzione per la violazione del principio di responsabilità finanziaria (in altri termini, l'esigenza di

¹⁸³ Nel ricorso della Regione Campania si solleva la questione della “non tipizzabilità” per via legislativa delle condotte rientranti nella sfera di applicazione dell'art. 126 c. 1° Cost. poiché restringerebbe illegittimamente le attribuzioni del Presidente della Repubblica. Questo rilievo non appare condivisibile per due ordini di motivi: uno legato alle forme di definizione delle attribuzioni costituzionali, che possono essere tracciate anche per via legislativa (basti pensare a tutta la teoria dei conflitti di attribuzioni fra poteri, alla distinzione fra attribuzione e competenza per risolvere in senso affermativo il dilemma sulla possibilità di tipizzare per via legislativa le condotte in presenza delle quali è possibile esercitare il potere di cui all'art. 126 c. 1° Cost.). L'altro è legato all'effetto garantistico della tipizzazione rispetto alla tutela delle attribuzioni degli organi della Regione e delle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti che le esercitano *pro tempore*.

¹⁸⁴ Il Presidente della Repubblica ed il Presidente del Consiglio dei ministri (data la necessità della controfirma ministeriale dell'atto adottato *ex art. 126 c. 1° Cost.*).

stabilità economico-finanziaria), nella prospettiva del legislatore delegato, consentirebbe di piegare i tratti di istituti e categorie di diritto costituzionale al punto da costruire un regime giuridico parallelo a quello dell'ordinario funzionamento dei rapporti fra organi rappresentativi e corpo elettorale e fra Enti che compongono la Repubblica.

5. Considerazioni di sintesi

L'attuazione dei principi costituzionali sulla tutela della salute appare caratterizzata da una certa stabilità nella ricerca di un modello *eteronomo* di tutela della salute, ossia una forma di organizzazione di *un servizio sanitario pubblico*, mediante il quale si mira all'*eteroregolamentazione* in materia di scelte terapeutiche¹⁸⁵.

Preponderante appare, sul piano delle scelte politiche di fondo, il ruolo del Governo dello Stato¹⁸⁶.

Il modello italiano mira all'*uniformità*, perché attraverso l'uniformità dei caratteri di fondo del servizio sanitario si garantisce l'uguaglianza nell'esercizio del diritto fondamentale alla salute.

È mediante l'esercizio delle competenze normative sui livelli essenziali di assistenza che si persegue tale finalità¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Rispetto al modello di rapporto fra pubblico e privato, che definisce di *quasi-mercato* G. CORSO rileva, infatti, che in tale contesto l'utente dei servizi sanitari (che l'A. definisce «consumatore») «è il c.d. paziente – ubbidiente che, privo della competenza necessaria per valutare la qualità dell'offerta, è costretto ad affidarsi a terzi» G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 17, spec. 23. L'autonomia della scienza medica viene rispettata nella fase della *programmazione* nazionale e regionale, mediante l'integrazione delle valutazioni tecnico-scientifiche nelle scelte sulle tipologie di prestazioni sanitarie *erogabili* nell'ambito del servizio sanitario nazionale; nella fase della *concreta* erogazione delle prestazioni sanitarie, al livello regionale, mediante lo sviluppo dei protocolli clinici e delle linee guida. Art. 3 d.l. n. 158 del 2012. Sugli effetti che hanno gli strumenti dell'*evidence based medicine* nel modello italiano cfr. E. ANTONAZZO, G. FIORENTINI, R. GRILLI, A. PAGANELLI, *L'impatto dei criteri di priorità per gli accessi alla diagnostica ambulatoriale*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 119 ss.

¹⁸⁶ Sul piano delle scelte che più incidono sul livello dell'erogazione dei servizi, il ruolo dei Ministeri della Salute e dell'Economia e delle Finanze e delle Agenzie statali (in particolare l'AIFA per l'assistenza farmaceutica), da un lato, e, dall'altro, delle *strutture tecniche* costruite in funzione di supporto ai lavori della Conferenza Stato-Regioni (AGENAS e NSIS in particolare) oltre che della stessa Conferenza Stato-Regioni.

¹⁸⁷ Si è mostrato che i LEA costituiscono la *declinazione* nel settore della tutela della salute, dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali di cui

La riforma costituzionale del 2001 non sembra aver stravolto i caratteri del modello, anzi, evidenzia una «tendenza alla stabilità» dello stesso, determinata da «un insieme di vincoli istituzionali, finanziari ed economici che, nel contesto italiano, assumono una connotazione strutturale»¹⁸⁸.

L'attuazione della riforma costituzionale del 2001 ha visto, negli ultimi anni, crescere il rilievo delle *negoziazioni* in Conferenza Stato-Regioni per razionalizzare sul piano della spesa sanitaria e delle *performances* dei sistemi sanitari regionali l'erogazione dei LEA. Il risultato delle intese raggiunte in Conferenza¹⁸⁹ è stato poi trasfuso a livello legislativo e sono stati costruiti meccanismi di sostituzione normativa ed amministrativa per tentare di risolvere il problema dei *deficit* di bilancio in sanità.

Quanto al tema della spesa sanitaria statale per il finanziamento del servizio sanitario regionale, centrale è apparso il *problema* del finanziamento dei livelli essenziali di assistenza e del controllo della spesa regionale per assicurare l'*uniforme* esercizio del diritto alla salute su tutto il territorio nazionale¹⁹⁰.

Appare evidente che nell'ultimo quindicennio è stato attraverso i principi e le regole sull'accesso ai finanziamenti statali per la garanzia dei LEA che si è maggiormente inciso sulle competenze regionali in materia di tutela della salute.

A questo proposito, muovendo dall'analisi della struttura dei procedimenti e dei criteri di allocazione delle risorse statali – dettati, in particolare, dal decreto legislativo n. 68 del 2011 – si possono prospettare alcune conclusioni sull'evoluzione della legislazione italiana sul *welfare sanitario*.

La costruzione del rapporto fra livelli essenziali e spesa statale in modo da rendere i primi una variabile dipendente dalla seconda è un ele-

all'art. 117 c. 2° lett. m) Cost. Il controllo statale viene esercitato mediante il metodo della programmazione e la definizione dei LEA.

¹⁸⁸ G. FIORENTINI, *Interventi micro e riforme macro nel servizio sanitario nazionale*, in ID. (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, cit., 9, spec. 12 ss.; G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, cit. 90.

¹⁸⁹ Sulle problematiche legate ai moduli della leale collaborazione nel quadro del titolo V, parte II della Costituzione M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della «codecisione paritaria» evitandone gli effetti perversi*, in *Regioni*, 2004, 1044 ss.; G. TARLI BARBIERI, (voce) *Funzioni amministrative regionali (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl. Aggiornamento III*, Torino, 2008, 401.

¹⁹⁰ Di recente, sul punto L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/TruccoDEF.pdf>.

mento strutturale dell'attuale e del futuro assetto delle garanzie dell'effettiva erogazione dei LEA¹⁹¹. Come si è mostrato, il decreto legislativo n. 68 del 2011 traccia le coordinate di questo raccordo fra *decisione politico-normativa* sui LEA in sanità e *scelte politico-finanziarie*¹⁹².

Il dato che emerge dall'esperienza più recente è che i Servizi sanitari regionali delle Regioni in *deficit o inadempienti* alla disciplina relativa all'erogazione dei LEA sono stati trasformati in complessi di strutture che riescono ad operare *soltanto* per assicurare la garanzia dei LEA. Si è così determinata, in questi casi, una forte compressione dell'autonomia organizzativa e finanziaria regionale nel settore sanitario¹⁹³.

Si può convenire con la *ratio* di fondo di questi interventi: consentire margini di manovra soltanto a quelle Regioni che hanno saputo utilizzare gli spazi di autonomia garantiti dalla Costituzione.

Ma i meccanismi di calcolo delle risorse statali per i LEA che sono stati esaminati *potrebbero risultare insostenibili* anche per Regioni che sinora hanno fatto "un uso efficace, efficiente ed economico" dell'autonomia regionale in materia sanitaria: si potrebbe chiedere *troppo* alle Regioni, ossia di assicurare un'ampia tipologia di LEA senza che lo Stato possa operare un investimento coerente con la finalità che s'intende raggiungere.

Come si risolverebbe in tali casi il problema? Tre sono le alternative: il ridimensionamento dei LEA; il *peggioramento* degli indici di qualità, efficienza ed appropriatezza nella loro erogazione; la compressione dell'autonomia regionale *pur di assicurare l'uniformità nella garanzia dei LEA*.

Nei primi due casi si correrebbe il rischio di intaccare il *contenuto essenziale del diritto alla salute* e, quindi, di *fallire nella tutela costituzionale di un diritto fondamentale*.

Nell'ultima ipotesi, invece, si ridurrebbero i servizi sanitari regionali a complessi di strutture che si occupano unicamente di garantire i LEA.

¹⁹¹ Sul tema cfr. L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria*, cit.; A. GUAZZAROTTI, *Diritti fondamentali e regioni: il nuovo titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1031, spec. 1044 ss.

¹⁹² Cfr. paragrafo seguente.

¹⁹³ Sul tema si vedano, da ultimo, E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata, 2006; E. VIVALDI, *I diritti sociali tra Stato e Regioni: il difficile contemperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012, reperibile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/VivaldiDEF.pdf>.

C'è poi un altro rischio per il funzionamento del modello: l'incongruità dei mezzi prescelti dal legislatore rispetto ai fini che s'intendono perseguire.

La costruzione dei rapporti fra gli Enti che hanno in carico le competenze sulla fissazione e l'erogazione dei LEA (cioè di quello che è il nucleo comune delle prestazioni sanitarie che vengono garantite sul territorio della Repubblica), fa leva, da un lato, sulla *responsabilità politico-amministrativa* delle Regioni nella spesa e nell'organizzazione dei servizi sanitari e, dall'altro, sulla posizione dello Stato come *garante ultimo* della stabilità finanziaria del sistema sanitario nazionale.

Questo può impedire di realizzare l'obiettivo del miglioramento della qualità, dell'efficacia, dell'efficienza nell'erogazione delle prestazioni da parte del servizio sanitario nazionale e nell'allocazione delle risorse pubbliche. Le ragioni di tale conclusione risiedono nella peculiare condizione socio-economica di alcune parti del territorio nazionale e nell'incoerenza rispetto al fine della disciplina sui LEA.

Il primo ordine di problemi è legato alle dinamiche del circuito rappresentanza-responsabilità politica. L'esperienza applicativa della disciplina sul controllo del *deficit* sanitario regionale sinora ha dimostrato tutta la sua inefficacia, anche sul piano del controllo democratico delle scelte politico-amministrative regionali in materia di tutela della salute.

A tal proposito, non si può immaginare di correggere le inefficienze nella garanzia della tutela della salute determinate da scelte politico-amministrative regionali inadeguate a garantire la sostenibilità economico-finanziaria del servizio sanitario regionale, mediante il depauperamento dei privati (con il ricorso alla leva fiscale) e la compressione dell'autonomia dell'Ente, utilizzando soltanto i meccanismi "sanzionatori" interni al circuito democratico-rappresentativo.

Questa strategia non è sufficiente a risolvere il problema.

In *contesti* sociali come quelli del Meridione d'Italia, in particolare, è, infatti, «lontana dalla realtà» l'idea della rappresentanza e della responsabilità politica fondata sulla costruzione dell'*elettore razionale*. Nel *contesto* su cui s'intende intervenire, «il consenso elettorale si continua a costruire ancora sulla base della sommatoria di consensi particolaristici ottenuti prevalentemente attraverso l'utilizzo altrettanto particolaristico delle risorse pubbliche»¹⁹⁴.

¹⁹⁴ G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1177, spec. 1179.

Bisognerebbe quindi, piuttosto, immaginare un modello di sostituzione normativa, amministrativa e finanziaria che consenta di allocare in capo allo Stato le scelte in materia di tutela della salute. Il legislatore si è mosso in tal senso con il d.lgs. n. 149 del 2011, ma in modo non compatibile con il quadro costituzionale.

I moduli della specialità, poi (per le Regioni meridionali che la possiedono), e della leale collaborazione, semplicemente, dovrebbero essere *declinati in modo differente in ragione delle differenti circostanze socio-economiche* di quei territori.

Il secondo ordine di problemi è legato, invece, alla *incoerenza rispetto al fine della disciplina* sui LEA.

Questa, come si è detto, è *sbilanciata* rispetto all'obiettivo dell'equilibrio finanziario. Ciò potrebbe *impedire* di raggiungere l'obiettivo dell'«effettiva tutela dei livelli essenziali delle prestazioni». Di conseguenza, sarebbe in pericolo la stabilità della *comunità politica* e, dunque, l'effettività dello stesso principio unitario¹⁹⁵, perché la capacità economica dei territori diverrebbe la pre-condizione per garantire livelli adeguati di servizio. Costruire i LEA sulla base della *sostenibilità* finanziaria, in altri termini, significherebbe ancorare l'effettività della Costituzione soltanto al principio di gradualità nella sua attuazione e allentare le maglie del controllo delle scelte politico-normative in tema di diritti sociali.

Questo è il nodo problematico sotteso alle scelte operate dal legislatore con il d. lgs. n. 68 del 2011.

Esso rappresenta, al medesimo tempo, uno dei pilastri sui quali è stato edificato il modello eteronomo di tutela della salute ed uno dei fattori di crisi di effettività del diritto alla salute.

Insieme alle forme normative delle scelte politiche sulla programmazione delle prestazioni da rendere agli utenti del servizio sanitario nazionale, le procedure democratiche per l'individuazione delle risorse

¹⁹⁵ G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, cit., 1180-1183; analoghe preoccupazioni venivano sollevate in ID., *Problemi e pericoli del «federalismo fiscale» in Italia*, in *Le Regioni*, 2002, 977, spec. 983, con riferimento alla debolezza del quadro costituzionale sull'autonomia finanziaria regionale in tema di rapporti fra gli Enti fra esigenza di differenziazione e garanzia dell'unità della Repubblica. L'A. rilevava che la vaghezza della disciplina costituzionale sul punto e l'ampiezza della *discrezionalità* del legislatore che da ciò derivava avrebbe potuto determinare, in un assetto costituzionale in cui le tradizionali funzioni dello «Stato sociale» venivano attribuite agli Enti territoriali sub-statali, «un graduale processo di affievolimento del grado di tutela dei diritti sociali, in quanto diritti finanziariamente condizionati».

economiche da destinare al finanziamento del servizio sanitario nazionale costituiscono i poli entro i quali si definisce l'ampiezza o la riduzione del livello di tutela della salute nell'ordinamento italiano.

È nell'organizzazione del servizio, nella definizione del tipo di prestazioni erogabili, nelle decisioni sui costi della tutela della salute che risiede il carattere flessibile del diritto alla salute.

Tuttavia, nell'ordinamento costituzionale italiano esistono strumenti di controllo delle decisioni politiche. Il processo di attuazione della Costituzione e di costruzione del modello di tutela della salute va quindi osservato anche alla luce dell'interpretazione resa dalla Corte costituzionale. Ciò consentirà di verificare qual è il *livello* di rigidità dei tratti del modello eteronomo di tutela della salute.

CAPITOLO III

LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E IL NODO DELLA FLESSIBILITÀ

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza costituzionale e la struttura del diritto alla salute. – 2. Il limite tecnico-scientifico. – 3. Il limite organizzativo. – 4. Il limite economico-finanziario. – 5. Il contenuto minimo essenziale del diritto alla salute. – 6. Considerazioni di sintesi.

1. *La giurisprudenza costituzionale e la struttura del diritto alla salute*

La Corte costituzionale è stata sollecitata a valutare la legittimità costituzionale delle scelte normative operate dal legislatore sotto due aspetti: uno è relativo alla struttura del diritto alla salute; l'altro, da questo implicato, riguarda l'articolazione delle competenze in materia di tutela della salute.

L'analisi degli orientamenti della Corte relativi alla struttura del diritto consente di comprendere quale sia il grado di *flessibilità* della tutela del diritto alla salute ammesso dal Giudice delle leggi. Invece, le indicazioni provenienti dalla Corte in tema di articolazioni del potere pubblico in materia di tutela della salute interessano per valutare la rigidità del modello eteronomo di tutela della salute così come è stato definito dal legislatore statale, modello che ruota intorno ad un certo assetto del servizio sanitario nazionale.

In questo capitolo il problema della flessibilità della tutela della salute sarà affrontato con riguardo alla struttura del diritto alla salute.

Sotto questo profilo la giurisprudenza costituzionale avrebbe potuto assumere o un ruolo propulsivo o uno correttivo rispetto alle forme di attuazione costituzionale definite dal legislatore. Il Giudice costituzionale, infatti, è stato investito di questioni direttamente incidenti sul problema della rigidità del livello di tutela del diritto fondamentale alla salute, prevalentemente in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. In tali questioni è ricorrente la costruzione del parametro di legittimità costituzionale con riferimento agli articoli 2, 3, 32 Cost.

La maggior parte delle questioni di legittimità costituzionale affronta il nodo della struttura del diritto alla salute slegandolo dal profilo dell'articolazione delle competenze fra Enti. I giudici rimettenti, in altri termini, si sono posti il problema della *Drittwirkung* delle norme costituzionali ed hanno affrontato il nodo dei rapporti fra legislazione di attuazione costituzionale, interpretazione costituzionale, ruolo del Giudice delle leggi nella garanzia della rigidità costituzionale.

Dopo aver sciolto questi nodi si affronterà, nel capitolo seguente, il problema della *rigidità* dei tratti del modello di servizio sanitario ed suoi fattori di crisi. In quel contesto sarà presa in esame anche la giurisprudenza costituzionale sulle *competenze* in materia di tutela della salute.

A proposito della struttura del diritto alla salute, la Corte costituzionale italiana afferma, ormai in modo costante, che il diritto costituzionale alla salute è composto da un fascio di situazioni giuridiche soggettive (alcune qualificabili come *diritti soggettivi*, altre in posizione intermedia fra diritto soggettivo ed interesse legittimo) e che esso costituisca un diritto fondamentale *condizionato* da tre ordini di limiti: tecnico-scientifico; economico-finanziario; organizzativo.

È a partire dalla sentenza n. 455 del 1990 che si tratteggiano con nettezza questi caratteri del diritto alla salute.

La decisione del 1990 chiude, infatti, ad alcune prospettive ermeneutiche – emerse in precedenti decisioni – in cui la ricostruzione dei caratteri delle situazioni giuridiche soggettive ascrivibili alla tutela costituzionale del bene giuridico “salute” era stata fortemente influenzata da categorie giusciviltistiche. Questi orientamenti giurisprudenziali avrebbero potuto determinare forme di tutela del diritto alla salute di carattere pieno, analogo a quelle proprie di diritti soggettivi, anche nella sua «dimensione pubblicistica», per utilizzare un'espressione frequente proprio nella giurisprudenza costituzionale cui si fa riferimento¹.

In particolare, nella sentenza n. 992 del 1988, la Corte costituzionale sembrava prefigurare forme «di ristoro» per la tutela del diritto alla salute in qualsivoglia situazione di «indispensabilità» delle cure mediche necessarie ai singoli. Affermazione che, in un modello di servizio sanitario in cui le prestazioni sanitarie sono state attratte nella dimensione pubblicistica, rendeva il “diritto alle cure mediche” esigibile a prescindere

¹ C. cost. nn. 103 del 1977; 175 del 1982; 559 del 1987 e, soprattutto, C. cost. n. 992 del 1988.

dalle logiche di programmazione e sostenibilità economico-finanziaria del servizio sanitario².

La sentenza del 1990 rilegge in chiave differente l'affermazione che il diritto alla salute è un diritto soggettivo che necessita piena ed esaustiva tutela sia nei rapporti interprivati che in quelli con i pubblici poteri.

Con la sentenza n. 455 del 1990, infatti, si riconduce il rapporto fra singolo e servizio sanitario nel quadro della logica della programmazione delle prestazioni erogabili e della spesa sanitaria. La Corte richiama a tal fine la categoria delle norme costituzionali programmatiche, ascrivendovi il diritto a ottenere trattamenti sanitari³, e corregge l'affermazione che la tutela della salute è un diritto soggettivo pieno, soggiungendo che questo è conformato per via legislativa.

Nella decisione del 1990 riemerge, poi, con nettezza, il *discrimen* fra due situazioni giuridiche soggettive che negli studi condotti sul tema della tutela della salute sono venute maggiormente in rilievo: il *diritto alla difesa dell'integrità psico-fisica* ed il *diritto a trattamenti sanitari*.

Le forme di tutela dell'integrità psico-fisica rientrano nelle tradizionali categorie dei diritti soggettivi (prevalentemente forme di tutela ben note ai giusciviliti⁴), mentre, per definire il carattere del diritto a trattamenti sanitari, la Corte procede *a contrario*, identificandone le *differenze* rispetto al diritto alla difesa dell'integrità psico-fisica.

² C. cost. n. 992 del 1988, che ampliava le forme di tutela del diritto a prestazioni sanitarie come ricostruita in C. cost. n. 173 del 1987. E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513, spec. 1514, sottolinea come, invece, C. cost. n. 455 del 1990 sia in linea di continuità con la precedente giurisprudenza quanto allo sfondo concettuale, che è sempre il seguente: «L'esistenza del diritto alla salute richiede e comporta l'esistenza, ed il funzionamento, di un sistema deputato a determinare quali prestazioni sono previste per garantirlo e tutelarlo». Di recente, sul tema A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale italiano*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani dell'8/9 giugno 2012 in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/RovagnatiDEF.pdf>.

³ C. cost. n. 455 del 1990: ««al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento.»».

⁴ Cfr. C. cost. n. 184 del 1986 sul tema della precettività del diritto alla salute mediante l'integrazione fra art. 32 Cost. ed art. 2043 cod. civ. e C. cost. n. 559 del 1987 relativamente alla tutela della salute nei rapporti di lavoro fra privati.

Se quest'ultimo è un diritto soggettivo *pieno* fondato sull'art. 32 Cost.⁵, nel senso che ha «piena ed esclusiva tutela», è «immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile e azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti»⁶; il diritto a trattamenti sanitari non possiede, invece, il carattere della immediata garanzia costituzionale e quindi della diretta tutela e della diretta azionabilità.

Il diritto a trattamenti sanitari, afferma il giudice costituzionale, è un «diritto a prestazioni positive» che, come tutti i diritti a prestazioni positive, si fonda su norme costituzionali meramente programmatiche.

Questa situazione giuridica soggettiva viene definita «diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà» e suscettibile di «bilanciamento» con «altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei *limiti oggettivi*» posti al legislatore dalle «risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»⁷.

La natura di diritto costituzionale condizionato implica la gradualità della tutela, che resta costituzionalmente obbligatoria, ma soggetta alla «possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione».

Soltanto ove conformato per via legislativa, il diritto costituzionale condizionato diventa diritto pieno ed incondizionato, nella specie, diritto pieno ed incondizionato a fruire delle prestazioni sanitarie che sono «erogabili come servizio pubblico a favore dei cittadini»⁸.

Il mutamento di orientamento nella giurisprudenza costituzionale sul diritto alle prestazioni sanitarie avviene non tanto nel senso che a partire dalla decisione del 1990 la Corte iniziò a costruire il diritto alla salute muovendo dalla legislazione vigente⁹, quanto nella definizione del ruolo del giudice costituzionale e degli strumenti di controllo dell'attività del legislatore.

⁵ Nella sentenza n. 455 del 1990 si richiamano C. cost. n. 992 del 1988; n. 88 del 1979; n. 184 del 1986; n. 559 del 1987; n. 1011 del 1988; n. 298 del 1990; n. 307 del 1990.

⁶ La Corte rinvia alle sue precedenti sentenze: C. cost. nn. 88 del 1979; 184 del 1986; 559 del 1987. Si esprime in questi termini anche Corte cost. n. 992 del 1988.

⁷ C. cost. n. 445 del 1990, *corsivo aggiunto*. La Corte richiama le sue precedenti sentt. n. 175 del 1982; 212 del 1983; 1011 del 1988.

⁸ C. cost. n. 455 del 1990 che richiama C. cost. nn. 103 del 1977 e n. 175 del 1982.

⁹ Questo era già emerso nella giurisprudenza sul principio di gradualità della tutela C. cost. n. 142 del 1982.

Nella sentenza del 1990, il giudice costituzionale inizia chiaramente a costruire il giudizio di ragionevolezza come strumento di controllo della discrezionalità del legislatore.

È proprio in quei casi in cui si ritiene che le norme costituzionali non siano immediatamente precettive (ma suscettibili di differenti forme di attuazione per via legislativa) che la legalità costituzionale può venire vulnerata più facilmente.

In tali casi è stato necessario immaginare degli strumenti di controllo della legislazione capaci di rendere *giustiziabile* qualsiasi principio costituzionale. La Corte inizia, dunque, ad interpretare il suo ruolo di garante della legalità costituzionale come giudice che esercita uno scrutinio sull'arbitrarietà delle leggi¹⁰.

La forma che assume il controllo di non arbitrarietà delle scelte legislative in questa decisione è uno sviluppo ed una rilettura del *principio di gradualità* della tutela del diritto costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost.

Ma, mentre il principio di gradualità riduceva i margini d'intervento del giudice delle leggi, il giudizio di ragionevolezza mira a rafforzare il ruolo della giurisprudenza costituzionale.

Il principio di gradualità era, infatti, lo strumento mediante il quale *tollerare* una opera di *parziale* attuazione della Costituzione, posto che esso implicava che spettasse al legislatore ordinario determinare gli strumenti, i tempi e i modi di *attuazione* della disciplina costituzionale¹¹.

L'applicazione giurisprudenziale del principio di gradualità ai diritti a prestazioni, come il diritto ai trattamenti sanitari, non poteva consentire una completa effettività dei principi costituzionali e, parimenti, non poteva costringere entro maglie strette l'attività del legislatore e le scelte di politica del diritto in tema di attuazione della Costituzione.

Non a caso, nella sentenza n. 992 del 1988, per rendere "sindacabile" la scelta legislativa, la Corte aveva abbandonato la categoria delle norme programmatiche ed il correlato principio di gradualità della tutela dei diritti sociali.

Il controllo di ragionevolezza, invece, consente di richiamare nuovamente la categoria delle norme programmatiche ma è una forma di sindacato costruito ed immaginato in un momento dell'esperienza co-

¹⁰ E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie*, cit., 1417.

¹¹ Cfr. Corte cost. n. 142 del 1982.

stituzionale repubblicana in cui l'attuazione della Costituzione è già un "fatto".

Il controllo di ragionevolezza consente di evitare che il quadro normativo vigente possa presentarsi nelle forme proprie della fase storica immediatamente successiva all'entrata in vigore di una nuova Costituzione.

In altri termini, rappresenta una tecnica di controllo nella quale non assumono rilievo preponderante valutazioni legate al principio di continuità dell'ordinamento giuridico, valutazioni che, invece, in base al principio di gradualità, possono consentire di *tollerare* un quadro normativo molto distante dalla *ratio* e dal raggiungimento degli obiettivi posti dalle norme costituzionali.

La giurisprudenza costituzionale successiva al 1990, ponendo l'accento non più sul principio di gradualità ma sulla garanzia costituzionale del diritto alla salute e sulle tecniche di controllo dell'attività legislativa ad opera del giudice costituzionale, sposta il punto di vista sull'uso della discrezionalità legislativa e richiama – direi in modo piuttosto tralascio – la categoria del diritto soggettivo per riferirsi al diritto alla salute nel suo aspetto dei rapporti con il servizio sanitario¹².

Successivamente alla sentenza n. 455 del 1990, dunque, si definiscono stabilmente i tratti della categoria del diritto costituzionale condizionato e si apre il tema del controllo della discrezionalità legislativa.

Queste due tematiche caratterizzeranno la giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni su limiti e forme di tutela del diritto alla salute¹³.

La Corte costituzionale, infatti, si concentrerà sull'identificazione dei *limiti esterni* del diritto fondamentale alla salute (il limite tecnico-scientifico; il limite economico-finanziario; il limite organizzativo); degli strumenti di controllo della discrezionalità legislativa (tecniche del "bilanciamento" e del giudizio di ragionevolezza)¹⁴; dei parametri da utilizzare nello svolgere tale controllo (il contenuto minimo essenziale o nucleo incompressibile o irriducibile del diritto alla salute).

¹² Qui si richiamano C. cost. nn. 27 del 1975; 226 e 559 del 1987; 992 del 1988; 319 del 1989; 127 e 298 del 1990).

¹³ Fra le decisioni in cui la Corte descrive con nettezza ragioni e tecniche di applicazione delle categorie del *diritto a prestazioni positive* come *diritto costituzionale condizionato* ed enuncia i *limiti* cui tale diritto è sottoposto, la sentenza n. 304 del 1994.

¹⁴ A proposito della sentenza n. 455 del 1990 E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie*, cit., 1522 mette in rilievo anche il *principio di gradualità*, che nello schema qui seguito invece viene collocato fra i *limiti esterni* al diritto alla salute (all'interno di quello economico-finanziario).

In particolare, riemergerà con chiarezza la distinzione fra norme costituzionali programmatiche e norme immediatamente precettive: il diritto alla salute, nel suo aspetto di diritto a trattamenti sanitari, è definito come un «diritto a prestazioni positive, basato su norme programmatiche, che impongono sul legislatore un obbligo costituzionale all'attuazione della tutela della salute». Esso, quindi, diviene interamente conformato dal legislatore, cui spetta effettuare il bilanciamento fra le norme costituzionali e le condizioni reali nelle quali esse trovano attuazione, condizioni reali fra le quali vanno considerate le «risorse esistenti»¹⁵.

Altro aspetto relativo alla definizione dei tratti delle situazioni giuridiche soggettive legate alla tutela costituzionale della salute riguarda i riflessi della qualificazione costituzionale del *bene giuridico* salute come *interesse* della collettività.

Nella giurisprudenza costituzionale emergono infatti chiaramente, dall'incrocio fra diritto alla salute e interesse della collettività alla salute (nella disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori e dei *danni* alla salute del singolo derivati da tali trattamenti) un complesso di situazioni giuridiche soggettive ascritte al *contenuto minimo essenziale* del diritto alla salute.

Si tratta di forme di *ristoro* del danno alla salute poste a carico della collettività. Tali forme di protezione del singolo sono costituzionalmente obbligate dal bilanciamento fra salute come diritto dell'individuo e salute come interesse della collettività¹⁶.

Il fondamento di tali misure viene rinvenuto nel dovere di solidarietà sociale, dovere che sorge in conseguenza dei danni provocati al singolo nell'adempimento dell'obbligo costituzionale di protezione della salute come interesse della collettività¹⁷.

2. *Il limite tecnico-scientifico*

Costruita la categoria del diritto fondamentale condizionato da limiti esterni, intangibili mediante il controllo di costituzionalità, raffigurati come variabili che compongono le *scelte discrezionali del legislatore*, la giurisprudenza costituzionale ha definito il diverso statuto dei tre ordini di limiti posti al diritto alla salute.

¹⁵ C. cost. n. 304 del 1994.

¹⁶ C. cost. n. 307 del 1990.

¹⁷ C. cost. nn. 118 del 1996 e 27 del 1998.

Il primo è quello tecnico-scientifico. Questo, come le altre due tipologie di limiti è un *limite* al sindacato di costituzionalità. Tuttavia, a differenza del limite organizzativo e di quello economico-finanziario presenta alcune peculiarità.

La giurisprudenza costituzionale che lo richiama lo assume come un *dato* sul quale né il legislatore né il giudice costituzionale possono incidere. Esso viene trattato dalla Corte come un elemento di valutazione *non giuridico* che il legislatore deve utilizzare per effettuare le sue scelte e che il giudice costituzionale deve conoscere per valutare se è stato correttamente interpretato dal legislatore.

Come si vedrà, questa particolare qualità del limite tecnico-scientifico appare fortemente contraddittoria.

Nonostante ciò, sembra ormai che questo sia l'orientamento costante del giudice costituzionale.

A conferma di tale impressione, anche in una delle più controverse decisioni in cui la Corte si confronta con il sindacato delle scelte normative in tema di «effetti» ed «efficacia terapeutica» di un trattamento sanitario¹⁸, il Giudice delle leggi ha ritenuto che è nell'ambito della dialettica fra legislatore ed «organi tecnico-scientifici» che debbono essere determinate le decisioni in materia di trattamenti sanitari erogabili (o meno) a carico del servizio sanitario nazionale o di trattamenti sanitari ammessi o vietati in nome della tutela dell'integrità psico-fisica della persona¹⁹.

La *ratio* sottesa alla costruzione del limite tecnico-scientifico è costituita dall'idea che il mantenimento o il miglioramento dello stato di salute dipendano da strumenti e tecniche elaborati secondo l'arte e la scienza medica, strumenti e tecniche che sfuggono alla possibilità di essere definiti e conformati dal legislatore a meno di non ledere l'autonomia e la libertà della scienza e della ricerca (artt. 9 e 33 Cost.)²⁰.

Per quest'ultima ragione, il limite tecnico-scientifico ha operato in forme differenti, a seconda che la Corte fosse chiamata a valutare la legittimità costituzionale di una disciplina che incide sulle scelte terapeutiche compiute dal singolo o sull'ambito dell'autonomia di coloro che praticano professioni sanitarie.

¹⁸ C. cost. n. 185 del 1998.

¹⁹ Tema emerso in C. cost. nn. 282 del 2002, 338 del 2003.

²⁰ Cfr. sul punto i rilievi di A. MANGIA, *'Attuazione' legislativa ed 'applicazione' giudiziaria*, cit., 776.

Rispetto al profilo dell'autodeterminazione del singolo nelle scelte sulla propria salute, la giurisprudenza costituzionale appare molto attenta alle possibili lesioni del contenuto essenziale del diritto alla salute determinate dalle scelte del legislatore, *supportate* o definite, in qualche modo, sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche. La sentenza n. 185 del 1998 appare un chiaro esempio di questo genere di problematiche²¹. In quel caso, una mera *aspettativa terapeutica*, pur relativa ad «esigenze terapeutiche estreme», venne ricondotta al *nucleo essenziale* del diritto alla salute e protetta mediante il ricorso ad una sentenza additiva.

Nel caso in cui il limite tecnico-scientifico rileva, invece, rispetto all'attività dei sanitari, non è tanto il profilo della tutela del contenuto minimo essenziale del diritto alla salute a venire in evidenza, quanto l'esigenza di *proteggere* l'autonomia tecnico-scientifica di chi opera nel settore sanitario. Sono state emesse diverse decisioni in cui si richiama il seguente principio: «scelte legislative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie – la cui adozione ricade in linea di principio nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici, tenuti ad operare col consenso informato del paziente e basandosi sullo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche a disposizione – non sono ammissibili ove nascano da pure valutazioni di discrezionalità politica, e non prevedano “l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati”, né costituiscano “il risultato di una siffatta verifica”»²².

La contraddizione insita nelle modalità con le quali la Corte tratta il limite tecnico-scientifico risiede proprio nell'impossibilità di trattare come oggetto di controllo di costituzionalità elementi tecnico-scientifici che integrano o compongono il quadro legislativo, poiché – di fondo – se ne postula la non giuridicità.

La critica che può essere mossa a questa giurisprudenza è che in realtà, anche una *delega di bilanciamento* che attribuisca al *mondo* della scienza le decisioni sulla efficacia terapeutica di certe pratiche mediche costituisce una scelta politica e *giuridifica* tali pratiche.

In realtà, non è possibile postulare la *non giuridicità* delle scelte del legislatore laddove esso richiama nozioni e categorie scientifiche o lad-

²¹ C. cost. n. 185 del 1998.

²² C. cost. n. 338 del 2003 (le parole tra virgolette sono tratte da C. cost. n. 282 del 2002); C. cost. n. 151 del 2009.

dove esso sceglie di non disciplinare alcuni aspetti del rapporto fra medico e paziente.

Chi ha riflettuto sul rapporto fra tecnica e diritto ha messo bene in rilievo tale problematica²³, rilevando che solo apparentemente, in questi casi, il diritto cede dinanzi alla tecnica.

Assumere nozioni e categorie costruite da altre scienze all'interno del dato normativo o rinviare ad esse è sempre una forma di esercizio di potere normativo.

Il legislatore, in queste ipotesi, mira a raggiungere scopi determinati: si resta sempre all'interno del mondo del diritto che è «*mondo della decisione e della scelta in circostanze determinate*»²⁴.

Allora, a proposito della giurisprudenza costituzionale sul limite tecnico-scientifico, ci si chiede, su quali basi tali scelte non dovrebbero essere sindacabili dal Giudice delle leggi?

L'unica ragione che può essere posta a sostegno di tale giurisprudenza è che il limite tecnico-scientifico in realtà non è una forma di *neutralizzazione*²⁵ del diritto, ma è il prodotto di una chiara opzione in favore della tutela di beni o interessi di rilievo costituzionale diversi dalla salute: in primo luogo della libertà della scienza e della ricerca²⁶.

In realtà, dietro la costruzione del limite tecnico-scientifico va rintracciata una forma di controllo di costituzionalità della legge volta a verificare se il legislatore abbia o meno utilizzato la tecnica della *delega di bilanciamento* ai soggetti che esercitano la libertà della scienza e della ricerca *per garantire effettività* a quest'ultima libertà.

Con la costruzione del limite tecnico-scientifico, in definitiva, si affida a soggetti che esercitano la libertà della scienza e della ricerca il potere di individuare il punto di equilibrio fra tutela del benessere psico-fisico della persona e libertà di chi esercita le professioni medico-sanitarie, inibendo al legislatore di compiere tale attività ed alla giurisprudenza costituzionale di controllarne gli esiti.

²³ N. IRTI, *Atto primo*, in N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 20.

²⁴ N. IRTI, *Atto primo*, loc. ult. cit.

²⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 82.

²⁶ Sul tema A. MURA, *Artt. 33-34 Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976, 228 ss.; L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; ID. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.

3. *Il limite organizzativo*

Nelle questioni di legittimità costituzionale aventi a parametro norme costituzionali cui si ascrive la tutela di “diritti a prestazione”, la Corte costituzionale ha condotto lo scrutinio di costituzionalità muovendo dal presupposto che il «lato funzionale esterno» dell’organizzazione dei servizi pubblici coinvolga ed incida sui diritti di accesso alle prestazioni.

Allo stesso modo, sull’accesso alle prestazioni incidono le scelte sull’allocazione delle risorse da destinare all’organizzazione del servizio preposto alla loro erogazione²⁷: «[o]rganizzazione e diritti sono aspetti speculari della stessa materia, l’una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c’è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c’è diritto a prestazione che non condizioni l’organizzazione»²⁸.

Nel secondo capitolo si è mostrato come nel modello di svolgimento dei principi costituzionali definito dal legislatore le forme di tutela del diritto alla salute siano state ricondotte nell’ambito dei rapporti con i pubblici poteri. Questo è stato l’effetto delle scelte legislative di attuazione della Costituzione, scelte che hanno tratteggiato l’assetto organizzativo del servizio sanitario andando oltre le forme e i moduli di un’assistenza «filantropico-caritativa», configurandolo, invece, come «pubblico servizio» in cui i soggetti entrano in relazione con l’amministrazione sanitaria quali «legittimi utenti»²⁹. Ciò è alla base dell’emersione del *limite organizzativo* nella giurisprudenza costituzionale. Questo limite viene costruito poiché la giurisprudenza costituzionale ha abbracciato la tesi del diritto alla salute come diritto fondamentale condizionato.

È in particolar modo rispetto al tema della libertà di scelta del medico e del luogo di cura che si può apprezzare la portata del limite organizzativo³⁰.

Quando l’assetto organizzativo del servizio sanitario nazionale appariva caratterizzato da una pressoché integrale pubblicizzazione, il limite

²⁷ C. cost. n. 383 del 1998.

²⁸ C. cost. n. 383 del 1998.

²⁹ C. cost. n. 103 del 1977 rispetto alle conseguenze che ciò ha avuto sulla posizione dei docenti universitari nel servizio sanitario nazionale. Questo effetto si è realizzato soprattutto in una fase storica in cui il servizio sanitario nazionale era stato costruito come servizio pubblico anche in senso soggettivo. Sulla nozione di servizio pubblico U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, cap. I.

³⁰ Cfr. C. cost. n. 175 del 1982 sul principio di libertà di scelta del medico e del luogo di cura e, analogamente, C. cost. n. 293 del 1997.

organizzativo ha giustificato l'*affievolimento* di situazioni giuridiche soggettive che altrimenti sarebbero state configurate come diritti soggettivi pieni.

Nel momento in cui il modello di servizio sanitario venne riformato nel senso dell'apertura al *concorso* fra pubblico e privato, infatti, si è riaperta proprio questa problematica: se il diritto alla salute è un diritto soggettivo condizionato dal limite organizzativo, laddove cede il modello di servizio sanitario soggettivamente pubblico, come costruire i rapporti fra "soggetti privati" erogatori di prestazioni per la tutela della salute e singoli? Come costruire i rapporti fra amministrazione e privati erogatori di prestazioni sanitarie?

Queste sono tematiche ben note. Il punto è che laddove si tenta di *costruire il diritto dei servizi pubblici secondo logiche privatistiche* non si può non vederne i riflessi sia sul piano della ridefinizione del ruolo dello Stato rispetto agli erogatori del servizio³¹ sia rispetto alla tutela di diritti garantiti a livello costituzionale³².

Ciò che qui interessa evidenziare è che l'idea del diritto alla salute come diritto costituzionale condizionato dal limite organizzativo rende indifferente la posizione giuridica del singolo rispetto ad un dato tipo di organizzazione del servizio sanitario recata dal legislatore.

La categoria del diritto condizionato implica l'attribuzione di un ruolo centrale al legislatore nella definizione delle situazioni giuridiche soggettive ad essa legate.

Poiché il legislatore ha svolto la disciplina costituzionale immaginando la costruzione di un *apparato pubblico* che programmi le prestazioni sanitarie e la loro erogazione (prevalentemente a carico di strutture pub-

³¹ A. LA SPINA, A. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 45.

³² Poiché l'analisi qui condotta non ha ad oggetto le tecniche di tutela del diritto alla salute nei confronti degli erogatori di prestazioni sanitarie o nella fase della programmazione delle stesse, quanto, piuttosto, il rapporto fra la disciplina costituzionale e le forme del suo svolgimento nella configurazione della struttura del diritto alla salute, rimarrà in ombra la giurisprudenza ordinaria ed amministrativa sul tema. Il nodo che qui si affronta è il seguente: «Ciò che fa avanzare la libertà individuale non è il fatto di non dipendere in alcun modo dallo stato: è, anzi, un certo tipo di dipendenza da esso, quella legata a interventi pubblici volti a incoraggiare l'iniziativa personale, la collaborazione sociale e il miglioramento di se stessi. [...] Ciò che viene esaltato come «indipendenza» è in effetti dipendenza da un certo insieme di istituzioni liberali. [...] Casse pubbliche vuote e amministrazioni a pezzi rendono una burla i diritti sanciti sulla carta.» S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di E. CAGLIERI, Bologna, 2000, 214.

bliche), la posizione giuridica del singolo non può assumere i caratteri del diritto soggettivo pieno.

Questo è evidente ad esempio rispetto al 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). Quest’obbligo, discendente da un’interpretazione della disposizione costituzionale secondo cui “la Repubblica garantisce cure gratuite agli indigenti”, che abbraccia un’accezione relativa della nozione di indigenza, 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”.

Così, 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’autorità³³.

Ecco, quindi, che 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 allo svolgimento delle linee di politiche sanitaria.

Basti pensare, ancora una volta, all’inquadramento del principio della libera scelta del medico e del luogo di cura. La costruzione giuridica dei suoi caratteri e la collocazione di tale principio nel quadro del contenuto minimo del diritto alla salute o nel quadro dei principi fondamentali in materia di tutela della salute è il risultato di diverse *scelte* sul piano del bilanciamento fra principi costituzionali.

Se il principio di libertà di scelta fosse stato ascritto al nucleo duro del diritto alla salute, ciò avrebbe implicato una forte compressione della discrezionalità legislativa e reso la posizione giuridica del singolo analoga a quella di un diritto soggettivo pieno³⁴. Ma così non è stato,

³³ 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* (cfr. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 984 ss.).

³⁴ C. cost. n. 992 del 1988 si collocava in questa prospettiva.

proprio in ragione dell'opzione ermeneutica per il carattere *condizionato* del diritto.

Ecco, allora, che la giurisprudenza costituzionale ha considerato la libertà di scelta del medico e del luogo di cura un principio fondamentale della disciplina della materia "tutela della salute".

Tale principio si colloca ad un livello sub-costituzionale ed il suo svolgimento a livello legislativo è espressione di un certo bilanciamento fra "valori" costituzionali (la tutela della salute e l'equilibrio economico-finanziario) operato dal legislatore statale, suscettibile di mutamenti ad opera dello stesso e sindacabile esclusivamente sotto il profilo dell'irragionevolezza³⁵.

Questo è un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, la quale ha, da sempre, ritenuto che con esso il legislatore debba contemperare l'ambito di *libertà* del singolo nelle scelte terapeutiche con i *limiti oggettivi* posti dalle esigenze «organizzative e finanziarie» che sono sottese all'organizzazione del servizio sanitario nazionale³⁶.

A ciò si aggiunga che il principio di libertà di scelta viene declinato in modo differente a seconda che lo si riferisca all'aspetto dei rapporti fra singolo e strutture del servizio sanitario nazionale o all'aspetto dell'autodeterminazione in materia di scelte incidenti sulla salute.

Rispetto ai rapporti fra singolo e servizio sanitario nazionale, il legislatore può limitare la libertà di scelta del medico e del luogo di cura in ragione di esigenze di «efficienza» del servizio³⁷ o dei limiti *oggettivi* delle risorse disponibili, in relazione alle tipologie di prestazioni sanitarie che *possono* essere erogate allo stato delle conoscenze, tecnologie, risorse organizzative che *possono* essere destinate al servizio sanitario nazionale³⁸.

Quanto al secondo profilo, la libertà di scelta viene declinata nella forma del principio del consenso informato, in cui si contemperano l'autonomia e la responsabilità del medico con l'autodeterminazione della persona³⁹.

³⁵ Cfr. ad es. C. cost. n. 267 del 1998 relativamente alla disciplina dell'assistenza sanitaria indiretta, in cui il principio di libertà di scelta viene ascritto al novero dei principi fondamentali, con la conseguenza che il legislatore regionale è vincolato al rispetto di tale principio nel disciplinare le deroghe al regime della previa autorizzazione per usufruire dell'assistenza sanitaria indiretta. Indispensabilità, gratuità ed urgenza delle cure «non altrimenti sopportabili» devono giustificare deroghe al regime della previa autorizzazione.

³⁶ C. cost. n. 267 del 1998; C. cost. n. 247 del 1992.

³⁷ C. cost. n. 293 del 1997 e C. cost. n. 175 del 1982.

³⁸ C. cost. nn. 267 del 1998; 509 del 2000; 200 del 2005; 387 del 2007.

³⁹ Da ultimo, C. cost. n. 151 del 2009. A questo orientamento sono ascrivibili le

Questo è uno dei tratti *ordinamentali* dell'attuale struttura costituzionale del diritto alla salute che è stato determinato da una certa forma di *attuazione* costituzionale del diritto alla salute. Come si è mostrato, nel modello di attuazione della Costituzione adottato dal legislatore a partire dalle riforme sanitarie del 1978 il diritto alla salute viene tutelato *mediante* la costruzione del servizio sanitario, servizio pubblico in cui operatori e utenti entrano in relazione secondo le forme del rapporto di pubblico servizio.

4. *Il limite economico-finanziario*

Come si è avuto modo di ricordare, il giudice costituzionale ha inizialmente ritenuto che lo scrutinio di costituzionalità della legislazione di attuazione della disciplina costituzionale sulla tutela della salute andasse condotto sulla base del principio di gradualità della tutela dei diritti costituzionali.

Il principio di gradualità ha consentito di svolgere il giudizio di legittimità costituzionale nella forma di un sindacato estrinseco e debole.

Più specificamente, nella giurisprudenza costituzionale meno recente, il principio di gradualità ha consentito alla Corte di tracciare la linea di confine fra *ambito della politica sociale* dello Stato, la cui definizione spetta al legislatore, e *legalità costituzionale*, la cui garanzia spetta al giudice costituzionale⁴⁰.

In altri termini, il principio di gradualità della tutela del diritto costituzionale alla salute si colloca alla radice della costruzione del limite economico-finanziario⁴¹.

Questo tipo di limite è stato richiamato in diverse questioni di legittimità costituzionale che hanno avuto ad oggetto la definizione dei concetti di gratuità delle cure e la correlativa nozione di indigenza⁴²; il

decisioni rese in tema di interruzione volontaria della gravidanza: C. cost. n. 27 del 1975 e C. cost. n. 26 del 1981.

⁴⁰ C. cost. n. 27 del 1998 al legislatore spettano «gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato»; alla Corte, invece, «di garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti».

⁴¹ C. cost. nn. 455 del 1990; 457 del 1993; 211 del 1996; 327 del 1998; 226 del 2000.

⁴² C. cost. n. 309 del 1999.

tema dell'equità degli indennizzi per danni alla salute⁴³ ed il principio della libertà di scelta del medico e del luogo di cura⁴⁴.

In particolare, per quanto concerne la gratuità delle cure per gli indigenti, il limite economico-finanziario ha impedito al giudice costituzionale di desumere direttamente dalle norme parametro la sfera di soggetti che hanno diritto a trattamenti sanitari senza doverne sopportare i costi.

La nozione di indigenza è stata costruita dalla Corte in modo relativo rispetto al tipo di terapie che il singolo deve effettuare.

Il Giudice costituzionale ha interpretato il rapporto fra discrezionalità legislativa e rigidità costituzionale in modo da porre il sindacato di legittimità costituzionale a margine delle scelte di politica finanziaria dello Stato.

Così, la giurisprudenza costituzionale si è limitata a offrire delle indicazioni minimali, dei criteri di *orientamento* per la determinazione delle ipotesi nelle quali è *costituzionalmente necessario* assicurare la gratuità delle cure, quali i livelli di reddito e patrimonio; la gravità delle patologie; l'entità dei rischi dovuti alla non tempestività della terapia. La Corte, in definitiva, non ha ritenuto di poter sindacare tali tipologie di scelte legislative, affidando al legislatore il potere di valutare quanto possono incidere le risorse *finanziarie* disponibili nelle decisioni relative alla gratuità delle cure⁴⁵.

Nella giurisprudenza sul limite economico-finanziario emerge chiaramente che ciò che spetta alla Corte sindacare è, soltanto, l'*assoluto vuoto di tutela* per gli indigenti⁴⁶.

Anche rispetto al tema dell'equità dell'indennizzo per danno alla salute da trattamenti sanitari obbligatori o da emotrasfusioni, si ritrova nella giurisprudenza costituzionale l'affermazione che in base alla disciplina costituzionale tale *diritto* è definito nell'*an* ma non nel *quantum*⁴⁷. In altri termini, il Giudice costituzionale ritiene di non poter entrare nel merito delle scelte legislative sulla quantificazione dell'indennizzo per danni alla salute. Questo, ancora una volta, perché entrano in rilievo esigenze di bilanciamento di tale scelta con i vincoli di bilancio⁴⁸.

⁴³ C. cost. n. 307 del 1990; 226 del 2000; 38 del 2002; 342 del 2006; 28 del 2009; 293 del 2011.

⁴⁴ C. cost. nn. 267 del 1998, 111 del 2005, 354 del 2008, 94 del 2009, 248 del 2011.

⁴⁵ C. cost. n. 354 del 2008.

⁴⁶ C. cost. n. 309 del 1999.

⁴⁷ C. cost. n. 27 del 1998.

⁴⁸ C. cost. n. 27 del 1998.

Per tali ragioni, la presenza del limite economico-finanziario rende il diritto alla salute *giustiziabile* rispetto alle scelte legislative soltanto nelle ipotesi di compressione del contenuto minimo essenziale, mentre negli altri casi, consente limitazioni dello stesso *non sindacabili*.

I condizionamenti al diritto alla salute derivanti dal limite economico-finanziario, in un modello di servizio sanitario a finanziamento prevalentemente pubblico, finanziato a carico della fiscalità generale, *impongono* la programmazione degli interventi da assicurare ai singoli in ragione della rigidità dei principi costituzionali sulla legislazione «di spesa»⁴⁹.

In altri termini, dietro la costruzione del limite economico-finanziario non vi è soltanto l'idea che il diritto alla salute abbia il carattere di diritto a prestazioni, ma vi è una certa visione dei rapporti fra Corte costituzionale ed organi titolari della funzione d'indirizzo politico.

Alla radice della giurisprudenza sul limite economico-finanziario vi è il nodo della configurabilità di una «riserva politica» in materia di decisioni di spesa⁵⁰, nelle quali non dovrebbe intervenire l'organo di garanzia costituzionale; è il problema della legittimazione del ruolo della Corte laddove è chiamata a sindacare le scelte economico-finanziarie compiute dal legislatore, soprattutto in momenti di crisi fiscale dello Stato.

Il rischio insito nella costruzione del limite economico-finanziario al diritto alla salute è che la Corte, nei casi in cui ne afferma la sussistenza, ossia in cui ritiene sottratte al suo sindacato le scelte *politiche* in materia di spesa per i diritti di prestazione, abbia adottato una posizione di *self-restraint* non sulla base della struttura della questione di legittimità costituzionale, ma sulla base di considerazioni relative ai rapporti con gli altri organi costituzionali.

⁴⁹ Art. 81 Cost. Ciò ha sicuramente inciso, ad esempio, nella qualificazione della libertà di scelta del medico e del luogo di cura come principio fondamentale e non come principio inerente al contenuto essenziale del diritto alla salute. C. cost. n. 248 del 2011. Per tali ragioni, la disciplina legislativa limitativa della libertà di scelta, non è stata ritenuta sindacabile dal giudice costituzionale perché ascritta alla sfera della discrezionalità del legislatore.

⁵⁰ Cfr. in senso critico sulla possibilità di configurare tale riserva «per spese che corrispondono a veri e propri diritti di prestazione sanciti dalla Costituzione: rispetto a questi “e alla loro misura irrinunciabile, non c'è politica (e quindi nemmeno dipendenza da *interpositio* di valutazioni discrezionali del legislatore), ma solo giurisdizione in nome della Costituzione”» L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, cit., 42, che richiama alcune considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, 123, contributo raccolto nel volume AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993.

A quest'ultimo genere di problematiche dovrebbe porre un *argine* la categoria del “contenuto minimo” o del “nucleo duro” o “irriducibile” del diritto alla salute.

Questa categoria dovrebbe assicurare piena effettività al diritto costituzionale alla salute⁵¹.

5. *Il contenuto minimo essenziale del diritto alla salute*

Mutuando la categoria giuridica della *Wesensgehaltgarantie*, emersa nell'esperienza costituzionale tedesca, la Corte costituzionale ha tratteggiato in diverse decisioni la *ratio* sottesa alla categoria del “contenuto minimo essenziale” dei diritti costituzionali⁵².

È specialmente nella giurisprudenza sui diritti a prestazione degli anni '90 dello scorso secolo che tale categoria è stata tratteggiata in modo compiuto.

Emblematica è la sentenza n. 185 del 1998⁵³, una discussa sentenza additiva motivata sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza.

In questa decisione, come si è avuto modo di mostrare nei paragrafi relativi alla costruzione del limite tecnico-scientifico, la Corte ribadisce chiaramente la tesi del diritto alla salute come diritto condizionato, ma, allo stesso tempo, accoglie la questione di legittimità costituzionale perché riscontra una lesione del contenuto minimo essenziale del diritto alla salute.

La questione sottoposta alla Corte sembrava apparentemente risolvibile con una sentenza di rigetto sulla base dell'applicazione del limite tecnico-scientifico. Le questioni di legittimità costituzionale riguardavano, infatti, il diritto all'accesso a terapie di dubbia efficacia terapeutica a carico del servizio sanitario nazionale (terapie sperimentali).

⁵¹ Anche a prescindere dal possesso della cittadinanza o da eventuali violazioni della disciplina sull'ingresso e sul soggiorno sul territorio nazionale da parte dei soggetti che invocano l'applicazione della disciplina costituzionale sulla tutela della salute. C. cost. nn. 432 del 2005; 306 del 2008; 252 del 2011.

⁵² C. cost. n. 1146 del 1988.

⁵³ Le questioni di legittimità costituzionale di una disciplina che escludeva ad alcuni soggetti affetti da patologie tumorali di avvalersi a carico del SSN di farmaci ancora in fase di sperimentazione. Nota anche come la sentenza sul “caso Di Bella”, dal nome del medico che aveva definito la forma di trattamento farmacologico cui i singoli chiedevano di poter beneficiare nei giudizi da cui prendevano le mosse le questioni di legittimità costituzionale.

La decisione della Corte ha, invece, spostato il punto di osservazione sul contenuto minimo del diritto alla salute: rispondendo in senso affermativo all'interrogativo se il diritto ad accedere a "speranze" terapeutiche rientrasse nel contenuto minimo del diritto "a prestazione" (*rectius* del diritto alle cure a carico del Servizio sanitario nazionale), l'accesso a questo genere di terapie è stato coperto dalla garanzia costituzionale.

Il carattere d'intangibilità del contenuto minimo del diritto ha così paralizzato l'effetto del limite tecnico-scientifico, ossia dei *condizionamenti* al diritto alla salute: l'accesso a determinate terapie in quell'ipotesi, divenne, quindi, *meno condizionato*⁵⁴.

L'altra linea di confine che corre fra "contenuto minimo" e principio di gradualità della tutela del diritto alla salute, fra sindacabilità delle scelte legislative e insindacabilità delle stesse, ha riguardato il rapporto con il limite economico-finanziario. Sotto questo profilo, la giurisprudenza costituzionale definisce come «ambito inviolabile della dignità umana» il diritto degli «indigenti» alle «cure gratuite»⁵⁵.

Senonché la nozione di indigenza, nella giurisprudenza costituzionale, viene costruita come *relativa ed indeterminata*.

Poiché essa «non possiede un significato puntuale e sempre identico a se stesso», si è già detto, la Corte ha ritenuto insindacabili in sede di controllo di costituzionalità «i limiti di reddito o i tetti patrimoniali al di sotto dei quali le condizioni economiche di una persona siano da ritenere insufficienti a fronteggiare le esigenze terapeutiche»⁵⁶.

Unici parametri di *ragionevolezza* cui improntare la disciplina legislativa sono stati, da un lato, l'*onerosità* di una cura e, dall'altro la *gravità* della patologia ed il tipo di *rischi* per la salute che essa determina⁵⁷.

In altri casi, laddove oggetto della questione di legittimità costituzionale è stata la disciplina della compartecipazione del privato alla spesa sanitaria, la Corte ha ascritto la disciplina relativa alle esenzioni al contenuto essenziale del diritto alla salute⁵⁸. In tali ipotesi gli indici sulla base dei quali condurre il giudizio di ragionevolezza sono stati il livello di red-

⁵⁴ Analogo effetto si riscontra in Corte cost. n. 252 del 2001 rispetto al diritto alle cure mediche urgenti o essenziali (prestazioni indifferibili ed urgenti o cure anche continuative).

⁵⁵ Corte cost. n. 309 del 1999.

⁵⁶ C. cost. n. 309 del 1999.

⁵⁷ C. cost. n. 309 del 1999.

⁵⁸ C. cost. n. 184 del 1993.

dito, le condizioni fisiche ed altre ragioni di ordine sociale, il bisogno frequente di far ricorso a prestazioni di cura, prevenzione e riabilitazione.

Infine, in relazione alle problematiche relative all'indennizzabilità dei danni alla salute, la Corte ha ritenuto di poter sindacare le scelte del legislatore esclusivamente per «garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti». Si tratta di ipotesi nelle quali tale indennizzo «in relazione e nei limiti delle possibilità della situazione data [...] risultasse tanto esiguo da vanificare, riducendolo a un nome privo di concreto contenuto, il diritto all'indennizzo stesso, diritto che, dal punto di vista costituzionale, è stabilito nell'*an* ma non nel *quantum*»⁵⁹.

A proposito di questa giurisprudenza, che affronta il nodo del contenuto essenziale dei diritti a prestazione, si è affermato che il sindacato esercitato dalla Corte presenta delle caratteristiche di tipo casistico, ben diverse da quelle proprie della tecnica del *bilanciamento* fra diritti. Secondo questa opinione, ciò implica che vi siano *minori* possibilità che la Corte possa costruire degli indirizzi giurisprudenziali *prevedibili, razionali, organici*. La conseguenza è che vi saranno *minori chances* di protezione per i diritti sociali.

Il ricorso a questo tipo di sindacato sarebbe dovuto alla differente struttura dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà, struttura ancorata alla nota prospettiva della necessità del *medium legislativo* come «condizione necessaria di attuazione» dei diritti sociali⁶⁰.

⁵⁹ C. cost. n. 27 del 1998. Rispetto ai danni da emotrasfusioni cfr. di recente C. cost. nn. 342 del 2006 e 293 del 2011.

⁶⁰ O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali*, cit., 1177, sul percorso di riflessione già tracciato da R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 111 ss. Sul tema anche L. PRINCIPATO, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute"*, in *Giur. cost.*, 1998, 3853. Sui diversi schemi del bilanciamento e del controllo di ragionevolezza P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515; A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 683; L. PALADIN, (voce) *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento I*, Milano, 1997, 898 ss.; J. LUTHER, (voce) *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1997, XII, 341; O. CHESSA, *Bilanciamento "ben temperato" o sindacato esterno di ragionevolezza? note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3925; G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, cit.; ID., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2000; A.

Tali opinioni, invero, nel descrivere la differenza fra giurisprudenza sul contenuto essenziale dei diritti sociali e giurisprudenza sul contenuto essenziale dei diritti di libertà e la diversa natura delle operazioni di bilanciamento condotte dalla Corte, non mettono in evidenza che potrebbe anche essere l'assenza di questioni in cui si *utilizza* la categoria dei diritti a prestazione per i diritti di libertà ad aver determinato questo quadro giurisprudenziale.

In altri termini, inferire dal dato giurisprudenziale un diverso livello di tutela dei diritti sociali in ragione delle loro peculiari caratteristiche strutturali di *diritti a prestazione* sembra non tenere adeguatamente in conto la natura concreta del sindacato di legittimità costituzionale⁶¹: la Corte *muove* dalle questioni relative all'applicazione della legge al caso concreto.

La giurisprudenza costituzionale sul contenuto essenziale del diritto alla salute non dovrebbe quindi essere eretta ad elemento che compone la «dogmatica costituzionale» delle garanzie del diritto alla salute, ma considerata come *una delle componenti* che determina l'attuale *costruzione* del diritto alla salute.

La giurisprudenza costituzionale sulla tutela della salute, infatti, muove da un dato modello di svolgimento dei principi costituzionali, in cui dominante è la dimensione di diritto a prestazione del diritto alla salute. Ma, a tal proposito, va ricordato che la Corte, nel ragionare su tale dimensione è *condizionata dal contesto normativo di riferimento*: la Corte costituzionale, in altri termini, può svolgere una «funzione correttiva», laddove venga attivata l'attribuzione costituzionale di «controllo delle norme»⁶².

Sembra opportuno, quindi, ai fini della problematizzazione degli attuali caratteri del *modello di garanzia costituzionale* del diritto alla salute, prendere in considerazione l'opinione per cui neppure la tesi del contenuto essenziale appresta soddisfacenti livelli di tutela.

Quello italiano è un ordinamento costituzionale in cui non è possibile costruire una gerarchia tra diritti e interessi costituzionalmente rilevanti.

MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002; A. CELOTTO, *Art. 3 comma 1°*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 66 ss., spec. 67. In tal senso cfr. anche L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771, spec. 2805 ss.

⁶¹ S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, cit., 45 ss. e 213 ss.

⁶² G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 121.

Ciò detto, non è possibile utilizzare, nel sindacato di costituzionalità, una concezione *assolutistica* del contenuto essenziale.

Si dovrà, quindi, necessariamente, offrire una visione relativistica del contenuto essenziale, che «andrà ricercato volta per volta come risultante di uno scontro pluralistico di interessi»⁶³.

Ciò significa che l'uso della categoria del contenuto essenziale *determina comunque*, rispetto ai diritti sociali come pure rispetto ai diritti di libertà, un approccio casistico al tema della garanzia costituzionale dei diritti fondamentali, con conseguente *imprevedibilità* degli esiti del controllo e variabilità dei *bilanciamenti* costituzionali.

In effetti, se si analizza la giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute, si scorge in alcuni casi come questa nozione sia stata riempita di significato sulla base di esigenze di giustizia del “caso concreto”.

Del resto, l'uso della categoria del contenuto essenziale in un quadro concettuale in cui il diritto alla salute viene definito come diritto condizionato dai limiti tecnico-scientifico, organizzativo, ed economico-finanziario, *impone* alla Corte di effettuare lo scrutinio di costituzionalità introducendo elementi *fattuali*, per verificare se le scelte operate dal legislatore rientrano nel fisiologico esercizio della funzione normativa.

Ecco perché, si ripete, non è detto che sia la differente struttura dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà a determinare questa tendenza ad effettuare uno scrutinio *debole* della ragionevolezza della legge.

In conclusione, questo effetto potrebbe essere invece determinato, da un lato, dalla assenza di una *gerarchia* dei principi e dei diritti costituzionali, e, dall'altro, dalla maggiore o minore precisione con la quale il testo costituzionale identifica principi o beni giuridici di rilievo costituzionale da bilanciare con il diritto riconosciuto e garantito dalla Costituzione.

Non a caso la giurisprudenza costituzionale sul contenuto essenziale sembra recepire una visione antiformalista della Costituzione⁶⁴ che non può non determinare questo *effetto casistico ed aperto al fatto* nell'esercizio del controllo di ragionevolezza⁶⁵.

⁶³ G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi*, cit., 3993.

⁶⁴ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.

⁶⁵ A. RUGGERI, *L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-applicazioni “ragionevoli”*, Intervento al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Forma dello Stato e revisione costituzionale*, Genova 9-10 dicembre 1994, in *Ars interpretandi*, 1996, n. 1, 113 ss.

6. *Considerazioni di sintesi*

L'analisi della giurisprudenza costituzionale sulla struttura del diritto alla salute mostra una forte consonanza fra azione politico-normativa di attuazione della Costituzione e interpretazione della Costituzione resa in sede di controllo di costituzionalità delle leggi.

Rispetto alla definizione dei caratteri strutturali del diritto alla salute la Corte ha assunto una posizione di tendenziale *self restraint* rispetto alle scelte *politiche* di attuazione della Costituzione.

In questo senso si muove la giurisprudenza sulla gradualità dell'attuazione costituzionale e sul diritto alla salute come diritto condizionato.

Questi orientamenti giurisprudenziali dimostrano che il controllo di costituzionalità della legislazione di attuazione dell'art. 32 Cost. è stato tendenzialmente svolto per linee esterne, salvo le ipotesi in cui è stata utilizzata la categoria del contenuto essenziale del diritto alla salute.

La Corte, in altri termini, ha delimitato lo spazio del proprio sindacato legandolo alla violazione del contenuto minimo essenziale del diritto alla salute.

A proposito di questa categoria concettuale, si è mostrato che essa non può essere ritenuta un efficace strumento di garanzia dell'effettività del diritto alla salute. Ciò è dovuto innanzitutto ai tratti della disciplina costituzionale sul diritto alla salute e, più in generale, ai rapporti fra i principi di struttura dell'ordinamento costituzionale. Da un lato, la disciplina costituzionale sulla tutela della salute – che pone norme di principio – e, dall'altro, l'assenza di gerarchie fra principi costituzionali, soprattutto in materia di diritti e libertà fondamentali, rendono difficilmente prevedibili le forme ed i percorsi argomentativi seguiti dalla Corte nello svolgimento del sindacato di legittimità costituzionale.

L'esperienza costituzionale italiana mostra una giurisprudenza costituzionale che ha *seguito* le scelte politiche relative alla costruzione di un dato modello di svolgimento dei principi costituzionali; una Corte che ha accettato l'impostazione di fondo del modello legislativo di attuazione della Costituzione, in cui domina l'immagine del diritto alla salute come diritto a prestazione.

La giurisprudenza costituzionale, in questa materia, sembra quindi fortemente condizionata dal contesto normativo di riferimento.

Si può dire che la Corte ha, a tratti, operato una limitata correzione delle scelte legislative ma che, in materia di tutela della salute, ha inter-

pretato la Costituzione come norma di orientamento per il legislatore piuttosto che come norma che imponeva precisi limiti all'attuazione della Costituzione.

Questo può essere certamente imputato alla diffusa opinione che, strutturalmente, il diritto alla salute *debba essere qualificato come un diritto a prestazione* di cui è inevitabilmente più complesso assicurare l'effettività.

Si è cercato di contestare quest'assunto, mostrando che qualsiasi diritto che riceve garanzia costituzionale può essere, per certi aspetti, classificabile come diritto a prestazione.

Si è tentato anche di contestare l'idea che la categoria del contenuto essenziale, utilizzata nel quadro del controllo di ragionevolezza e nelle operazioni di bilanciamento fra diritti e interessi costituzionali *debba comportare soltanto rispetto ai diritti sociali* una giurisprudenza di carattere casistico.

Si è cercato di mettere in evidenza che gli orientamenti del giudice costituzionale sono stati determinati *dalle forme* normative dell'attuazione della Costituzione e dall'obiettivo di non incidere sui caratteri strutturali del modello di attuazione della Costituzione immaginato dal legislatore.

Sembra quasi che sia stato dalle forme legislative dell'attuazione costituzionale che è in gran parte dipesa la scelta del tipo di soluzioni e di strumenti di controllo utilizzati dalla Corte.

Altro aspetto che ha inciso sull'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale rispetto al modello di tutela della salute prescelto dal legislatore è relativo ai caratteri del controllo di costituzionalità delle leggi italiane, che pone il Giudice costituzionale a decidere questioni relative alla struttura del diritto alla salute prevalentemente nello svolgimento di un sindacato con forti caratteri di concretezza (in sede di giudizio in via incidentale). Mentre, quando la Corte svolge un controllo più vicino ai moduli dell'astrattezza (nel giudizio in via d'azione) essa è chiamata a decidere prevalentemente questioni relative al riparto di competenze normative fra gli Enti. Ciò *costringe* la Corte ad interrogarsi sulla struttura del diritto alla salute *reagendo* su un quadro già definito dal legislatore e dagli interpreti.

Le potenzialità del controllo di costituzionalità rispetto alle garanzie di effettività del diritto alla salute ne escono, dunque, fortemente ridimensionate.

CAPITOLO IV

LA RICERCA DELL'UGUAGLIANZA SOSTENIBILE

SOMMARIO: 1. Il diritto alla salute e l'obiettivo dell'uguaglianza sostenibile. – 2. La sostenibilità delle decisioni politiche sulla tutela della salute. – 3. Il nodo dell'equilibrio economico-finanziario ed il processo d'integrazione europea. – 4. La scomposizione del modello: il diritto alla salute fra Stato e mercato.

1. *Il diritto alla salute e l'obiettivo dell'uguaglianza sostenibile*

Le analisi sull'evoluzione della struttura delle politiche sociali nel II Novecento hanno identificato diversi fattori di evoluzione e crisi dei modelli statali di *welfare*¹.

Nel dibattito italiano, gli interventi dei giuristi hanno evidenziato che nuove domande di sicurezza sociale hanno determinato una trasformazione dei paradigmi dell'intervento pubblico² ed il mutamento dei criteri di allocazione delle risorse economiche e delle finanze pubbliche³.

Rispetto allo specifico «caso italiano», è stato evidenziato anche che i punti deboli della struttura del *welfare* sono stati determina-

¹ *Ex multis* cfr. H. HECLO, *Verso un nuovo «welfare state»?*, in P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *Lo sviluppo del welfare state*, cit., 465 ss. Influente nel dibattito italiano – in prospettive decisamente configgenti – le considerazioni del Report presentato alla Trilateral Commission redatto da M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, 1975, reperibile alla pagina web <http://www.wrijneveld.nl/Boekenplank/BoekenVanAanhangervanDeNieuweWereldOrde/1975-TC-The-Crisis-of-Democracy.pdf>. e di J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, 1973, trad. it. di V. GRISOLI, *La crisi fiscale dello Stato*, prefazione di F. CAFFÈ, Torino, 1979.

² A. BALDASSARRE, A.A. CERVATI (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.

³ Così, di recente L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, Testo rivisto e integrato della relazione al Convegno “Verso nuove forme di welfare”, Stresa 26-27 aprile 2002 in *Astrid*, <http://www.astrid-online.it/Amministrazione/Studi-e-ri/TORCHIA-welfare-e-federalismo.pdf>, par. 2.

ti dalle problematiche irrisolte «della riforma della pubblica amministrazione»⁴.

Nonostante quest'ultimo genere di considerazioni, sembra quasi che le scelte sull'allocazione delle competenze normative ed amministrative, in genere, non siano state percepite come fattori *determinanti* della crisi del *welfare*, quanto, piuttosto, come strumenti per risolverla.

Così, ad esempio, è stato per gli interventi legislativi degli anni '90 (in particolare, in materia di tutela della salute, le riforme "Bindi" e "Bassanini") e la riforma del titolo V, parte II della Costituzione.

Il processo di riforma del regionalismo italiano avrebbe dovuto consentire maggiore autonomia ai diversi livelli di governo in materia di politiche sociali e, contemporaneamente, avrebbe dovuto garantire l'attribuzione della responsabilità per le scelte economico-finanziarie in capo ai soggetti che *effettivamente* hanno posto in essere una certa linea di politica sociale.

L'introduzione della competenza legislativa esclusiva dello Stato sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e le corrispondenti disposizioni costituzionali relative alla disciplina del potere sostitutivo e dei rapporti finanziari fra Stato, Regioni ed Enti locali, hanno indotto la dottrina a descrivere la riforma costituzionale del 2001 come parte di un processo di *transizione* che investe «direttamente la teoria costituzionale (e l'effettività) dei diritti, e il loro legame con i "processi" di dislocazione della sovranità»⁵.

In particolare, la competenza sui livelli essenziali avrebbe aperto una nuova prospettiva costituzionale, quella della ricerca «di un'idea di eguaglianza "sostenibile"»⁶.

Agganciare alle competenze dello Stato la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (applicandola, peraltro, sia ai diritti civili che sociali); i correlativi poteri sostitutivi e la responsabilità per il loro finanziamento, affronta il nodo dell'eguaglianza consegnando all'Ente che rappresenta il

⁴ P. CARROZZA, *Il welfare sanitario e assistenziale toscano come modello*, in M. CAMPELLI, P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009, 373, spec. 374-375, che ritiene possano essere risolti valorizzando l'autonomia e, di conseguenza, il principio di responsabilità degli Enti nella costruzione di un'amministrazione «"sostenibile" finanziariamente e fiscalmente».

⁵ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., 1064.

⁶ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., 1111. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 347 ss.

principio unitario, lo Stato, il compito di definire il senso della *cittadinanza* nazionale e di garantire la solidarietà intergenerazionale⁷.

In altri termini, i livelli essenziali rappresenterebbero una «tecnica del principio di “sostenibilità”» finanziaria, poiché chiamati «a dare sostanza al progetto di attuazione dei diritti e dell'uguaglianza *in modo essenziale*, e quindi adeguato alla soddisfazione degli interessi costituzionalmente protetti, ma altresì responsabile e consapevole della esigenza di mantenere una linea di sostenibilità economica e di fattibilità reale delle politiche predisposte»⁸.

Ad oltre un decennio dall'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, tuttavia, questo profilo del rapporto fra livelli essenziali e garanzia dell'uguaglianza sostenibile nella garanzia dei diritti costituzionali, stenta ad emergere nel concreto assetto dell'ordinamento.

Le ragioni sono di diverso ordine.

Il primo è legato alla necessaria attenuazione della *rigidità* dei meccanismi di garanzia dei livelli essenziali, che, *in ipotesi* dovrebbero prima essere determinati per poi determinare la quota di risorse *necessarie* al loro finanziamento e, dunque, condizionare i caratteri delle politiche fiscali, distributive e redistributive dei redditi per renderle funzionali alla loro *effettiva* garanzia.

Già prima della riforma costituzionale era emersa la stretta connessione fra risorse economico-finanziarie disponibili e tipologia delle prestazioni da poter classificare come livelli essenziali⁹.

Lo stretto nesso fra livelli essenziali e loro sostenibilità finanziaria, nell'esperienza pre-riforma, ha avuto un'incidenza notevole sul livello di «privatizzazione» dei servizi sociali¹⁰.

Il secondo ordine di problemi che ostacolano lo svolgimento della disciplina costituzionale sui livelli essenziali nel senso dell'uguaglianza sostenibile è legato alla natura delle disposizioni in questione: si tratta, infatti di norme regolatrici l'articolazione delle competenze fra Enti (e indicativa *anche* del *tipo* di fonte utilizzabile per la loro definizione).

Ciò ha determinato una notevole difficoltà a definire la natura dei livelli essenziali.

⁷ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., 1113 e 1120-1121.

⁸ A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., 1113-1114.

⁹ *Supra*, cap. II.

¹⁰ L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali*, cit., par. 5.1.: «tanto più sarà ridotta la spesa pubblica, tanto più sarà necessario per ciascuno provvedere privatamente, e sul mercato, alla soddisfazione dei propri bisogni».

La giurisprudenza costituzionale, non a caso, è stata impegnata più sulla definizione delle sfere normative di competenza dello Stato e delle Regioni che sulla individuazione della natura dei livelli essenziali delle prestazioni.

Il Giudice delle leggi, infatti, è stato chiamato a risolvere questioni legate al rapporto fra principio unitario e principio autonomista nell'ordinamento costituzionale italiano piuttosto che al nodo dell'*eguaglianza sostenibile*.

Questo è sicuramente dovuto alla circostanza che la Corte costituzionale è stata investita di questioni relative ai livelli essenziali, nella quasi totalità dei casi, in sede di giudizio in via d'azione, dove centrale è la finalità di garantire la rigidità costituzionale del riparto delle competenze fra Enti.

Anche in quei casi in cui la Corte è stata adita in via incidentale, le questioni di legittimità costituzionale hanno riguardato profili relativi al rispetto del principio di legalità nell'esercizio dei poteri di programmazione della spesa sanitaria da parte delle Regioni¹¹ e non il problema delle declinazioni dell'uguaglianza.

Ad ogni modo, la Corte costituzionale ha inquadrato i livelli essenziali come strumento mediante il quale il legislatore statale garantisce l'*«uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti»* in un quadro costituzionale ad accresciuto livello di autonomia¹².

La giurisprudenza costituzionale ha sancito la natura *orizzontale* della competenza sui livelli essenziali, e, quindi, la capacità di interferire con le materie di competenza regionale; ha indicato procedure e forme necessarie ad assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione nella specificazione dei livelli ed ha individuato alcuni principi che riguardano il loro finanziamento.

Nell'operare la qualificazione di quali *tipi di oggetti di disciplina* possono ricadere nei livelli essenziali e quali no, il Giudice costituzionale ha sempre avvertito che tale titolo di competenza *non può essere ritenuto come "fondamento" della disciplina di interi settori materiali*¹³, ma di *specifiche prestazioni* che il legislatore statale ascrive al *livello essenziale di erogazione*¹⁴.

¹¹ C. cost. n. 248 del 2011.

¹² Così C. cost. n. 134 del 2006.

¹³ C. cost. n. 387 del 2007 traccia con chiarezza i termini del problema.

¹⁴ C. cost. n. 322 del 2009; 328 del 2006; 285 e 120 del 2005; 423 del 2004.

Costituiscono un'eccezione a questo quadro due sentenze dell'anno 2010¹⁵, in cui i livelli essenziali assumono un connotato differente. Ma tali sentenze – che, non a caso, hanno aperto un ampio dibattito – vanno inquadrare come un tentativo di *self restraint* della Corte rispetto a scelte *politiche* statali di reazione *all'emergenza finanziaria*. Esse possono essere definite come una problematica risposta del diritto costituzionale repubblicano all'emergenza economico-finanziaria che, proprio perché tale, utilizza categorie eccentriche rispetto alla *ratio* del quadro costituzionale definito dal titolo V, parte II, della Costituzione (in particolare, rispetto al principio del parallelismo fra autonomia e responsabilità politico-amministrativa e finanziaria).

Non a caso, è soltanto nelle sentenze nn. 10 e 121 del 2010 che emerge una visione *sostanzialista* della competenza sui livelli essenziali delle prestazioni. In queste decisioni i livelli essenziali non hanno rappresentato *soltanto uno strumento di garanzia dell'uniformità*, ma anche uno *strumento di politica sociale sui diritti*, capace di attrarre sfere di competenza riservate alle Regioni, laddove le circostanze politiche o socio-economiche erano tali da far ritenere che vi fosse la necessità d'intervenire per garantire effettività ad un diritto o ad un principio di rilevanza costituzionale, quali l'eguaglianza o la solidarietà. In queste ipotesi la competenza sui livelli essenziali – secondo la Corte – è stata ritenuta idonea a travolgere l'articolazione costituzionale delle competenze fra Enti; a spezzare i moduli del principio di leale collaborazione; a piegare la disciplina costituzionale dell'autonomia finanziaria regionale.

Il complesso delle decisioni sui livelli essenziali, invece, se ha affrontato il tema della definizione degli oggetti che ricadono nel *genus* dei livelli essenziali, lo ha fatto *in controluce*.

La giurisprudenza costituzionale ha avuto di mira, in realtà, il profilo del tipo di fonti e di procedure che vanno utilizzate per procedere all'individuazione dei livelli essenziali¹⁶.

¹⁵ C. cost. nn. 10 e 121 del 2010.

¹⁶ È fortemente dibattuta in dottrina la possibilità di qualificare istituti del procedimento amministrativo o aspetti dell'organizzazione amministrativa come LEP. Questo in particolare emerge nelle analisi della dottrina e nella giurisprudenza relativa alla legge generale sul procedimento amministrativo che *autoqualifica* come livelli essenziali alcuni istituti del procedimento amministrativo. Sul tema, di recente, A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul provvedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Atti del Convegno del Gruppo San Martino, Palermo, 16-17 aprile 2010, Napoli, 2011. Cfr. *supra* capitolo II, par. 2.

Infatti, nelle decisioni della Corte, al di là della costante reiterazione di una definizione dei livelli essenziali come «*standards* strutturali e qualitativi delle prestazioni da garantire a tutti gli aventi diritto su tutto il territorio nazionale»¹⁷, rimangono diverse ombre nella precisazione del significato di tali espressioni. In particolare cosa siano gli *standards* e quali differenze nella struttura nomologica abbiano i livelli essenziali delle prestazioni rispetto ai principi fondamentali della materia è stato fortemente dibattuto¹⁸.

Ecco perché è ancora presente un'ambiguità di fondo nella nozione di livelli essenziali. In particolare, è ancora aperta la questione se essi siano assimilabili al contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti o siano qualcosa di *ulteriore* e diverso.

Sin dalla prima sentenza in cui la Corte, in un *obiter dictum* diede alcune indicazioni sulla natura della competenza sui livelli essenziali delle prestazioni¹⁹, per rappresentare la *trasversalità* della competenza, la Corte afferma che questa può investire tutte le materie «rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, *il godimento di prestazioni garantite come contenuto essenziale di tali diritti*, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

Da questa scarna indicazione, non sempre, peraltro, ripresa nelle decisioni sui livelli essenziali, emerge la difficoltà di distinguere la nozione di contenuto essenziale da quella di livello essenziale²⁰.

¹⁷ C. cost. nn. 248 del 2011; 207 del 2010; 322 del 2009; 371 del 2008; 166 del 2008; 168 del 2008; 50 del 2008; 387 del 2007; 328 del 2006; 248 del 2006; 134 del 2006; 383 del 2005; 285 del 2005; 120 del 2005; 423 del 2004; 88 del 2003. Più equivoca C. cost. n. 282 del 2002.

¹⁸ Soprattutto in seguito a due sentenze della Corte costituzionale che avrebbero dovuto chiarire i termini della questione: la n. 134 del 2006 e la n. 387 del 2007. Sul tema E. BALBONI, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2007, 4333, spec. 4338; E. BALBONI, P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2006, 1014. In particolare, la giurisprudenza costituzionale oscilla sulla possibilità di classificare come tali i LEP procedurali ed organizzativi, con una prevalenza, nelle decisioni più recenti, dell'orientamento che tende ad escludere dai LEP «la regolamentazione dell'assetto organizzativo e gestorio degli enti preposti alla erogazione delle prestazioni» (di recente, C. cost. n. 371 del 2008, 168 del 2008, 237 del 2007, 120 del 2005). Questo perché il punto di osservazione del giudice costituzionale era volto alla definizione delle sfere di competenza, *nel quadro complessivo* del titolo V della II parte della Costituzione, piuttosto che *nel quadro dell'intera sistemazione costituzionale dei diritti*.

¹⁹ C. cost. n. 282 del 2002. Sia in decisioni più recenti, ad esempio C. cost. n. 322 del 2009, che richiama proprio C. cost. n. 282 del 2002.

²⁰ Per una sintesi dei termini del problema A. GIORGIS, *Art. 3, 2° comma*, in R. BIFUL-

A questo proposito, si ritiene che sia possibile operare una distinzione fra livelli essenziali e contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti, muovendo dalle ragioni che hanno portato all'elaborazione di entrambe le categorie concettuali.

Quella di contenuto essenziale, minimo, necessario, irriducibile è nozione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale per garantire la *rigidità* costituzionale in materia di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Quella di livello essenziale delle prestazioni, invece, è strumento di *attuazione per via legislativa* della disciplina costituzionale dei diritti e delle libertà; strumento *indiretto* di garanzia dell'uguaglianza delle condizioni di esercizio degli stessi.

In altri termini, il concetto di livello essenziale muove dalla considerazione che tutti i diritti costituzionali *assumono necessariamente una dimensione legislativa* e, quindi, rispetto a tutti debba essere individuato uno statuto legislativo uniforme²¹.

Il legislatore costituzionale ha affidato all'Ente che rappresenta il principio unitario, lo Stato, la competenza a determinare tale statuto.

Si può discutere se poi il legislatore regionale, nell'esercizio delle sue competenze, possa incidere sulla disciplina dei diritti costituzionali, immaginando forme di differenziazione nell'esercizio degli stessi²², o

CO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 88, spec. 101 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., par. 5. V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino, 2008, 254-255, muove da C. cost. n. 282 del 2002 e dalle considerazioni di L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2005, 187, sostiene che possa essere possibile, postulando l'identità fra livelli essenziali e contenuto essenziale, «che, a fronte di prestazioni rientranti nei suddetti «livelli», la relativa pretesa dei privati sia configurabile come diritto». L'indagine continua poi affermando che l'inserimento nei LEP di una prestazione potrebbe comunque, a prescindere dalla riconducibilità al contenuto essenziale, costituire in capo all'utente un diritto soggettivo all'erogazione di una data prestazione. M. BELLETTI, *I «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 613, spec. 615.

²¹ Non sembra convincente la tesi che siano soltanto quelli tradizionalmente ritenuti *diritti a prestazione* ad essere *costruiti* anche attraverso i LEP, questo svilirebbe il senso della stessa struttura dell'art. 117 c. 2° lett. m) Cost. che avvicina i *diritti civili* ai *diritti sociali*. *Contra* E. BALBONI, *Gli standard strutturali*, cit., 4334: «la competenza in parola ha alcuni limiti [...] essa non comprende, ad esempio, diritti che non hanno ad oggetto prestazioni pubbliche in senso stretto».

²² La giurisprudenza costituzionale, dopo la C. cost. n. 338 del 2003 sembra aver chiuso a questa prospettiva.

se, invece, il principio di uguaglianza imponga una integrale *uniformità* delle condizioni di esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti. A quest'ultimo riguardo si ritiene che non si sia posto abbastanza l'accento sulla *necessità* di interpretare le sfere di competenza regionale come competenze che *devono potere incidere a pieno titolo* sui diritti civili e sociali.

Se così non fosse, non si potrebbe parlare di un vero e proprio bilanciamento fra principio autonomistico e principio di uguaglianza in materia di diritti costituzionali, ma, piuttosto, di *prevalenza* del principio di uguaglianza su quello di autonomia. Inoltre, tutte le competenze regionali verrebbero sostanzialmente ridotte a competenze volte a determinare norme di organizzazione e di finanziamento dei servizi *per l'esercizio* dei diritti civili e sociali.

A proposito del rapporto fra competenza sui LEP e disciplina delle condizioni di esercizio dei diritti, in dottrina si è, invece, posto l'accento sulla correlazione fra l'idea stessa di essenzialità e lo statuto di cittadinanza per ritenere recessiva l'autonomia regionale in materia di disciplina dei diritti civili e sociali.

Ovviamente, questo è l'effetto anche di una certa lettura dei principi fondamentali in materia di competenza legislativa concorrente. Ma è rispetto alla competenza sui LEP che è stata posta in questi termini la soluzione al problema del rapporto fra competenze sui diritti costituzionali e autonomia regionale.

Il ragionamento che stato svolto può essere così rappresentato: poiché la nozione di livello essenziale è «misura dell'uguaglianza, della dignità e dei diritti della persona [...] finalità di omogeneità sostanziale»²³, la competenza sui livelli essenziali contribuisce a determinare lo statuto di cittadinanza, o a riempire di significato la cittadinanza nazionale²⁴, quindi, implicitamente, a far recedere il principio di autonomia rispetto a quello di uguaglianza in materia di disciplina delle condizioni di esercizio dei diritti civili e sociali.

Queste conclusioni andrebbero rimediate.

Innanzitutto, la conformazione legislativa *uniforme* dello statuto es-

²³ E. PESARESI, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 1733, spec. 1736.

²⁴ E. PESARESI, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»*, cit., 1734; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*, cit., par. 5 e bibliografia ivi citata.

senziale dei diritti costituzionali va *oltre la cittadinanza*, perché non è allo *status* di cittadinanza che sono strettamente legati i diritti civili e sociali nell'ordinamento costituzionale italiano. Essi sono legati allo statuto giuridico della *persona umana*²⁵.

Viene così meno il nesso strutturale fra rappresentanza-responsabilità politica nel rapporto Stato-cittadino che legittimerebbe prevalentemente lo Stato ad occuparsi dello statuto dei diritti civili e sociali.

Inoltre, (e questo è stato già evidenziato dalla dottrina) la circostanza che la disposizione costituzionale si riferisca ai livelli *essenziali* potrebbe consentire interventi del legislatore regionale in materia di diritti *che riguardano livelli ulteriori* rispetto a quelli essenziali. Non si comprende poi perché le Regioni dovrebbero intervenire soltanto sui *livelli ulteriori delle prestazioni* e non anche su *altri oggetti che ricadano nella disciplina sui diritti*.

In altri termini, dalla interpretazione prevalente nella giurisprudenza costituzionale della competenza sui livelli essenziali e, nel caso della tutela della salute, dei principi fondamentali della materia, esce fuori un quadro in cui le competenze regionali sono ridotte a competenze di organizzazione del servizio sanitario²⁶. Ma proprio quest'esito dovrebbe condurre ad una rimediazione delle soluzioni interpretative della disciplina costituzionale.

Infatti, se si ragionasse sulla portata del principio di uguaglianza in senso sostanziale, si *dovrebbe* ampliare lo spazio di competenza del legislatore regionale.

L'estrema differenza delle condizioni sociali, economiche, culturali fra le regioni italiane nell'esercizio dei diritti «da garantire su tutto il territorio nazionale» dovrebbe, anzi, spingere i legislatori regionali a rimuovere gli ostacoli all'effettivo esercizio degli stessi.

In conclusione, mentre la competenza sui livelli essenziali deve consentire al legislatore statale di fissare i parametri di garanzia del principio di uguaglianza in senso formale, il legislatore regionale dovrebbe avere *la possibilità* di agire sul versante dell'uguaglianza sostanziale²⁷.

È vero che questo potrebbe essere ritenuto un problema meramente teorico, posto che, almeno in materia di tutela della salute, si è visto che esistono moduli cooperativi fra Stato e Regioni che consentono alle Regioni di incidere, *nella sostanza*, sull'esercizio della competenza sui

²⁵ Artt. 2, 3, 10 c. 2° Cost. C. cost. 432 del 2005.

²⁶ Cfr. C. cost. nn. 282 del 2002; 338 del 2003; 387 del 2007; 438 del 2008.

²⁷ *Contra* L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, in *Giur. cost.*, 2006, 1264, spec. 1267.

livelli essenziali²⁸. Quest'aspetto della prassi è emerso, nella giurisprudenza costituzionale, rispetto al tema delle fonti di disciplina dei livelli essenziali.

Poiché la competenza sui livelli essenziali è competenza legislativa esclusiva dello Stato, la Corte è stata investita anche di questioni che riguardavano la competenza delle fonti secondarie statali o di atti di natura *non regolamentare* a concorrere alla definizione dei livelli essenziali.

Il problema è stato affrontato nella sentenza n. 88 del 2003. Esso, da un lato coinvolge il problema del rispetto delle riserve di legge poste dalla prima parte della Costituzione in materia di diritti e, dall'altro, quello del rispetto delle competenze legislative regionali con le quali l'attività normativa di determinazione dei livelli essenziali interferisce.

La Corte costituzionale ha individuato, com'è noto, nei principi di legalità in senso sostanziale e di leale collaborazione le risposte a tali interrogativi²⁹.

Quanto al principio di leale collaborazione, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che esso non costituisce fondamento costituzionale dell'obbligo di adottare una procedura *collaborativa* nell'esercizio della funzione legislativa statale laddove interferisca con materie di competenza regionale³⁰.

Il giudice costituzionale, tuttavia, ha *recuperato* il principio di leale collaborazione nel quadro del principio di legalità in senso sostanziale laddove ha affermato che, data la «forte incidenza» della potestà legislativa sui livelli essenziali nelle materie di competenza regionale, s'impone

²⁸ *Supra*, capitolo II.

²⁹ C. cost. n. 134 del 2006 ed 88 del 2003. Una volta attratta nei LEP la disciplina di alcuni oggetti, si pone il problema delle relazioni fra *modo di* esercizio della competenza statale e delle competenze regionali sulle quali il legislatore statale ha inciso. La giurisprudenza costituzionale ha affermato che la competenza sui LEP comprende anche la *determinazione delle forme* con le quali la Regione può esercitare le attribuzioni riconosciute dal legislatore statale. Cfr. C. cost. n. 271 del 2008, in materia di contenimento della spesa farmaceutica. Nella specie, il legislatore statale richiedeva l'esercizio di competenze amministrative, mentre la Regione aveva utilizzato la funzione legislativa. La Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale per violazione della disciplina posta dal legislatore statale nell'esercizio della competenza sui LEP.

³⁰ Fra le prime decisioni sul punto C. cost. nn. 437 del 2001 ed 88 del 2003 (proprio sulla competenza in materia di LEP) e 196 del 2004 (con riguardo al tema della sussidiarietà legislativa). Più di recente, anche C. cost. nn. 98 del 2007 e 387 del 2007. Sul problematico statuto della leale collaborazione nei *raccordi* fra competenze statali e regionali I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006.

che l'esercizio della potestà legislativa sui LEP sia costruito nel rispetto di quest'ultimo.

Ciò implica che le scelte sui LEP «siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori»³¹.

Cosa significa tutto ciò?

Che l'uniformità delle condizioni di esercizio dei diritti civili e sociali – e quindi del diritto alla salute – viene assicurata, ad un livello generale, nel quadro della dialettica *politica* degli organi titolari del potere normativo primario *statale*, mentre, in sede di *individuazione concreta* di *standards* specifici dei LEP (quelli che la Corte costituzionale chiama “standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e di esito, quantitativi”³²), s'introducono nel processo normativo le istanze provenienti dagli Enti che sono titolari di *competenze normative ed amministrative* che incidono sui settori materiali coperti dai LEP.

Ciò dovrebbe consentire di trovare una *sintesi* fra uniformità ed autonomia, ma – e qui la valenza non soltanto teorica di quanto detto in tema di necessario ripensamento delle sfere di competenza regionale – questa soluzione tende ad oscurare, nelle pieghe delle “procedure” per la specificazione dei LEP, la responsabilità politica per le scelte in materia di politiche sociali e, in particolare, per quelle relative all'evoluzione del modello di protezione della salute.

Gli strumenti dell'*uguaglianza sostenibile* si prestano ad essere quindi utilizzati in funzione dell'*uniformità* e della riduzione dei margini di autonomia delle Regioni nelle scelte sull'organizzazione del servizio e sulle prestazioni erogabili.

Il modello eteronomo di tutela della salute impedisce chiare alloca-

³¹ C. cost. n. 88 del 2003. Sul punto E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1183, spec. 1187; A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione*, cit., 1213-1215; C. cost. n. 98 del 2007. In decisioni più recenti, rispetto al problema del *livello di specificazione dei LEP*, che può essere tale da indurre a spostare *fuori* dalla legge gran parte dell'attività di individuazione concreta degli stessi, le procedure non legislative che dovranno portare alla loro specificazione devono rispettare il principio di leale collaborazione (mediante la previsione di intese in Conferenza Stato-Regioni) ed essere disciplinate nel rispetto del principio di legalità in senso sostanziale, posto che i principi, o meglio, le norme di carattere generale atte a vincolare l'esercizio del potere normativo in sede di specificazione dei LEP, potranno essere ricavati dal quadro della legislazione vigente. C. cost. n. 134 del 2006.

³² C. cost. n. 134 del 2006.

zioni delle responsabilità politiche per le scelte che definiscono l'uguale esercizio del diritto alla salute su tutto il territorio nazionale.

Questo è uno dei *punti di maggiore criticità* del modello di *welfare* sanitario italiano ed uno dei fattori di crisi dello stesso, perché la difficoltà ad imputare chiaramente le responsabilità di politiche sanitarie incapaci di assicurare piena effettività al diritto alla salute impedisce al modello di auto-riformarsi.

L'altro fattore endogeno di crisi del modello riguarda direttamente il problema della sostenibilità economico-finanziaria dello stesso.

2. *La sostenibilità delle decisioni politiche sulla tutela della salute*

Uno dei problemi che sono emersi nel modello italiano di tutela della salute è il controllo della spesa sanitaria.

Una spesa sanitaria fuori controllo rende insostenibile un modello di protezione della salute costruito intorno ad una struttura del servizio sanitario pubblico universalistica, globale, finanziata a carico della fiscalità generale e, di conseguenza, riduce il livello di effettività della tutela del diritto alla salute.

Si già è visto nel secondo capitolo, infatti, che negli ultimi decenni, il legislatore statale, anche in ragione della necessità di rispettare gli obblighi europei in materia di stabilità finanziaria, ha costruito meccanismi di controllo della spesa sanitaria tali da *burocratizzare* il modello di erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni introducendo pervasivi strumenti di governo della spesa sanitaria.

Si è detto, inoltre, che la legislazione di legificazione dei Patti per la salute non ha risolto il problema dei *deficit* di bilancio in sanità e che molte Regioni non riescono ad assicurare i livelli essenziali in condizioni di equilibrio finanziario³³. Le linee politico-legislative volte a risolvere il problema lasciano trasparire, peraltro, una certa sfiducia nei confronti della capacità delle Regioni di compiere scelte responsabili in materia di organizzazione ed erogazione dei servizi sanitari.

Di contro, il quadro costituzionale lega l'articolazione delle competenze normative, amministrative e finanziarie al principio di responsabilità politica.

È un principio più volte ribadito dalla Corte costituzionale che l'au-

³³ *Supra* capitolo II.

onomia finanziaria regionale riguarda anche l'allocazione della responsabilità per gli oneri assunti a carico del bilancio regionale. Laddove gli oneri finanziari corrispondono a scelte politiche imputabili all'Ente regione o siano connessi alla tutela di diritti o interessi costituzionalmente garantiti «la cui tutela è affidata» essenzialmente all'Ente regione, la responsabilità per gli stessi deve essere allocata in capo alla Regione³⁴. Per quanto riguarda la struttura del servizio sanitario, la Corte ha ritenuto che nei casi in cui i costi e le disfunzioni siano derivanti dall'attività normativa, di controllo e di vigilanza delle Regioni sul servizio sanitario, la responsabilità debba ricadere sulla Regione³⁵.

Questa impostazione dei termini della questione, comporta, d'altro canto, che in un modello in cui l'ordinamento del servizio sanitario accentra poteri decisori e di finanziamento in capo allo Stato, di riflesso, accentra pure la responsabilità finanziaria³⁶.

La riforma costituzionale del 2001, tuttavia, è costruita *anche* sul principio del parallelismo fra responsabilità politica e responsabilità finanziaria. Autonomia e responsabilità non possono essere slegate e la Regione ha autonomia nell'organizzazione del servizio sanitario.

La giurisprudenza costituzionale ha esplicitato il significato di tale assioma: il nesso fra autonomia e responsabilità è fondamentale per assicurare l'efficienza dell'azione amministrativa e l'equilibrio finanziario.

Questa visione dell'autonomia finanziaria regionale, in particolare, è stata definita nei casi in cui sono venuti in rilievo l'ampliamento dei margini di autonomia regionale in materia di organizzazione dei servizi o la garanzia di livelli di assistenza sanitaria ulteriori rispetto a quelli essenziali³⁷.

Il quadro sarebbe quindi netto nei suoi contorni: l'autonomia legislativa ed amministrativa implica anche l'autonomia finanziaria e le scelte politiche di spesa rendono responsabili gli Enti che le compiono delle loro ricadute finanziarie. Questa giurisprudenza ha anticipato il principio del finanziamento integrale delle funzioni attribuite (art. 119 c. 4° Cost.)³⁸.

³⁴ C. cost. n. 452 del 1989 sul problema della responsabilità per il deficit delle USL, M. BERTOLISSI, *La finanza regionale «derivata» ha i suoi anni e li dimostra*, in *Le Regioni*, 1990, 1750; M. COCCONI, *Le prestazioni sanitarie fra esigenze di normalizzazione della spesa e diritti fondamentali della persona*, ivi, 1755.

³⁵ C. cost. n. 355 del 1993.

³⁶ M. BERTOLISSI, *La finanza regionale «derivata»*, cit.

³⁷ C. cost. n. 355 del 1993.

³⁸ Su cui C. cost. nn. 437 del 2001 e 35 del 2005.

Nella prassi politico-istituzionale, invece, le coordinate entro le quali si muovono i rapporti fra Stato e Regioni nelle scelte organizzative, finanziarie e gestorie del servizio sanitario, sono state arricchite da altri principi, volti a rispondere alle problematiche emergenti, da un lato, dalle *nuove forme* del regionalismo (*forme* di espressione del principio di leale collaborazione) e dal rispetto degli “obblighi comunitari”, oltretutto, in momenti di crisi finanziaria, dall’esigenza di risanamento della finanza pubblica.

Se già il raggiungimento di obiettivi di finanza pubblica definiti dal legislatore statale e gli obblighi europei possono di per sé determinare una compressione dell’autonomia normativa, amministrativa e finanziaria³⁹, nelle fasi di crisi finanziaria la compressione dell’autonomia diventa ancora più stringente.

La giurisprudenza costituzionale conferma quest’impressione.

Il giudice costituzionale, infatti, non ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di misure emergenziali adottate da parte del legislatore statale in un’ottica di risanamento del bilancio dello Stato che erano notevolmente distanti dal principio del parallelismo fra autonomia e responsabilità. L’unico limite opposto dalla Corte costituzionale a misure statali *derogatorie* al principio del parallelismo è stato il divieto di pregiudicare “gravemente” e in modo “definitivo” l’esercizio delle funzioni regionali⁴⁰.

Anche qui, come nelle già citate decisioni del 2010 sui LEP e l’ampliamento della sfera di competenza statale, quella della Corte costituzionale sembra una prospettiva di diritto costituzionale “dell’emergenza”, in cui misure «caratterizzate dall’urgenza e dalla provvisorietà», inquadrate in una «manovra complessiva di riduzione della spesa in tutti i settori», consentono di destinare al finanziamento del servizio sanitario le «risorse possibili»⁴¹.

Ma nel settore dell’autonomia finanziaria regionale non è soltanto il *problema dell’emergenza economico-finanziaria* ad aver determinato la crisi del modello di tutela della salute tracciato dalla riforma costituzionale del 2001. Anche le forme del regionalismo *cooperativo* hanno comportato un’attenuazione del principio di autonomia e del parallelismo

³⁹ C. cost. n. 193 del 2007.

⁴⁰ C. cost. n. 356 del 1992. C. cost. n. 381 del 1990.

⁴¹ C. cost. n. 356 del 1992 «tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute», C. cost. n. 416 del 1995 che fa comunque salvo il principio che lo Stato non può addossare sul bilancio regionale disavanzi per spese non imputabili alle Regioni. C. cost. n. 193 del 2007.

fra autonomia e responsabilità. Questo è evidente, in particolare, nella giurisprudenza costituzionale sui principi di coordinamento finanziario, sulle forme del principio di leale collaborazione e sulle condizioni per l'esercizio dei poteri sostitutivi *ex art. 120 Cost.*

La giurisprudenza costituzionale sull'esercizio della competenza statale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica (adesso divenuta competenza esclusiva dello Stato con la riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 1 del 2012), com'è noto, ha ricostruito la nozione di *principi fondamentali* di coordinamento ponendo l'accento sul criterio *teleologico*: il criterio principale di individuazione dei principi è stato l'identificazione dello scopo, delle finalità perseguite dal legislatore⁴².

Laddove lo scopo è stato identificato nell'esigenza «di evitare l'aumento incontrollato della spesa sanitaria», il bilanciamento fra equilibrio della finanza pubblica e uguaglianza di tutti i cittadini nel godimento dei diritti fondamentali», imponeva lo spostamento del potere di *manovrare* la spesa sanitaria in capo allo Stato, al punto da comprimere in modo importante l'autonomia finanziaria della Regione⁴³.

Ciò è tanto evidente che anche la specialità regionale ha ceduto dinanzi al potere di coordinamento della finanza pubblica in vista di obiettivi nazionali di stabilizzazione finanziaria⁴⁴. Questo perché la finanza delle Regioni speciali è parte della finanza pubblica allargata (e ciò implica che tutti gli Enti sono *soggetti a vincoli generali di equilibrio finanziario e dei bilanci*⁴⁵) e perché il principio unitario consente allo Stato di fissare obiettivi nazionali da raggiungere mediante politiche di

⁴² C. cost. nn. 100 e 141 del 2010. La sfera di competenza statale in materia di coordinamento della finanza pubblica, peraltro, è così descritta da C. cost. n. 122 del 2011: «questa Corte aveva evidenziato che la piena attuazione del principio di coordinamento della finanza pubblica poteva determinare che la competenza statale non si esaurisse con l'esercizio del potere legislativo, ma implicasse anche «l'esercizio di poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica, di rilevazione di dati e di controllo» (sentenza n. 376 del 2003). E, del resto, la Corte aveva messo in rilievo «il carattere "finalistico" dell'azione di coordinamento» e, quindi, l'esigenza che «a livello centrale» si potessero collocare anche «i poteri puntuali eventualmente necessari perché la finalità di coordinamento» venisse «concretamente realizzata» (sempre sentenza n. 376 del 2003)». Cfr. anche C. cost. nn. 64 del 2005; 36 del 2004; 353 del 2004 (sulle Regioni speciali).

⁴³ C. cost. n. 94 del 2009. Cfr. anche C. cost. nn. 100 e 141 del 2010; 123 del 2011.

⁴⁴ C. cost. n. 353 del 2004; C. cost. nn. 169 del 2007; 120 del 2008; 229 del 2011. *Ante* riforma costituzionale C. cost. n. 421 del 1998. C. cost. nn. 36 del 2004; 417 del 2005; 82 del 2007.

⁴⁵ Così C. cost. n. 425 del 2004.

bilancio giustificate anche dall'adempimento di obblighi comunitari. In base a ciò il «principio dell'accordo» nella fissazione dei vincoli alla finanza regionale delle Regioni speciali può cedere in nome del rispetto del patto di stabilità⁴⁶.

Quanto alle forme della leale collaborazione, esse non hanno consentito di difendere l'autonomia in fasi di crisi della spesa pubblica.

Infatti, le scelte normative statali in materia di contenimento della spesa sanitaria – in particolare le riduzioni dei livelli di finanziamento e le condizioni per l'accesso al finanziamento statale⁴⁷ – hanno determinato il rischio, per le Regioni, di operare in una situazione di strutturale insufficienza⁴⁸ nello svolgimento delle funzioni loro attribuite e, soprattutto, nella garanzia dei livelli essenziali⁴⁹.

La disciplina statale sul contenimento della spesa sanitaria non è stata dichiarata costituzionalmente illegittima muovendo dal presupposto della peculiarità della regolazione di tale settore ordinamentale.

In materia di spesa sanitaria, almeno nella fase di attuazione dell'art. 119 Cost., i condizionamenti imposti alle Regioni nell'accesso al finanziamento di una funzione loro attribuita sono stati ritenuti «in conformità» ad un «consolidato schema» che prevede prima la conclusione di articolati accordi in Conferenza Stato-Regioni sul finanziamento del servizio sanitario nazionale (i patti per la salute) e le forme di miglioramento della qualità e dell'efficienza del servizio e poi la loro *legificazione*. Ciò basterebbe per ritenerli non contrastanti con i parametri costituzionali sull'autonomia finanziaria.

Nelle sentenze successive alla riforma costituzionale del 2001 questo modulo di svolgimento del principio di leale cooperazione, viene raffigurato come strumento di garanzia della compatibilità di tale disciplina con il quadro costituzionale e con la possibilità, per le Regioni di svolgere le funzioni loro attribuite. Ciò a prescindere dall'effetto che abbia avuto il contenuto dell'accordo sulla concreta possibilità di erogare i livelli essenziali e svolgere le funzioni attribuite alle regioni⁵⁰.

⁴⁶ C. cost. n. 169 del 2007 parla specificamente di *preferenza* per l'accordo. Cfr. anche C. cost. n. 82 del 2007; C. cost. n. 36 del 2004.

⁴⁷ Ad es. la disciplina di cui all'art. 52 c. 4 l. n. 289 del 2002; l. n. 311 del 2004; l. n. 266 del 2005; l. n. 296 del 2006.

⁴⁸ Così la difesa della Regione Emilia Romagna nel ricorso sulla legittimità costituzionale dell'art. 52 c. 4 l. n. 289 del 2002.

⁴⁹ C. cost. n. 36 del 2005.

⁵⁰ C. cost. n. 98 del 2007 «Pur in una situazione di perdurante inattuazione dell'art. 119 della Costituzione (come questa Corte ha più volte rilevato: si vedano, fra le altre,

Cosa accade poi *in concreto* non entra in rilievo nelle valutazioni della Corte costituzionale.

Questo quadro fa emergere un altro fattore endogeno di crisi del modello eteronomo di tutela della salute: l'ineffettività del principio di autonomia e responsabilità politica per le scelte economico-finanziarie in materia di costruzione del *welfare sanitario*.

Questo nodo irrisolto ha reso insostenibile il modello ed inefficiente il servizio sanitario in quelle Regioni incapaci di garantire l'erogazione dei livelli essenziali in condizioni di equilibrio economico.

In altre parole, la ricerca dell'uguaglianza sostenibile è divenuta quasi una chimera in certe aree del territorio nazionale.

A questi fattori endogeni di crisi del modello italiano di tutela della salute vanno aggiunti anche i fattori esogeni, derivanti dall'impatto del processo d'integrazione sovranazionale e, più in generale, da movimenti globali di riforma delle politiche sociali nell'Europa contemporanea.

All'analisi di questi temi sono dedicati i paragrafi seguenti.

3. *Il nodo dell'equilibrio economico-finanziario ed il processo d'integrazione europea*

I fattori di crisi del modello italiano di tutela della salute non sono soltanto endogeni. Essi sono stati amplificati anche dal processo di inte-

le sentenze n. 222 del 2005, n. 37 del 2004 e n. 370 del 2003), la vigente legislazione di finanziamento del servizio sanitario nazionale trova origine in una serie di accordi fra Stato e Regioni, che spesso ne hanno anche successivamente sviluppato ed integrato la normativa, quantificando anche i corrispondenti livelli di spesa. La stessa offerta "minimale" di servizi sanitari non è unilateralmente imposta dallo Stato, ma viene concordata per taluni aspetti con le Regioni in sede di determinazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) (secondo quanto questa stessa Corte, con le sentenze n. 134 del 2006 e n. 88 del 2003, ha ritenuto costituzionalmente necessitato).

Pertanto non si può attribuire esclusivamente allo Stato la causa del deficit del servizio sanitario, giacché, in larga misura, sia le prestazioni che le Regioni sono tenute a garantire in modo uniforme sul territorio nazionale, sia il corrispondente livello di finanziamento sono oggetto di concertazione tra lo Stato e le Regioni stesse». Corte cost. n. 193 del 2007 sulle misure per il rientro dal deficit di bilancio in sanità: «Come questa Corte ha più volte affermato (per tutte, si vedano le sentenze n. 98 del 2007 e n. 36 del 2005), l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa.». C. cost. n. 163 del 2011. C. cost. nn. 77 del 2011 e 33 del 2012 sui limiti all'autonomia legislative regionale nel corso del commissariamento.

grazione europea, che s'innesta su scelte normative nazionali di apertura dei servizi sanitari all'apporto di soggetti privati⁵¹.

Sino ad oggi, fra i caratteri strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea non appaiono finalità analoghe a quelle della "dimensione" costituzionale dei diritti sociali proprie degli ordinamenti costituzionali statali. Ciò è dovuto alla natura funzionalistica e mercatistica dell'ordinamento dell'Unione, che non appare essere mutata⁵², ed alla stessa struttura dei processi di costruzione del *welfare* degli Stati europei. Quest'ultima è legata all'evoluzione dei sistemi politici, in cui alcuni aspetti del processo decisionale hanno accentuato l'identità territoriale e reso più difficile la cessione di sovranità a livelli di governo sovranazionale che sono «al di fuori della portata del controllo elettorale»⁵³.

È vero che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea include un titolo, il quarto, rubricato "solidarietà", che contiene diverse disposizioni relative ai cosiddetti *diritti sociali*. In particolare, l'art. 35 della Carta garantisce il diritto di «accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche».

Ma, da un lato, la stessa disposizione rinvia «alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali» per la definizione dei caratteri di tale diritto e, dall'altro, la Carta di Nizza, all'art. 51, nel definire l'ambito di applicazione della stessa, richiama il principio delle competenze enumerate, non estendendo l'ambito delle competenze dell'Unione definito dai trattati istitutivi.

Quanto ai trattati istitutivi, l'art. 6 lett. a) TUE e l'art. 168 c. 1 TFUE attribuiscono all'Unione una competenza di coordinamento (artt. 4 parr. 3 e 5 e 6 TFUE) in materia di *sanità pubblica* che, per espressa previsio-

⁵¹ *Supra* capitolo II.

⁵² J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, 2002, 84. Indice della distanza fra la tradizione del costituzionalismo europeo ed il modello *costituzionale* dell'unione europea, il ruolo del principio di solidarietà fra i principi fondamentali, cfr. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 132 ss. P. CARROZZA, *Il welfare sanitario e assistenziale toscano come modello*, cit., 380, imputa alla varietà dei modelli di *welfare* nazionale e non tanto al carattere mercatistico dell'ordinamento dell'Unione europea la mancata «unificazione su base europea delle politiche di welfare assistenziale».

⁵³ S. ROKKAN, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan*, (ed. P. FLORA), Oxford, 1999, trad. it. D. CARAMANI, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, Bologna, 2002, capitolo III *Democrazia numerica e pluralismo corporativo*, 349-350.

ne dell'art. 168 c. 7 TFUE «rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate»⁵⁴.

Questo può consentire di salvaguardare il carattere nazionale del modello di *welfare* sanitario? La risposta a questo interrogativo è negativa.

La logica neo-funzionalista dell'ordinamento dell'Unione europea ha determinato l'interferenza del diritto dell'Unione sull'esercizio delle competenze nazionali in materia di tutela della salute mediante l'applicazione dei principi sulla libera circolazione dei servizi in materia di accesso ai servizi sanitari nazionali da parte dei cittadini dell'Unione; attraverso la disciplina della libera circolazione dei lavoratori e delle persone⁵⁵; mediante l'applicazione della disciplina sulla concorrenza al settore dei servizi sanitari.

Rispetto a questi tre possibili *percorsi di europeizzazione* del diritto dei servizi sanitari, va sottolineato che molte sono state le resistenze politiche che hanno portato ad escludere i servizi sanitari dalla disciplina comune dei servizi d'interesse generale recata dalla *direttiva servizi*⁵⁶.

⁵⁴ In generale, sul rapporto fra diritto dell'Unione e tutela della salute M. DOUGAN, E. SPAVENTA (ed.s), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005; T. HERVEY, J. McHALE, *Health law and the European Union*, Cambridge, 2004; E. MOSSIALOS, M. MCKEE (ed.s), *EU Law and the social character of Health Care*, Bruxelles – New York, 2002.

⁵⁵ A partire dal Reg. 1408/71/CEE sulla libera circolazione dei lavoratori, l'accesso ai sistemi sanitari nazionali degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione è stato *allargato* sulla base del mero possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri. Sul neo-funzionalismo nel settore dei servizi sanitari S.L. GREER, *Uninvited Europeanization: neofunctionalism and the EU in health policy*, in *Journal of European Public Policy*, Volume 13, 134 – 152, Issue 1, 2006.

⁵⁶ Detta anche *Bolkestein*, dir. 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 *relativa ai servizi nel mercato interno*, considerando n. 22 (cfr. anche nn. 17e 28). Pur immaginando una nozione restrittiva di servizi sanitari come “servizi sociali d'interesse generale”: il considerando n. 22 della direttiva 2006/123/CE precisa, infatti, che l'esclusione dei servizi sanitari dovrebbe comprendere servizi sanitari e farmaceutici «forniti dai professionisti» ai pazienti per «valutare, mantenere o ripristinare» le condizioni di salute e laddove tali attività siano «riservate a professioni del settore sanitario regolamentate nello Stato membro in cui i servizi vengono forniti».

Le implicazioni della sovrapposizione fra diritto della concorrenza e libera prestazione dei servizi nella costruzione di una nozione restrittiva di servizio sanitario come servizio sociale d'interesse generale sono evidenti se si osserva quanto emerge ad esempio dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso C-119/06 *Commissione c. Italia*, sentenza del 29 novembre 2007, relativa all'applicabilità al servizio di trasporto d'urgenza delle norme europee sulla concorrenza. Sul tema cfr. la Comunicazione della Commissione,

Va ricordato che sino a quando gli obiettivi in materia di politica sociale saranno considerati motivi imperativi d'interesse generale, sarà possibile organizzare il modello di rapporti fra pubblico e privato nel servizio sanitario *come mercato regolamentato*.

Ma, ciò che qui interessa, è che le scelte nazionali sulla apertura ai privati in tema di prestazione dei servizi sanitari – il principio della libera scelta e i meccanismi degli accordi contrattuali, in particolare – costituiscono le leve sulle quali riformare in senso *mercaticistico* il settore dei servizi sanitari.

La direttiva europea sull'assistenza sanitaria transfrontaliera (*cross-border health care*) esemplifica questo processo.

Questa direttiva ha come base normativa la disciplina sul mercato unico dei servizi (art. 114 TFUE) e richiama l'art. 168 TFUE soltanto al fine di giustificare l'esercizio della competenza sull'armonizzazione del mercato unico dei servizi sanitari (art. 114 TFUE), qualificati come servizi d'interesse generale, salva l'organizzazione del servizio sanitario degli Stati membri⁵⁷.

È noto che è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ad applicare la disciplina dei trattati sulla libera prestazione dei servizi al settore sanitario ed a incidere sulle regole del "mercato" dei servizi sanitari fra gli Stati membri⁵⁸. In diverse controversie relative a pazienti iscritti nei regimi di assistenza sanitaria nazionale che avevano usufruito di cure mediche in altri Stati membri e poi ne avevano chiesto il rimborso, la Corte ha ritenuto applicabile la disciplina sulla libera circolazione dei servizi⁵⁹.

Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale (COM(2011) 146 definitivo del 23 marzo 2011; Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, (COM(2006) 177 definitivo del 26 aprile 2006). Cfr. V. HATZOPOULOS, *Services of General Interest in Healthcare: An Exercise in Deconstruction?*, in U. NEERGAARD, R. NIELSEN, L. ROSEBERRY, *Integrating Welfare Functions into EU Law. From Rome to Lisbon*, Copenhagen, 2009, 225 ss.

⁵⁷ Dir. 2011/24/UE, *concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, considerando nn. 1, 2 su cui S. DE LA ROSA, *The Directive on Cross-border Health care or the art of codifying complex case-law*, in *CMLRev.* 49(2012), 15 ss.

⁵⁸ Si suole ricondurre a CGCE, sentenza 31 gennaio 1984, cause C-286/82 e C-26/83, *Luisi e Carbone* questo filone giurisprudenziale sulla qualificazione dei servizi sanitari come oggetto che ricade nell'ambito di applicazione della libera circolazione dei servizi, ma sono CGCE 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kobll*, e CGCE 28 aprile 1998, C-120/95, *Decker* ad aprire le problematiche qui analizzate. Di recente, sulla giurisprudenza della Corte in materia di servizi sanitari L. HANCHER, W. SAUTER, *One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning health care*, in *CMLRev.* 47: 117-146, 2010.

⁵⁹ Anche se l'ordinamento comunitario non disciplina né l'individuazione delle con-

La Corte di Lussemburgo ha così 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.

La giurisprudenza comunitaria ha determinato l'ampliamento della sfera di applicazione del diritto comunitario, affermando il principio che i regimi nazionali devono prevedere criteri "oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo" per regolare autorizzazioni e rimborsi delle 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 sanitarie⁶⁰.

Quello della Corte di Giustizia è stato un intervento dirompente, sotto questo profilo, poiché quello dei servizi sanitari è negli Stati membri un settore dominato dall'intervento pubblico⁶¹.

dizioni 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 sanitarie (Corte di giustizia CE, sent. 30.1.1997, cause riunite C-4/95 e C-5/95 *Stöber e Piosa Pereira*, e sent. 28.4.1998, causa C-158/96, *Kobll*, par. 36). Per il rilievo che ha tale disciplina sui sistemi sanitari nazionali: Corte di giustizia CE, sent. 28.4.1998, causa C-120/95, *Decker*; 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 S. 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; Corte di giustizia CE, sent. 28.4.1998, causa C-158/96, *Kobll*, *cit.*; CGUE, Grande sezione, sent. 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione europea c. Repubblica Francese*; sul tema cfr. anche CGUE, sent. 27 ottobre 2011, causa C-255/09, *Commissione c. Portogallo*; CGUE, sent. 27 gennaio 2011, causa C-490/09, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*. In dottrina, sui riflessi che le disposizioni del Trattato Ce avrebbero potuto esplicitare sul regime giuridico dei servizi pubblici e sui provvedimenti amministrativi E. PICOZZA, (voce) *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1997, 8, 9, 12; C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1/2000, 181.

⁶⁰ Corte di giustizia CE, sent. 23.10.2003, causa C-56/01, *Inizan*, par. 48 e 49; Corte di giustizia CE, sent. 13.5.2003, causa C-385/99, *Müller Fauré e van Riet*, par. 85.

⁶¹ Critico su questa giurisprudenza, cioè sulla possibilità di applicare la disciplina sulla libera circolazione dei servizi ai servizi sanitari G. ORLANDINI, *Libera prestazione e servizi sociali. Il caso dell'accesso cross-border alle prestazioni di cura*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, 171, spec. 196 ss.

Una volta qualificato come “servizio” ai sensi dell’art. 49 TCE (l’attuale art. 56 TFUE) anche il servizio sanitario, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che i rapporti giuridici in questione rientrassero nell’ambito di applicazione del diritto comunitario sulla base della circostanza che il rapporto fra utente e prestatore di servizio presentava un carattere transnazionale.

La Corte di Giustizia mirava ad abbattere quegli ostacoli alla libera circolazione dei servizi che, nel settore delle cure mediche transfrontaliere impedivano la mobilità dei pazienti, ostacoli costituiti dalla presenza di regimi autorizzatori al rimborso di cure mediche all’estero disciplinati a livello degli Stati membri (assistenza sanitaria indiretta).

Nelle loro difese dinanzi alla Corte, gli Stati membri avevano sempre invocato a sostegno della legittimità del regime autorizzatorio l’esigenza di tutelare l’equilibrio economico-finanziario e la qualità tecnico-scientifica dei servizi sanitari nazionali, assicurate da un regime di programmazione della spesa sanitaria.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, nelle sentenze più recenti, ha definito i criteri che consentono di assicurare il rispetto del principio di programmazione della spesa sanitaria (alla base del regime autorizzatorio e dei criteri che definiscono i casi in cui è assicurato il rimborso delle spese per prestazioni sanitarie all’estero), senza mai affermare, però, che nei casi di specie fosse stato dimostrato che l’applicazione del regime della libera circolazione dei servizi avesse messo in pericolo le esigenze imperative della sostenibilità finanziaria del servizio sanitario o della qualità dei servizi sanitari nazionali⁶².

Per rappresentare questo percorso di “apertura” dei confini del *welfare* degli Stati membri ai cittadini dell’Unione, alcuni Autori hanno ritenuto che a livello europeo stesse avvenendo una progressiva strutturazione della cittadinanza dell’Unione secondo i “valori” sottesi all’emersione dei diritti sociali nel costituzionalismo europeo del Novecento o, più in generale, che questo processo fosse l’effetto dell’applicazione dei principi sulla libera circolazione delle persone.

Ora, è stato soprattutto con lo sguardo rivolto al settore della protezione sociale che tali Autori hanno evidenziato queste linee di tendenza, avvertendo, tuttavia, che le dinamiche tipicamente *market-oriented* e pro-concorrenziali innestate nel settore delle assicurazioni obbligatorie

⁶² CGUE, Grande sezione, sentenza 15 giugno 2010 C-211/08 *Commissione europea c. Regno di Spagna*; CGUE Sentenza 5 ottobre 2010 C-173/09 *Elchinov*; CGUE, Grande sezione, sentenza 5 ottobre 2010 causa C-512/08 *Commissione europea c. Repubblica Francese*.

in materia previdenziale potessero minare alla base la *ratio* dei diritti sociali garantiti dalle Costituzioni nazionali⁶³.

Per quanto riguarda l'accesso al *sistema* sanitario nazionale queste ricostruzioni non sono pienamente condivisibili.

L'effetto di apertura del *welfare* sanitario nazionale ai non cittadini, almeno nel modello italiano, non è stato determinato dall'applicazione della disciplina dell'Unione in materia di servizi sanitari.

L'ampliamento del novero dei soggetti che hanno accesso al servizio sanitario nazionale è stato determinato dall'interpretazione costituzionale del diritto alla salute alla luce del principio personalista e del principio d'uguaglianza.

Questa è una linea di tendenza che percorre – già dagli anni '90 – la giurisprudenza costituzionale⁶⁴.

In altri termini, il diritto dell'Unione non sembra aver assicurato un “più elevato” livello di tutela del diritto alla salute rispetto al diritto interno, neppure nel senso dell'estensione dei *soggetti* che possono beneficiare di prestazioni sanitarie. Questo è stato, invece, garantito dalle norme costituzionali⁶⁵.

Inoltre, è evidente che in questo settore materiale le norme dell'Unione non hanno per *finalità* quella di orientare l'ordinamento dell'Unione verso una dimensione sociale dei diritti di cittadinanza europea, ma quella di assicurare maggiore effettività possibile alla libera circolazione dei servizi (ed alla libertà di stabilimento).

Il legislatore europeo ha avvertito il rischio di destabilizzazione dei sistemi sanitari nazionali ed è intervenuto per evitare che, in assenza di una cessione di sovranità in questo settore del *welfare*, l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi possa incidere: a) sui tratti dell'organizzazione dei servizi sanitari; b) sulla qualità e tipologia

⁶³ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; si esprime in termini di *detritorializzazione* del *welfare* mediante una nozione di solidarietà sociale “attiva” per rappresentare questo fenomeno ID., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 18 ss.; M. FERRERA, *Verso una cittadinanza sociale «aperta». I nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, URGE Working Paper, n. 1, 2004, reperibile alla pagina web http://www.socpol.unimi.it/papers/2004-4-21_Maurizio%20Ferrera.pdf. In particolare, nella legislazione UE sono punti di riferimento per riflettere su tali analisi il reg. 1408/71/CEE; il reg. 833/2004/CE; il reg. 1231/2010/UE ed il reg. 859/2003/CE.

⁶⁴ Da ultimo C. cost. n. 252 del 2011.

⁶⁵ In senso contrario D. S. MARTINSEN, *Toward an Internal Health Market With the European Court*, in *West European Politics*, Volume 28, 1035 – 1056, Issue 5.

di competenze tecnico-scientifiche possedute sul territorio dello Stato; c) sulla programmazione della spesa sanitaria ed il conseguente contenimento dei costi del servizio⁶⁶.

L'applicazione della disciplina dell'Unione sulla libera prestazione dei servizi può, infatti, avere degli effetti *demolitivi* del livello di effettività del diritto alla salute: potendo espandere il limite organizzativo, tecnico-scientifico ed economico-finanziario, essa potrebbe comportare una riduzione del livello di effettività del diritto *sul territorio dello Stato*⁶⁷.

L'incidenza sui tre ordini di limiti è indiretta ma concreta. È indiretta perché il diritto derivato dell'Unione ha escluso alcune tipologie di servizi sanitari dall'ambito di applicazione della direttiva⁶⁸. Inoltre, sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto derivato i rapporti giuridici sorti fra utenti iscritti al servizio sanitario nazionale e prestatori di servizi sanitari che operano sul territorio dello Stato (ma non fanno parte del servizio sanitario nazionale), poiché tali ipotesi sono qualificate espressamente come fattispecie non rientranti nella nozione di assistenza sanitaria transfrontaliera⁶⁹.

Ciò non significa che questa disciplina non possa avere una incidenza sull'organizzazione del servizio sanitario nazionale. Questo, infatti, viene inserito nel *mercato europeo* dei servizi tramite la regolazione della mobilità dei pazienti, la quale può influenzare la quantità di accessi ai servizi nazionali e la domanda di specifiche tipologie di prestazioni⁷⁰.

⁶⁶ Art. 4 c. 3 dir. 2011/24/UE; art. 8 dir. 2011/24/UE che disciplina i casi di assistenza sanitaria transfrontaliera nei quali è ammesso un regime autorizzatorio.

⁶⁷ Si vedano le analisi di V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy: the Impact of the EU*, in G. DE BÚRCA, *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, 111; ID., *Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgements of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in *CMLRev* (2002), 683 ss.; A. KACZOROWSKA, *A review of the creation by the ECJ of the right to effective and speedy medical treatment and its outcomes*, in *European Law Journal*, 2006, 345–70.

⁶⁸ La direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera non si applica ai servizi di lungo-degenza; assegnazione e trapianto di organi; politiche vaccinali proprie di uno Stato membro (art. 1 c. 3 dir. 2011/24/UE).

⁶⁹ Art. 1 c. 4 dir. 2011/24/UE.

⁷⁰ La direttiva 2011/24/UE oltre a definire le fattispecie nelle quali è possibile usufruire dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, determinando così l'attrazione di parte della disciplina sull'assistenza sanitaria indiretta a livello europeo, impone anche degli obblighi d'informazione a carico degli Stati membri nei confronti dei pazienti (disciplina sui "punti di contatto") che può determinare l'incremento delle richieste di assistenza sanitaria transfrontaliera (artt. 4 e 6 dir. 2011/24/UE).

Non a caso, la direttiva sulle cure mediche transfrontaliere contiene alcune previsioni volte a salvaguardare un margine di manovra per gli Stati.

Accanto alla disposizione che richiama espressamente l'applicazione del principio di non discriminazione nei confronti degli utenti che fanno domanda di prestazioni sanitarie in uno Stato diverso da quello di affiliazione, si ammette che Stato nel quale si richiede la cura possa adottare «misure» volte a salvaguardare l'assetto organizzativo del servizio⁷¹.

Nel disciplinare i principi sul rimborso dei costi sostenuti dagli utenti che hanno beneficiato di servizi sanitari in un altro Stato, si prevedono ipotesi di deroga all'obbligo di rimborso⁷².

Infine, la disciplina relativa all'autorizzazione preventiva per usufruire di servizi sanitari transfrontalieri prevede che possa essere mantenuto un regime autorizzatorio nei casi in cui vi siano «esigenze di pianificazione» volte ad assicurare qualità e quantità di tipologie di prestazioni sanitarie sul territorio statale e la sostenibilità del servizio sanitario nazionale sul piano tecnico-scientifico ed economico-finanziario⁷³.

Tutte queste previsioni della direttiva dimostrano che la mobilità transfrontaliera potrebbe avere effetti distorsivi sulla domanda di prestazio-

⁷¹ Art. 4 c. 3 dir. 2011/24/UE.

⁷² Lo Stato di affiliazione «può limitare l'applicazione delle norme sul rimborso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera per motivi imperativi di interesse generale, quali quelli riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane», rispettando i principi di necessità e proporzionalità, non discriminazione in base alla nazionalità e divieto di ostacolare in modo *ingiustificato* la libera circolazione dei servizi e notificando alla Commissione i provvedimenti derogatori al regime del rimborso dei costi (art. 7 cc. 9 e 11 dir. 2011/24/UE).

⁷³ In particolare, è ammesso il regime di autorizzazione preventiva per le cure ospedaliere e per le cure mediche che richiedano l'uso di apparecchiature mediche altamente specializzate. Art. 8 dir. 2011/24/UE che prevede, inoltre, fra le altre condizioni nelle quali è possibile mantenere il regime autorizzatorio, il caso in cui sia necessario il ricovero, anche per una notte. Cfr. anche il *considerando* n. 40 nel quale si richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia (in tal senso CGCE, sent. 13.5.2003, causa C-385/99, *Müller Fauré e van Riet*, par. 94 – 97; per le cure mediche che richiedono l'uso di apparecchiature altamente specializzate CGUE, Grande sezione, sent. 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione europea c. Repubblica Francese*; sul tema cfr. anche CGUE, sent. 27 ottobre 2011, causa C-255/09, *Commissione c. Portogallo*). Lo stesso articolo, 8 al comma 6 individua i casi nei quali è ammesso il diniego dell'autorizzazione, fra i quali, alla lettera d) il caso in cui «l'assistenza sanitaria in questione può essere prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, tenendo presente lo stato di salute e il probabile decorso della malattia di ogni paziente interessato».

ni sanitarie nei servizi sanitari nazionali. La direttiva sulle cure mediche transfrontaliere potrebbe determinare, per alcune tipologie di servizi una diminuzione delle richieste sul territorio dello Stato mentre per altre un aumento della domanda. Le misure prima richiamate dovrebbero contenere i potenziali effetti discorsivi della domanda di cure mediche derivanti dall'applicazione del diritto dell'Unione sulle cure transfrontaliere.

A quest'ultimo proposito, va ribadito che si è ancora in una fase prodromica alla realizzazione di una piena integrazione del "mercato" dei servizi sanitari, ma sembra chiara la tensione del diritto dell'Unione verso l'apertura dei servizi sanitari nazionali ad un *mercato che operi secondo moduli concorrenziali*.

Come si è detto, è stata la Corte di Giustizia a ritenere che la disciplina sulla libera circolazione dei servizi avesse efficacia diretta e che nel suo campo di applicazione rientrassero i servizi sanitari. Il Giudice di Lussemburgo, così, ha potuto oltrepassare i limiti posti al rimborso delle cure mediche negli Stati membri disciplinati in atti normativi di diritto derivato fondati sulla libera circolazione dei lavoratori⁷⁴.

È significativo che, in seguito alla giurisprudenza della Corte, il Consiglio dell'Unione europea abbia approvato nel 2006 una *Dichiarazione sui valori e principi comuni* dei sistemi sanitari⁷⁵, nella quale, dopo aver individuato fra i valori comuni «universalità, accesso a cure di buona qualità, equità e solidarietà», e fra le *caratteristiche fondamentali* la centralità del paziente e la *sostenibilità finanziaria* del sistema sanitario, si stabilisce che tali valori e caratteri comuni debbano essere «salvaguardati nell'applicazione *delle regole di concorrenza* ai sistemi che li attuano».

Il Consiglio rilevava «un crescente interesse per la questione attinente al ruolo dei meccanismi del mercato (compresa la pressione concorrenziale) nella gestione dei sistemi sanitari» ed osservava «molti sviluppi nei sistemi sanitari dell'Unione europea, che mirano a incoraggiare la pluralità e la scelta e a utilizzare le risorse nel modo più efficiente»⁷⁶.

Le Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea intervenivano

⁷⁴ In particolare, del reg. 1408/71/CEE. Sul tema, cfr. S. DE LA ROSA, *The Directive on Cross-border Health care*, cit., 17.

⁷⁵ Consiglio dell'Unione europea, *Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea* che reca in allegato la *Dichiarazione sui valori e principi comuni* (GUUE 2006/C 146/01).

⁷⁶ Consiglio dell'Unione europea, *Dichiarazione sui valori e principi comuni*, corsivo aggiunto.

successivamente all'approvazione della direttiva *servizi* che, si è detto, escludeva dal proprio campo d'applicazione i servizi sanitari⁷⁷.

La direttiva sulle cure mediche transfrontaliere riapre il dibattito sulla costruzione di un mercato unico (concorrenziale) dei servizi sanitari. Il capo IV della direttiva, "*Cooperazione in materia di assistenza sanitaria*", costituisce un particolare esempio di applicazione del *metodo di coordinamento aperto*⁷⁸, in genere prodromico ad una fase di integrazione mediante l'uso del *metodo comunitario*. Oltre a consentire di effettuare attività di *benchmarking* in materia di organizzazione dei servizi nazionali, costi, pratiche mediche – fattore essenziale per la possibilità di costruire un vero mercato europeo dei servizi sanitari – questa disciplina può assicurare alla Commissione la possibilità di verificare l'effettiva "implementazione" della direttiva negli ordinamenti nazionali (in particolare della parte relativa agli obblighi d'informazione degli Stati nei confronti degli iscritti al proprio servizio sanitario).

Non è un caso che l'intera giurisprudenza della Corte di giustizia, sul tema delle cure mediche transfrontaliere, ruoti intorno all'impossibilità di provare che la mobilità dei pazienti abbia effetti sull'equilibrio dei sistemi sanitari nazionali. La direttiva, come si è detto, prevede proprio numerose deroghe al principio della libera circolazione dei servizi per salvaguardare esigenze imperative degli Stati, fra cui la sostenibilità e la qualità del servizio sanitario nazionale.

Saranno gli effetti di una sempre più frequente mobilità dei pazienti europei a determinare l'impatto sui sistemi nazionali e quale tipo impatto possa essere ritenuto *sostenibile* per i sistemi sanitari nazionali⁷⁹.

Ma questa è soltanto una delle chiavi per verificare quanto è possi-

⁷⁷ Dir. 2006/123/CE *relativa ai servizi nel mercato interno*, considerando nn. 22 e 23 ed art. 2 c. 2 lett. f).

⁷⁸ S. DE LA ROSA, *The Directive on Cross-border Healthcare*, cit., 43. Sui caratteri del metodo di coordinamento aperto nel settore del "welfare" M. HEIDENREICH, J. ZEITLIN (ed.s), *Changing European Employment and Welfare Regimes. The Influence of the Open Method of Coordination on National Reforms*, London – New York, 2009. Cfr. anche G. DE BÚRCA, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, in *Current Legal Problems* (2003) 56 (1): 403-437.

⁷⁹ Altro tema è quello degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi da parte di operatori privati di altri Stati membri. Sul punto, ritiene probabile l'apertura di potenziali forme di integrazione negativa G. DAVIES, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, Jean Monnet Working Papers, New York University School of Law n. 2/06, reperibile alla pagina web <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/06/060201.pdf>, 27.

bile aprire i modelli di servizio sanitario nazionale alle logiche della concorrenza e del mercato, in un contesto europeo che ha già *immaginato forme di concorrenza fra modelli nazionali di servizio sanitario*, prima di affrontare direttamente il nodo dell'applicazione del diritto della concorrenza *all'interno dei singoli modelli nazionali*.

Come si è detto, l'effetto di medio periodo che ci si può attendere da queste misure, volte a costruire una forma di concorrenza fra i sistemi sanitari degli Stati membri è l'*accesso ineguale* ai trattamenti sanitari sul territorio europeo⁸⁰.

Altro genere di problematiche riguarderà invece la possibilità di applicare i principi UE sulla libera circolazione dei servizi per regolamentare *il mercato dei servizi sanitari secondo i principi del diritto della concorrenza*.

4. *La scomposizione del modello: il diritto alla salute fra Stato e mercato*

L'evoluzione del modello italiano di organizzazione dei servizi per la tutela della salute è stata determinata da scelte politiche volte a garantire la sostenibilità sul piano economico-finanziario e la tenuta in relazione alla garanzia dell'uguaglianza nell'esercizio del diritto alla salute.

La sostenibilità del servizio sanitario nazionale è stata costruita, a partire dalle riforme degli anni 1992-1999 come variabile dipendente da un dato assetto organizzativo dei rapporti fra enti e fra pubblico e privato.

Quanto al primo aspetto, l'impianto organizzativo del servizio, come si è visto, è stato caratterizzato in generale, da una tensione verso l'omogeneità e l'unitarietà del modello dei rapporti fra Enti, in ragione dell'esigenza di assicurare l'uguale esercizio del diritto alla salute su tutto il territorio nazionale⁸¹.

In particolare, inizialmente era stata immaginata una ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni tale da valorizzare il ruolo dello Stato sul piano dell'esercizio delle competenze legislative ed il ruolo della Regione quale ente di programmazione ed amministrazione del servizio sanitario⁸².

⁸⁰ C. NEWDICK, *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *CMLRev* 43: 1645 – 1668, 2006, spec. 1665.

⁸¹ Di recente, C. cost. n. 387 del 2007. C. cost. n. 355 del 1993 per un esempio di interpretazione del limite delle norme generali di riforma economico-sociale in materia di sanità. Successivamente alla l. cost. n. 3 del 2001 *ex multis* C. cost. n. 371 del 2008; 448 del 2006.

⁸² G. PASTORI, *La sanità fra legislazione statale e amministrazione regionale*, in *Le Re-*

Dagli anni '90 è stato intrapreso un percorso di maggiore apertura del servizio sanitario nazionale all'azione degli operatori privati, attribuendo poteri di controllo da parte della Regione sugli erogatori di servizi sanitari⁸³.

A tal proposito si è parlato di «apertura al mercato» dei servizi sanitari. Inizialmente questa *apertura* è stata costruita nella logica di una «piena concorrenzialità» fra pubblico e privato e poi ripensata⁸⁴ al fine di garantire la possibilità di mantenere l'assetto del servizio sanitario nazionale entro la logica della *programmazione preventiva* della tipologia, dei costi, della quantità delle prestazioni sanitarie da erogare agli utenti⁸⁵.

Il principio della libera scelta fra pubblico e privato ed una disciplina uniforme dei rapporti fra Regione e soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie sono i due risvolti del principio di uguaglianza in questa materia.

Da tali profili si deve muovere per comprendere se il modello italiano stia evolvendo verso la costruzione graduale di un mercato dei servizi sanitari.

La giurisprudenza costituzionale ha costantemente ritenuto che il principio di libera scelta abbia carattere di norma di principio, attinente all'organizzazione del servizio sanitario e, di conseguenza, non sia un diritto assoluto dell'utente⁸⁶. Tale principio, insieme alla disciplina sull'accreditamento e il sistema di remunerazione a tariffa delle prestazioni erogate dai soggetti privati, secondo la Corte, trova la sua *ratio* nella programmazione del numero e dell'attività degli erogatori; nella ripartizione della domanda fra un numero chiuso di soggetti erogatori (da qui il limite al principio di libertà di scelta); nel controllo della spesa sanitaria⁸⁷ e nella sostenibilità economico-finanziaria del servizio sanitario, ove

gioni, 1989, 323, spec. 333 in nota a C. cost. n. 610 del 1988. A margine di tale sentenza cfr. anche P. PINNA, *Leggi provvisorie, sentenze della Corte costituzionale e competenze regionali*, ivi, 1754. Sul tema anche C. cost. n. 385 del 1991 in merito alla *regionalizzazione* delle USL su cui G. MOR, *Tre sentenze sulle USL tra riforma della riforma e principi generali*, in *Le Regioni*, 1992, 1132.

⁸³ Mediante la fissazione di requisiti minimi per l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio di attività sanitarie; per l'accreditamento per esercitare attività sanitarie a carico del servizio sanitario nazionale e per la conclusione di accordi per l'erogazione a carico del servizio sanitario di prestazioni agli utenti. Art. 8 c. 3 d.lgs. n. 502 del 1992.

⁸⁴ D.lgs. n. 502 del 1992 come mod. da d.lgs. n. 229 del 1999.

⁸⁵ Così Cons. St. Ad. Plen. 12 aprile 2012, nn. 3 e 4.

⁸⁶ C. cost. n. 416 del 1995; C. cost. n. 200 del 2005; C. cost. n. 387 del 2007.

⁸⁷ Che viene programmata e ripartita fra i diversi soggetti erogatori mediante la definizione di una *quantità data*, di un numero massimo di prestazioni erogabili.

sostenibilità significa adempimento degli obblighi di stabilità finanziaria assunti a livello sovranazionale⁸⁸.

Questo quadro non consente di ritenere che il modello italiano sia stato gradualmente orientato *verso logiche di mercato né tantomeno di mercato concorrenziale*⁸⁹.

Anzi, è evidente che la disciplina dei rapporti fra pubblico e privato nei servizi sanitari non è stata costruita né è stata successivamente riformata al fine di tutelare lo sviluppo di un *mercato* dei servizi sanitari e la concorrenza al suo interno⁹⁰.

Sembra, piuttosto, che si sia immaginato un modello di servizio sanitario in cui il ruolo del privato *dipende* dall'esercizio dei poteri pubblici di programmazione e pianificazione della spesa⁹¹.

Che incidenza ha su questo quadro la legge costituzionale n. 3 del 2001?

Il legislatore costituzionale ha introdotto nel titolo V, parte II della Costituzione tre disposizioni che assumono rilievo per questo specifico tema⁹²: *a*) il primo comma dell'art. 117 Cost., che pone come limite generale alla funzione legislativa il rispetto degli obblighi comunitari ed internazionali; *b*) il secondo comma, lettera *e*) dello stesso articolo che affida allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza; *c*) l'art. 118, comma quarto, che costituzionalizza il principio di sussidiarietà orizzontale⁹³.

Innanzitutto si guardi all'effetto combinato del principio di sussi-

⁸⁸ C. cost. n. 94 del 2009.

⁸⁹ Anche chi utilizza il termine *mercato* riferendolo al settore dei servizi sanitari precisa comunque che si tratta di un mercato a *concorrenza programmata*. G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, cit., 93 ss., sul tema, in generale G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.

⁹⁰ C. cost. n. 200 del 2005; C. cost. n. 94 del 2009; C. cost. n. 248 del 2011.

⁹¹ G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 23.

⁹² A prescindere dalle problematiche legate alla natura concorrente della potestà legislativa in materia di tutela della salute, alla disciplina del potere sostitutivo e dei rapporti finanziari fra Stato e regioni.

⁹³ Quanto allo specifico settore dei servizi sanitari e socio-sanitari, la riforma costituzionale è stata in parte *anticipata* dalla l. n. 59 del 1997 e dalla l. n. 328 del 2000. Per tali notazioni E. FERRARI, *Lo stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99; G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in *Sanità pubblica*, 2002, 1281; A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007. Sul principio di sussidiarietà M. ARMANNO, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. I. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione europea*, Torino, 2010.

diarietà orizzontale e della disciplina subcostituzionale che regola il rapporto pubblico/privato orientandolo alla realizzazione di un modello a «concorrenza programmata» fra strutture pubbliche e strutture private accreditate»⁹⁴.

Da qui l'interrogativo «se sia giustificato che strutture poste in posizione di collaborazione/competizione tra loro abbiano regimi di gestione diversi e se non si debba completare il processo di 'privatizzazione' delle regole e delle modalità di gestione anche per le strutture pubbliche (privatizzazione formale) e, se sia possibile, anche far concorrere finanziamenti/compartecipazioni private nelle stesse strutture pubbliche (privatizzazione sostanziale)»⁹⁵.

In altri termini, la «valenza negativa» del principio di sussidiarietà orizzontale consente di ipotizzare un «dovere di astensione» del pubblico nei confronti del privato⁹⁶? Impone la transizione verso un modello di mercato concorrenziale dei servizi sanitari?

Secondo la dottrina, una *stretta interpretazione* della disciplina costituzionale del diritto alla salute consentirebbe di individuare come vincolo *sostanziale* per i pubblici poteri nella disciplina del servizio sanitario soltanto l'obbligo di garantire cure gratuite agli indigenti, cure che, in ipotesi, potrebbero essere somministrate da privati e remunerate dai pubblici poteri⁹⁷.

Secondo questa tesi (che chiamerei dell'*attribuzione di un contenuto minimale* al diritto alla salute), la tutela della libertà d'impresa del privato

⁹⁴ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, cit., 93-94: Nel modello attuale si presenta il seguente scenario: «[d]i fronte al diritto del singolo alla salute vi deve essere sempre un'istituzione pubblica che vi corrisponde e ne risponde: e questa è la a.s.l.

Nel medesimo tempo la a.s.l. viene a configurarsi più come ente di progettazione ed acquirente (*purchaser*) del servizio, mentre le altre vengono a configurarsi come strutture di provvista del servizio in senso proprio (*provider*)».

⁹⁵ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, cit., 94.

⁹⁶ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51, spec. 77. G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5, spec. 18 valorizza la valenza negativa del principio: «la sussidiarietà orizzontale dunque riguarda la distribuzione tra privati da un lato e pubblici poteri dall'altro dei compiti di erogazione di servizi e benefici, dovendosi stabilire se essi spettano agli uni o agli altri». G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, cit., 95, ragionando sul tema in relazione al servizio sanitario, nella prospettiva della valenza negativa del principio, ritiene che al «sistema» dei servizi sanitari dovrebbero concorrere soggetti privati che hanno le forme del privato sociale, ma che non è escluso che in questa prospettiva si mantenga o si amplii lo spazio per i soggetti privati costituiti con fini di lucro.

⁹⁷ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 35-36. G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, cit., 17.

dovrebbe informare l'intera disciplina, mentre l'intervento pubblico nel settore dei servizi sanitari potrebbe essere disciplinato come forma d'intervento suppletivo, volta a colmare le *carenze* di servizi determinate dall'esercizio della libertà d'impresa del privato, ossia i *fallimenti del mercato*.

La tutela dell'iniziativa privata sarebbe stata, dunque, decisamente rafforzata dall'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il principio di sussidiarietà sottoporrebbe oggi le scelte normative sulla delimitazione della linea di confine fra pubblico e privato a maggiori vincoli *procedurali* che in passato⁹⁸.

In questa prospettiva, per *spostare* il confine sul versante della regolazione pubblica o dell'intervento pubblico in un settore economico, il legislatore dovrebbe valutare se il privato possa essere «in grado» di garantire «quanto e meglio delle strutture pubbliche» i livelli essenziali di assistenza⁹⁹, con il limite del rispetto del principio di uguaglianza sostanziale. Quest'ultimo, combinato con il principio di sussidiarietà orizzontale, porrebbe un obbligo d'intervento ai poteri pubblici nelle seguenti ipotesi: «se si dimostra che l'intervento privato non porta ad una diminuzione della disuguaglianza sostanziale tra i cittadini, mentre l'intervento pubblico ha buone probabilità di raggiungere tale risultato, allora anche in questo caso non opera il principio di sussidiarietà, o meglio tale principio fa scattare l'interruttore verso il potere pubblico, con conseguente restrizione dell'intervento privato»¹⁰⁰.

⁹⁸ In generale, sulla valenza democratica del principio di sussidiarietà P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in G. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, 1.

⁹⁹ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 37-38. Quanto al significato *procedurale* del principio di sussidiarietà si richiama sempre l'analisi di G.U. RESCIGNO, p. 14, laddove afferma che il principio di sussidiarietà è un *criterio* di allocazione *prioritaria* di tipi di *azioni* in capo a determinati soggetti che consente di *spostare* in capo ad altri lo svolgimento delle stesse soltanto se «il risultato di sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione [...] esso *non* dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente».

¹⁰⁰ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 45. Secondo un'altra opinione si può invece giungere alla conclusione che l'art. 118 quarto comma Cost. non afferma la valenza negativa del principio, essendo richiamato in «contesti normativi» relativi all'attribuzione di funzioni e all'allocazione di competenze. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit., 77-78, rileva il «paradosso» per cui nell'ordinamento italiano la sussidiarietà «non risulta mai indicata come un criterio di riparto delle rispettive sfere di azione dei soggetti pubblici e di quelli privati [...] ma piuttosto viene proposta come un principio che detta regole che incidono sul modo di esercizio delle competenze pubbliche». Per le relazioni tra principio di sussidiarietà orizzontale e principio di uguaglianza sostanziale G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*

A queste considerazioni vanno aggiunte quelle di chi ha riflettuto sugli effetti dell'introduzione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» nel secondo comma dell'art. 117 Cost.

Quanto agli effetti di questa disposizione, ci si deve chiedere se sia corretta la qualificazione dell'attuale assetto dei rapporti fra pubblico e privato in sanità come forma di tutela *legislativa* della *concorrenza programmata* nei servizi sanitari e se la l. cost. n. 3 del 2001 abbia fatto assurgere la tutela della concorrenza a fine costituzionale dello Stato.

Si pone poi l'ulteriore problema di valutare se l'espressione *concorrenza programmata* imponga di costruire i rapporti fra i privati che hanno sottoscritto accordi contrattuali con il servizio sanitario secondo i moduli del diritto della concorrenza, ossia se «la parte del sistema aperta alla presenza di operatori economici privati, rappresenta un mercato non contingentato, né contingentabile» e quindi soggetto «alle regole europee di tutela della concorrenza»¹⁰¹.

Successivamente all'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001 è stata prospettata l'assunzione a “valore costituzionale” della concorrenza¹⁰², come valore, bene o fine «da promuovere astenendosi dalle politiche che indebitamente escludono o limitano la concorrenza»¹⁰³.

Secondo questa tesi, se in precedenza era praticabile un'interpretazione degli artt. 41 ss. Cost. secondo cui la libertà economica era garanti-

orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione, in Studi in Onore di Giorgio Berti, Napoli, 2005, I vol., 177 ss., spec. 182 ss.

¹⁰¹ Ipotesi prospettata da TAR Palermo, I sez. Sent. n. 875 dell'1 aprile – 6 maggio 2011. Sul tema dell'applicabilità del diritto alla concorrenza a modelli di welfare sanitario in cui operano privati G. DAVIES, *The Process and Side-Effects*, cit., 27.

¹⁰² Il tema della tutela costituzionale della concorrenza era emerso anche antecedentemente alla riforma costituzionale, rispetto all'esegesi della disciplina costituzionale relativa ai rapporti economici ed, in particolare, dell'art. 41 Cost. N. IRITI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 93-104. Per una sintesi dei termini del dibattito M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 373; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996; A. PACE, *Libertà “del mercato” e “nel mercato”*, in *Pol. dir.*, 1993, 327; P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella “Costituzione europea”*, in AA. VV., *AIC, Annuario 1999*, Padova, 2000, 323; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996; L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, 107 ss.

¹⁰³ G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981, spec. 985. Sul tema cfr. R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 791.

ta «ma non la concorrenza e il mercato» ed, in particolare, la concorrenza poteva dirsi «assente, come valore da tutelare» a livello costituzionale; successivamente alla riforma costituzionale del 2001 si avrebbe avuta la costituzionalizzazione della tutela della concorrenza, con l'effetto paradossale di uno «Stato che tutela il mercato», ossia un'entità ad esso antagonista che offre risposte diverse agli stessi «problemi»¹⁰⁴.

Fra questi *problemi* vi è quello posto dall'art. 32 c. 1° Cost., in base al quale la Repubblica deve garantire cure gratuite agli indigenti. Secondo questa opinione, la disciplina costituzionale impone soltanto l'organizzazione di un servizio sanitario pubblico che abbia come *utenti* gli indigenti¹⁰⁵.

È noto che le scelte legislative compiute dal 1978 ad oggi sono andate *oltre* quanto imposto dal testo costituzionale, abbracciando il principio dell'universalismo nella definizione dei caratteri del servizio sanitario.

Ora, alcuni Autori ritengono che, in seguito all'introduzione della competenza esclusiva statale sulla tutela della concorrenza, lo Stato sarebbe tenuto a tutelare il mercato. Ciò implicherebbe la costruzione di un modello di servizio sanitario in cui deve essere il mercato ad offrire i servizi sanitari, mentre «il pubblico potere» dovrebbe divenire «acquirente, pagandone il prezzo, delle prestazioni che nel mercato vengono rese agli indigenti»¹⁰⁶.

Chi ha prospettato questa soluzione, ricorda che, tuttavia, all'interno del testo costituzionale, nel momento stesso in cui la concorrenza assurge a valore da tutelare (o fine da perseguire) nell'esercizio della funzione legislativa, si ammette una «possibilità di allargamento dello Stato rispetto al mercato», mediante la competenza sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (art. 117 c. 2° lett. *m*) Cost.)¹⁰⁷.

Quest'ulteriore titolo competenziale, tuttavia, non osterebbe all'espansione delle logiche di mercato nella disciplina dei servizi pubblici, poiché la risposta alle esigenze di tutela dei diritti civili e sociali sottesa alla competenza sui livelli essenziali, potrebbe comunque essere data dal mercato: il legislatore potrebbe utilizzare il modello del servizio universale delineato nel diritto dell'Unione europea o il modello del contratto di servizio o l'attribuzione all'impresa di un diritto speciale o esclusivo¹⁰⁸.

¹⁰⁴ G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, cit., 987-988.

¹⁰⁵ G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, cit., 17.

¹⁰⁶ G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, cit., 987 ss.

¹⁰⁷ G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, cit., 987 ss.

¹⁰⁸ G. CORSO, *La tutela della concorrenza*, cit., 991.

Ora, questa ricostruzione dei termini del rapporto fra Stato e mercato alla luce del mutato quadro costituzionale, deve essere sottoposta ad una revisione critica.

In primo luogo, attribuire una valenza finalistica e valoriale alla competenza sulla “tutela della concorrenza”, impone di interpretare tutti i titoli di competenza di natura finalistica come volti a garantire tutela costituzionale a determinati valori. In particolare, anche la competenza sui livelli essenziali delle prestazioni potrebbe essere intesa in questo senso: i livelli essenziali sarebbero funzioni o fini dello Stato, da perseguire mediante l’istituzione di appositi apparati volti alla loro tutela. Questo potrebbe imporre l’espansione del ruolo dello Stato come dispensatore di servizi o come attore principale nei mercati dei servizi pubblici.

In secondo luogo, anche a voler accedere alla tesi della tutela della concorrenza come fine costituzionale, questo non esclude l’esistenza di settori di attività sottratti alle logiche del mercato concorrenziale¹⁰⁹.

In terzo luogo, inferire dall’elenco delle competenze contenuto nell’art. 117 Cost. un radicale mutamento del quadro degli equilibri fra diritti e interessi di rilevanza costituzionale significa depotenziare integralmente il senso della prima parte della Costituzione e non operare una interpretazione sistematica del testo costituzionale. Questo porterebbe ad una frammentazione del testo costituzionale; all’impossibilità, per la Costituzione, di rappresentare il principio ordinante dell’intero ordinamento giuridico. Inoltre, questo tipo di interpretazione, in assenza di una revisione di diverse disposizioni della prima parte della Costituzione (innanzitutto dell’art. 41 Cost.), determinerebbe delle antinomie non componibili per via interpretativa, con il risultato di dover postulare o l’abrogazione tacita di alcune disposizioni della Costituzione, tesi non conciliabile con il carattere rigido del nostro testo costituzionale, o l’impossibilità di individuare una disciplina costituzionale vincolante per il legislatore e l’interprete.

Queste problematiche sono emerse nella giurisprudenza costituzionale successivamente alla riforma costituzionale del 2001.

Già a partire dalla sentenza n. 14 del 2004 la Corte costituzionale si è confrontata con il tema del rapporto fra Stato e mercato e con il significato dell’introduzione della tutela della concorrenza fra i titoli di

¹⁰⁹ Sia consentito rinviare, per tali notazioni, a E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l’effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 2000, par. 9.

competenza statale. I giudici costituzionali hanno ritenuto in quell'occasione che, se è vero che la nozione interna di concorrenza costituisce un *riflesso* di quella propria del diritto dell'Unione europea, essa non è identica, essendo qualificabile come uno degli strumenti di politica macroeconomica che il legislatore statale ha a disposizione¹¹⁰.

Il giudice costituzionale ha poi rilevato che il quadro dei rapporti fra diritti, interessi e fini di rilevanza costituzionale deve essere desunto dal complesso delle norme costituzionali, in particolare di quelle della prima parte della Costituzione.

Nelle pronunce successive, poi, la giurisprudenza costituzionale ha offerto un quadro del rapporto fra Stato e mercato che non accoglie la prospettiva della *discontinuità* della riforma costituzionale rispetto all'impianto dei rapporti economici emergente dalla prima parte della Costituzione.

In particolare, rispetto ad un settore in cui maggiore sarebbe dovuto essere l'impatto della riforma costituzionale, quello delle concentrazioni di imprese, il giudice costituzionale, richiamando gli articoli 3 e 41 Cost. ha ribadito la propria giurisprudenza sul controllo di ragionevolezza delle scelte legislative limitative della libertà d'iniziativa economica per tutelare esigenze di utilità sociale.

La Corte costituzionale ha fatto leva sul bilanciamento fra libertà d'impresa ed esigenze di utilità sociale¹¹¹, affermando che «la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono “dall'ordinamento una protezione assoluta”. Autonomia privata e concorrenza possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario “a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”»¹¹².

Il Giudice costituzionale ha poi chiaramente espresso la propria posizione sull'uso della funzione legislativa laddove incide sull'apertura al mercato e la garanzia dell'assetto concorrenziale «rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso». A tal riguardo, dall'interpretazione dell'art. 41, commi 2° e 3° Cost. emerge che il testo costituzionale «consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato»¹¹³.

¹¹⁰ Critica, sul punto, L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica. La discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 5/2004.

¹¹¹ C. cost. n. 270 del 2010 par. 8 *in diritto*.

¹¹² C. cost. n. 270 del 2010, par. 8.1. *in diritto*.

¹¹³ C. cost. n. 270 del 2010, par. 8.2. *in diritto*.

Quanto alla questione di come intendere il limite degli *obblighi comunitari* posto dal primo comma dell'art. 117 Cost. alla funzione legislativa, e, quindi, del principio di diritto originario dell'Unione europea per cui il mercato interno «comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata», la giurisprudenza costituzionale, ha ritenuto che «la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario [...] comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione»¹¹⁴.

Per quanto riguarda poi, il settore specifico dell'assetto del servizio sanitario nazionale, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha mantenuto un orientamento costante, riaffermando, anche di recente, che l'impianto legislativo statale dei principi di organizzazione del servizio sanitario evidenzia «la particolarità del S.s.n., che richiede al legislatore ordinario di bilanciare le esigenze, da un lato, di garantire egualmente a tutti i cittadini, e salvaguardare, sull'intero territorio nazionale, il diritto fondamentale alla salute, nella misura più ampia possibile; dall'altro, di rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile ad essa destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi da realizzare in questo campo»¹¹⁵.

È quindi sempre nel quadro della logica della programmazione che *deve* rientrare – in un modello in cui il diritto alla salute *vive* all'interno dell'organizzazione del servizio sanitario – la costruzione del rapporto con i privati, che trovano quindi spazio nel settore dei servizi sanitari se ed in quanto il pubblico glielo concede.

L'espressione *concorrenza programmata*, utilizzata per rappresentare la posizione di privati nel rapporto con il potere di organizzazione e programmazione del servizio sanitario e l'espressione *mercato dei servizi sanitari*, quindi, non andrebbero intese secondo i caratteri propri del diritto della concorrenza e del mercato dei servizi dell'Unione europea.

¹¹⁴ C. cost. n. 270 del 2010 par. 8.2. *in diritto*.

¹¹⁵ C. cost. n. 94 del 2009. Ciò ha dei riflessi sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati che operano nel settore dei servizi sanitari, ad esempio in materia di regressioni tariffarie (Cons. St. Ad. Plen. 12 aprile 2012 nn. 3 e 4).

CAPITOLO V

LE PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Stato, mercato, tutela della salute. Quali prospettive? – 2. Costruzione del mercato concorrenziale dei servizi sanitari e principi costituzionali sulla tutela della salute. – 3. Costruzione del mercato concorrenziale dei servizi sanitari e processo d'integrazione sovranazionale. – 4. La ricerca di nuovi punti di equilibrio. – 4.1 La Costituzione e l'evoluzione dell'ordinamento. “Nuove fattispecie e “vecchi” principi. – 5. Diritto alla salute e contrasto delle disuguaglianze. – 6. Diritto alla salute e libertà della persona.

1. *Stato, mercato, tutela della salute. Quali prospettive?*

Dopo aver confutato la tesi secondo cui i principi costituzionali *imporrebbero* una apertura al mercato del servizio sanitario, si affronterà il nodo del rapporto fra pubblico e privato in questo settore materiale nella prospettiva della sua *possibile* disciplina secondo le logiche del mercato concorrenziale.

Nell'analisi di questo tema bisogna considerare gli effetti che avrà la riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio¹.

Bisognerà innanzitutto valutare se tale riforma abbia introdotto un nuovo principio *economico* nell'ordinamento costituzionale, tale da consentire di postulare una *separazione* fra Stato e mercato, o da incidere sulla disciplina di questo rapporto al punto da mutare i principi di struttura dell'ordinamento giuridico statale².

Prima della riforma costituzionale del 2012, le «norme-cardine» della disciplina dei rapporti economici³ e l'art. 3 c. 2° Cost. giustificavano il

¹ L. cost. n. 1 del 2012. L'intitolazione della legge reca l'espressione “pareggio di bilancio” ma la novella degli artt. 81, 97 e 119 Cost. si esprime nei termini dell'*equilibrio* di bilancio.

² In quest'ultimo senso F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. “pareggio di bilancio”*, in *Rivista AIC*, 2/2012, reperibile alla pagina web <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/note-critiche-sul-cd-pareggio-di-bilancio>.

³ M. LUCIANI, (voce) *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 375.

ricorso a politiche sociali redistributive di *deficit spending* in nome della trasformazione dell'assetto dei rapporti economico-sociali.

L'introduzione della disciplina costituzionale sull'equilibrio di bilancio incide sul quadro costituzionale proprio rispetto alla praticabilità delle politiche sociali redistributive di *deficit spending*, sottoponendole al rispetto di determinate condizioni.

Scelte politiche non coerenti con il principio dell'equilibrio di bilancio, infatti, saranno consentite soltanto «tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico» ed «al verificarsi di eventi eccezionali», previa autorizzazione delle Camere approvata a *maggioranza assoluta dei componenti* dei due rami del Parlamento⁴.

In altri termini, con la riforma costituzionale del 2012 il principio dell'equilibrio di bilancio è stato irrigidito, sottraendo all'indirizzo politico di maggioranza le scelte di *spesa* che comportano un *disequilibrio* di bilancio e limitando le ipotesi nelle quali queste possono essere adottate⁵.

La riforma non ha introdotto un nuovo principio economico nel testo costituzionale⁶, ma ne ha disciplinato i tratti in modo da consentire al principio dell'equilibrio di bilancio di avere effetti differenti rispetto al passato sul livello di garanzia dei diritti costituzionali.

La l. cost. n. 1 del 2012, infatti, da un lato, prescrive lo svolgimento di «politiche finanziarie restrittive»⁷ e, dall'altro, imponendo vincoli in termini di saldi strutturali, comporta un effetto dirompente sulle politiche sociali. Alcuni Autori hanno ritenuto che «la maggiore spesa fronteggiabile con l'indebitamento sarebbe comunque quella relativa al livello dello stato sociale in atto e resterebbe invece fuori quella dovuta

⁴ Art. 81 cc. 1° e 2°, Cost. come mod. dall'art. 1 l. cost. n. 1 del 2012.

⁵ M. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti su rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali: il caso italiano*, reperibile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/08/Brancasi.pdf>: «la recente legge costituzionale stabilisce che tra i contenuti della legge da approvare entro febbraio 2013 a maggioranza assoluta vi debba essere anche la previsione “di regole sulla spesa” rivolte a consentire, oltre alla salvaguardia degli equilibri di bilancio, anche “la riduzione del rapporto tra debito pubblico e PIL nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica”: merita segnalare il forte condizionamento posto da una norma del genere che concepisce le politiche di risanamento soltanto in termini di manovre sulle spese, quasi che analoghi risultati non sia possibile conseguirli operando sul versante delle entrate e di quelle fiscali in particolare».

⁶ Cfr. ante riforma costituzionale V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969.

⁷ M. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio*, cit.

all'ampliamento delle protezioni sociali o al loro aumentato costo per fattori diversi dalla congiuntura economica»⁸.

Queste ultime considerazioni consentono di immaginare che, a fronte dell'impossibilità di incrementare ulteriormente il livello di spesa per il *welfare* sanitario, il legislatore possa avviare un processo di graduale apertura al mercato del settore dei servizi pubblici e dei servizi sanitari in particolare.

Come si è avuto modo di evidenziare nei capitoli II e IV, il modello attuale di servizio sanitario impone ingenti oneri a carico delle finanze pubbliche ed uno dei suoi punti di crisi risiede proprio nella difficoltà a controllare l'incremento della spesa sanitaria, che, peraltro, anche nella giurisprudenza costituzionale, appare essere una spesa tendenzialmente non comprimibile. In altri termini, la riforma costituzionale n.1 del 2012 con ogni probabilità imporrà una rimodulazione dei rapporti fra pubblico e privato nel settore delle politiche sanitarie, nel senso della riduzione del finanziamento pubblico del servizio sanitario nazionale.

Un modello di servizio sanitario universalistico, globale, pubblico anche in senso soggettivo, caratterizzato da forti poteri di pianificazione e controllo statale del tipo, della qualità, della quantità di prestazioni erogabili, della struttura dell'organizzazione del servizio è probabile che non sia più *finanziariamente* sostenibile e, quindi, che possa divenire incompatibile con i principi recati dall'art. 81 Cost.⁹.

A ciò si aggiunga che, nel breve e medio periodo l'effetto degli obblighi comunitari assunti dallo Stato in tema di riduzione del debito pubblico complessivo (che costituiscono un limite generale alla funzione legislativa) potrebbe essere la riduzione strutturale del livello di garanzia dei diritti costituzionali *di prestazione* e, quindi, un'ulteriore *fattore di crisi* del modello attuale di garanzia della tutela della salute.

Sembra probabile, in altri termini, che si assisterà all'evoluzione delle

⁸ M. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio*, cit., ultimo paragrafo. Non così "pessimista" D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012, reperibile alla pagina web <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Cabras.pdf>. Sul tema cfr. anche R. DI MARIA, *Aspettando la costituzionalizzazione del principio del "pareggio di bilancio": brevi considerazioni sulla natura giuridico-economica del medesimo e rilievo di alcune questioni (ancora) aperte sulla sua potenziale ricaduta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012, reperibile alla pagina web http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0303_dimaria.pdf

⁹ Cfr. capitolo II par. 6 e capitolo IV parr. 2 e 3.

politiche sanitarie nel senso di un progressivo avvicinamento dei tratti del modello italiano di tutela del diritto alla salute alle logiche di *mercato*.

Quanto alla *possibilità* di rappresentare il quadro attuale dei rapporti fra pubblico e privato nel settore dei servizi sanitari, si è già detto delle ricostruzioni che lo definiscono un modello di *concorrenza programmata* e delle difficoltà ad applicare le categorie del diritto della concorrenza al modello italiano definito dalle riforme della fine degli anni '90¹⁰.

Adesso, però interessa richiamare quelle opinioni che hanno rappresentato il settore dei servizi sanitari come una forma di *mercato* in cui opera, in regime di *monopsonio*, l'Ente regione¹¹ che controlla la domanda di servizi tramite la programmazione della spesa sanitaria, nel quadro di politiche statali di definizione di *standards* comuni di prestazioni erogabili sul territorio nazionale.

Tali ricostruzioni interessano perché offriranno al legislatore una chiave di lettura dei rapporti fra pubblico e privato in materia di servizi sanitari che consentirà di assecondare un processo di riforma in senso mercatistico del settore.

Chi sposa tale linea di pensiero ritiene possibile mutare i caratteri del "mercato" dei servizi sanitari incidendo sulla disciplina della domanda: sarebbe sufficiente *aprire* nuovi spazi per l'iniziativa economica privata e ridurre l'intervento *diretto* del pubblico in questo settore per costruire un modello di servizio sanitario che si muova secondo le logiche del mercato concorrenziale.

Queste opinioni prospettano l'inquadramento normativo del settore dei servizi sanitari secondo logiche di mercato sulla base della applicazione di criteri economici.

Tale scelta viene giustificata sulla base della pretesa neutralità ed apoliticità dei criteri economici.

Questa corrente di pensiero imputa in gran parte alla struttura normativa che disciplina le prestazioni per la tutela della salute il livello ed il tipo di apertura o chiusura al mercato ed alla concorrenza del settore materiale in esame.

I termini della questione sembrano, tuttavia, differenti.

¹⁰ Cfr. Cap. IV.

¹¹ Parla di *quasi-mercato* E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, 109, spec. 123 ss. (in particolare, nota 41). Cfr. anche A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 41 e 44.

Le scelte sull'apertura del settore dei servizi sanitari alle logiche del mercato concorrenziale sono scelte politiche *non neutre* che vanno condotte muovendo dai caratteri dell'oggetto da disciplinare, ove nell'oggetto "servizio sanitario" sono compresi tutti gli interessi e i beni giuridici coinvolti: è sulla base dell'oggetto da disciplinare che vanno definiti il ruolo delle istituzioni e del diritto rispetto ad esso¹².

Adottare quest'ultimo punto di vista consente di compiere scelte sull'attuazione costituzionale in modo coerente con il modello di responsabilità politica istituzionalizzata e diffusa proprio dello Stato di democrazia pluralista. Le costituzioni di questo tipo di Stato, infatti, impongono che, nella definizione dei rapporti fra beni giuridici di rilievo costituzionale e del livello di tutela dei diritti fondamentali, le scelte degli organi rappresentativi siano soggette a controlli sia nel circuito della legalità costituzionale, sia nel circuito della responsabilità politica.

Il tema delle scelte sul regime giuridico di certi beni o servizi deve essere poi affrontato tenendo ferme alcune considerazioni relative al rapporto fra istituti economici e istituti giuridici¹³.

Questo ha ruotato intorno agli studi sull'*ordine giuridico del mercato*¹⁴ e la *giuridificazione* delle sue logiche¹⁵.

Sono da condividere alcuni esiti di queste ricerche. In particolare, ci si riferisce alle conclusioni sull'identità fra istituti economici e giuridici; sulla definizione di mercato come «unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categorie di beni»¹⁶ e sull'idea che vadano respinte concezioni spontaneistiche di matrice giusnaturalistica dell'economia di mercato¹⁷.

In altri termini, è stato dimostrato che se esiste «un mercato» esso è definito nei suoi tratti strutturali da norme giuridiche, che selezionano e conformano gli interessi dei soggetti che in esso si muovono e che defini-

¹² A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 44.

¹³ Punto di partenza i tre volumi di F. A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1973-1979, ed. it. a cura di A. PETRONI e S. MONTI BRAGADIN, trad. P. G. MONATERI, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, EST, 2000.

¹⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, loc. ult. cit.

¹⁵ Già preconizzato da P. BARCELLONA, *Forma della legge e struttura del mercato*, in ID., *Stato e mercato. Fra monopolio e democrazia*, Bari, 1976, 15 e 23. Cfr. per una efficace sintesi dei termini della questione G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725.

¹⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., capitolo III, 81.

¹⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., cap. I, 14; G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, cit., par. 2.

scono la posizione della comunità politica rispetto a tali interessi.

Quindi, quando si discute *della possibilità* di aprire a logiche di mercato concorrenziale il settore dei servizi sanitari, è chiaro che si sta prospettando una scelta politica mirata a mutare la struttura delle politiche sociali tratteggiata nel costituzionalismo europeo del secondo Novecento¹⁸.

Vero è che questa scelta *può essere influenzata dal processo d'integrazione europea* o da particolari contingenze macro-economiche, ma, sicuramente, non è una scelta obbligata dalle norme costituzionali.

Si è poi tentato di mostrare che, in primo luogo, questa è una scelta *auspicata* dagli esecutivi degli Stati membri dell'Unione e dagli organi di giustizia dell'Unione europea¹⁹.

È stato anche mostrato che il diritto dell'Unione europea *non impone* tali riforme, ma accelera, semmai, un processo di apertura al mercato attivato dal diritto dello Stato.

Il diritto dell'Unione può incidere in senso *pro-concorrenziale* sulla struttura del servizio sanitario nazionale laddove il legislatore statale abbia scelto di costruire la disciplina di tale settore in base a regole di mercato concorrenziale. È in tali condizioni che si applica il diritto UE del mercato dei servizi e della concorrenza.

Si è già mostrato che non si può configurare un *obbligo costituzionale* di strutturare in tal senso il modello di tutela della salute, ma che si tratta di una scelta politica *praticabile* e di un percorso che lentamente è stato intrapreso aprendo questo settore ai privati.

È importante adesso puntualizzare cosa implica tale scelta.

2. *Costruzione del mercato concorrenziale dei servizi sanitari e principi costituzionali sulla tutela della salute*

Alla base della costruzione delle politiche sociali degli Stati europei, fra le quali si annoverano quelle relative alla tutela della salute, sono poste la solidarietà e le finalità di redistribuzione delle risorse per assicurare la soddisfazione di certi bisogni del gruppo sociale (in primo luogo la coesione)²⁰.

¹⁸ Sul tema cfr. anche S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, cit., 235.

¹⁹ *Supra*, cap. IV, par. 3.

²⁰ Di questo, peraltro è traccia anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE esaminata nel precedente paragrafo.

Com'è ovvio, questi caratteri delle politiche sociali sono legati alla natura ed alle finalità dei diritti sociali, che, come si è avuto modo di mostrare, nel quadro costituzionale italiano ed europeo nel II dopoguerra, sono stati raffigurati come strumenti volti a «modificare l'intero quadro della disuguaglianza sociale»²¹.

Nelle analisi della dottrina giuspubblicistica sull'evoluzione delle funzioni dello Stato, in particolare, è stato messo in luce che è stato il suffragio universale e la costruzione, quindi, di uno «Stato pluriclasse», ad aver determinato un mutamento della funzione cui assolvevano gli *strumenti* della sovranità, ed in particolare i poteri normativi e gli ambiti dell'attività amministrativa²². Di questo si trova una eco nel dibattito sulla funzione ed i caratteri della legge e del principio di uguaglianza²³ e nella tendenza all'universalismo e all'espansione degli istituti di protezione sociale²⁴.

Diversi studi hanno messo in luce quanto e come sia mutato il carattere dei rapporti di prestazione fra singolo e pubblica amministrazione, in relazione alla struttura e le funzioni dei servizi pubblici²⁵.

Questi mutamenti hanno determinato una sostanziale affinità fra *interessi pubblici ed interessi privati*²⁶.

Questo, ritengo, ha determinato l'impossibilità di postulare, nello

²¹ T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class* (1950), trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. MEZZADRA, Roma-Bari, 2002, 50. *Supra*, cap. I.

²² Per l'identificazione dei caratteri di questo *tipo di Stato* M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 56, oltre all'espansione delle funzioni dello Stato (dovuta alla soddisfazione di interessi provenienti dall'ampliamento della base sociale su cui poggiava la sovranità statale e si *legittimava* l'esercizio del potere sovrano).

²³ E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, cit., 46.

²⁴ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, cit., 157-158.

²⁵ Di recente, si veda A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012, reperibile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/MorelliDEF.pdf>

²⁶ Nello Stato pluriclasse entrambi sono diventati eterogenei ed antagonisti, a differenza di quanto accadeva nel modello di Stato monoclasse in cui gli interessi privati erano regolati dall'autonomia privata, mentre gli interessi pubblici erano interessi della intera collettività (per definizione, quindi, non conflittuali). Attraendo nel novero degli interessi pubblici molti di quelli che prima erano privati, la legge dello Stato pluriclasse fa entrare la conflittualità sociale dentro l'ambito della sfera pubblica. G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1073 ss., par. 3; N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato*, in *Id.*, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, 87, spec. 88, 95 e 96; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11, spec. 19.

Stato pluriclasse, l'alterità strutturale dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà e una ridefinizione della categoria del diritto soggettivo e delle forme di tutela di questo. Ciò in quanto l'una e le altre sono diventati fungibili strumenti di garanzia dei diritti di libertà e dei diritti sociali, entrambi volti a perseguire interessi resi pubblici perché riconosciuti e custoditi dalla legge suprema: la Costituzione dello Stato pluriclasse²⁷.

Basti pensare a ciò che è accaduto nel regime giuridico dei diritti nei rapporti economici. In questo settore dell'ordinamento si è assistito ad un depotenziamento o ad una limitazione di situazioni giuridiche soggettive qualificate come diritti soggettivi. Ciò è stato dovuto all'attrazione nella sfera dell'attività amministrativa di alcune libertà e diritti costituzionalmente garantiti. Ma non solo. Quest'effetto è stato determinato anche dal necessario bilanciamento fra questi ed altri interessi di rilievo costituzionale, espressi dalla «base sociale» dello Stato pluriclasse²⁸.

Il problema, oggi, è quello di verificare se la riduzione della sfera pubblica e, dunque, il fenomeno dell'interruzione del processo di ampliamento delle funzioni dello Stato, possa determinare nuovamente l'alterità delle forme di tutela dei “diritti sociali” rispetto ad altri diritti costituzionalmente garantiti.

A tal proposito va richiamata quell'opinione secondo cui «nelle materie relative ai servizi che lo Stato organizza e gli altri poteri pubblici prestano allo Stato comunità, le formazioni positive seguono pro-

²⁷ Sul punto si veda il dibattito che ha preceduto la giurisprudenza sulla risarcibilità degli interessi legittimi ed in particolare i contributi di A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale*, cit., 5 ss. ed il contributo di D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 12, spec. 13 sulla erroneità della tesi che vede ontologicamente contrapposti interesse pubblico ed interessi privati nell'ordinamento costituzionale italiano: «È invece chiaro ormai che “interessi pubblici” possono essere niente altro che quegli interessi dei singoli o dei gruppi – tanto nella loro individualità che, presuntivamente, nell'insieme generale – che l'ordinamento assume come da perseguire o direttamente nella sua legge fondamentale o attraverso i meccanismi di selezione da tale legge previsti o comunque con essa compatibili. [...] Ne deriva che l'uso dei poteri amministrativi per i fini previsti dall'ordinamento, cioè per la cura dell'“interesse pubblico”, può soddisfare non in via riflessa ma direttamente un «interesse privato», cioè un concreto interesse ad un bene della vita ben distinto da quello che Cammeo chiamava “il diritto del cittadino alla legalità degli atti amministrativi”».

²⁸ Sul tema, in relazione al territorio del diritto privato, e muovendo sempre dall'idea dell'alterità fra diritti fondamentali e diritti sociali, N. IRITI, *Diritto (Diritto privato)*, in *Enciclopedia Italiana. Appendice 2000*, Roma, 2000, 495, ora anche in ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 85, spec. 92.

prie linee di sviluppo che trovano nei testi costituzionali degli enunciati molto spesso solo vessillari»²⁹.

In altri termini, dev'essere valutato se si possa ritenere che l'assenza di una disciplina costituzionale che *imponga* ai pubblici poteri l'assunzione di un pubblico servizio, implichi una costruzione del problema del rapporto fra Stato e mercato nel settore dei servizi sanitari non come problema disciplinato dal livello della legalità costituzionale, quanto, piuttosto, come problema attratto nell'esercizio della discrezionalità legislativa in un dato momento storico.

In tale prospettiva, laddove gli interessi espressi dai *gruppi sociali* e trasfusi nella legislazione³⁰ non siano orientati in favore della *costruzione di un servizio sanitario pubblico*, non si dovrebbe rilevare un dubbio di *costituzionalità* delle scelte normative, ma si dovrebbe piuttosto registrare un mutamento del quadro dei rapporti interni allo Stato pluriclasse.

Questa opinione è stata espressa, a diritto costituzionale vigente, in un contesto storico determinato in cui, a causa di fattori sociali, economici, politici ed istituzionali ben precisi, si parlò di «crisi dello Stato» come «crisi di funzioni», di «impossibilità di ricondurre ad unità le diverse funzioni» dello Stato³¹. È indubbio che tale punto di vista faceva leva sui caratteri strutturali della disciplina costituzionale repubblicana, che pone una disciplina a maglie larghe dei rapporti fra Stato, economia e società.

Oggi, quegli stessi argomenti vengono in rilievo in un contesto ordinamentale in cui si sta determinando una crisi di effettività della Costituzione determinata dal processo d'integrazione europea³².

È vero che la disciplina costituzionale lascia spazio a diverse forme di *attuazione* dei principi costituzionali. Ma si può davvero ritenere che la costituzionalizzazione dei diritti sociali non incida affatto sui caratteri strutturali del regime politico e, specificamente, sulla costruzione del modello di tutela degli stessi?

Non si può disconoscere che la tutela della salute è uno dei *fini della Repubblica* (articoli 2, 3, 32 Cost.).

²⁹ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, cit., 161.

³⁰ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 98.

³¹ P. BARCELLONA, *Stato di diritto e Stato interventista: i nuovi livelli della contraddizione*, in ID., *Stato e mercato. Fra monopolio e democrazia*, cit., 45, spec. 46.

³² Efficace l'espressione "aggiramento" utilizzata da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., cap. IV, su *Iniziativa economica e concorrenza*, spec. 101, per rappresentare il fenomeno.

Ciò implica che, se anche l'attuale assetto normativo del servizio sanitario non è costituzionalmente imposto e si può ammettere una riduzione dell'intervento *diretto* del legislatore nella disciplina del servizio o un ripensamento del ruolo dei pubblici poteri nella programmazione e nell'erogazione dei servizi sanitari, il testo costituzionale, d'altro canto, impone la costruzione di un modello alternativo di tutela della salute in cui si trovi un nuovo punto di equilibrio fra uguaglianza e libertà.

In altri termini, alla domanda: se non esiste un apparato pubblico preposto a tutela della salute, «si può ipotizzare una pretesa del cittadino a che tale apparato sia istituito?»³³ si può rispondere affermativamente sia che si acceda alla tesi delle norme direttive o programmatiche, sia che si ragioni meramente sul livello dei principi di struttura dell'ordinamento, in particolare sul principio personalista e di uguaglianza³⁴.

Quanto invece agli interrogativi “*quale* apparato dev'essere istituito, *quali poteri* debba esercitare e *quali scopi* debba perseguire?”, questo è un problema legato all'evoluzione degli assetti ordinamentali. In particolare, che tipo di funzioni debba svolgere tale *apparato pubblico* dipende dall'assetto dei rapporti che s'intendono costruire fra libertà della persona in materia di scelte sulla salute, uguaglianza; libertà della scienza e della ricerca; libertà d'iniziativa economica privata nel settore dei *servizi* per la salute.

A sostegno di tale tesi, basti osservare cosa emerge dagli orientamenti della giurisprudenza costituzionale.

Quest'ultima, pure stretta nella prospettiva della conformazione legislativa del diritto alla salute e dei cosiddetti *diritti sociali* in generale, ha *dovuto* richiamare, in via generale, lo stretto nesso fra disciplina dell'organizzazione amministrativa ed effettiva tutela dei diritti costituzionali³⁵.

Con specifico riguardo al diritto alla salute, poi, il giudice costituzionale ha individuato un limite invalicabile oltre il quale le scelte normative sull'assetto del servizio sanitario non possono essere considerate costituzionalmente legittime – la garanzia del contenuto minimo essenziale del diritto alla salute – e le tecniche di controllo che dovrebbero assicurare effettività costituzionale al diritto alla salute: il giudizio di ragionevolezza ed il bilanciamento³⁶.

³³ G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche*, cit., par. 3.

³⁴ Cfr. capitolo I.

³⁵ C. cost. n. 383 del 1998.

³⁶ Quanto ai problemi che pongono le categorie utilizzate dalla Corte, *supra* cap. III.

3. *Costruzione del mercato concorrenziale dei servizi sanitari e processo d'integrazione sovranazionale*

Venendo al problema dell'erosione della effettività della Costituzione per effetto del processo d'integrazione europea, il quale mira ad introdurre una logica di mercato nell'organizzazione ed erogazione dei servizi sanitari, è possibile che l'evoluzione del diritto dell'Unione *mimi* il processo di riforma del diritto dei servizi pubblici a rilevanza non economica.

Si trattava in quel caso di disciplinare beni e servizi che *devono* essere prodotti ed erogati per assicurare effettività ad alcuni diritti di rango costituzionale, diritti volti ad assicurare l'inclusione e la coesione sociale e la costruzione di un modello di organizzazione in cui la persona viene protetta in modo integrale. Nel percorso di ridefinizione delle politiche sociali ed economiche degli Stati membri dell'Unione europea ci si è interrogati sulla possibilità che alcuni di questi beni, definiti dagli economisti *merit goods*, prodotti mediante l'intervento pubblico e la costruzione di servizi pubblici, potessero essere prodotti anche senza tale intervento diretto³⁷.

A tal proposito è stato sostenuto che «l'offerta pubblica di *merit goods* solleva delicati problemi, come quelli, già citati, del paternalismo pubblico e della sovranità del consumatore. Inoltre, gran parte di tali beni potrebbe essere prodotta, spesso più efficientemente, anche in regime di mercato»³⁸.

Per varie ragioni, si è rilevato che è oggi in atto una tendenza delle politiche sociali nazionali verso la produzione di *public goods* (che non possono mai essere prodotti in regime di libero mercato, ma necessitano quantomeno l'intervento *regolatore* dei pubblici poteri) piuttosto che di *merit goods*³⁹.

Queste esigenze sono state tradotte nei termini della riduzione della sfera pubblica ed hanno determinato, sul piano giuridico, una corrispondente attribuzione allo Stato di una «*funzione regolatrice*» e l'«*espansione quantitativa*» del diritto privato⁴⁰.

³⁷ Solitamente le analisi relative ai *merit goods* rinviano agli studi di R. A. MUSGRAVE ed in particolare a R. A. MUSGRAVE, *Higher Education and the Federal Budget*, in *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 42 (1957), No. 3, Part. 2, 96.

³⁸ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 44. Sul tema dei metodi di allocazione delle risorse scarse di beni ritenuti dalle società come meritori G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978, trad. it. a cura di C.M. MAZZONI, V. VARANO, *Scelte tragiche*, Milano, 2006, capitoli II e IV.

³⁹ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 45.

⁴⁰ N. IRTI, (voce) *Diritto (Diritto privato)*, cit., 94. Sul tema cfr. V. ROPPO, *Privatiz-*

In parallelo, i caratteri normativi del processo d'integrazione europea (il principio del primato del diritto dell'Unione) hanno provocato, sul livello costituzionale, l'attrazione dei «'valori' del mercato e della libera concorrenza» nella sfera dei principi costituzionali, o meglio, l'indebolimento dei principi della Costituzione dello Stato che sarebbe ormai «priva di efficacia propulsiva»⁴¹.

Il processo d'integrazione europea, non a caso, ha assunto questi caratteri sul piano normativo, in quanto ordine giuridico che meglio consente al diritto dello Stato di compiere la transizione dal dirigismo economico alla riduzione della sfera pubblica.

Il problema, tuttavia, è che il processo di riduzione della sfera pubblica non si avverte soltanto nei rapporti economici, ma sta coinvolgendo diversi settori dell'intervento statale, quali, appunto, quelli delle politiche sociali, che, tradizionalmente, perseguivano finalità e avevano fondamenti costituzionali differenti.

Questo percorso, si è detto, sta subendo brusche accelerazioni in ragione della crisi finanziaria dello Stato e a causa dell'incidenza del processo di integrazione europea, che *accelera* un percorso di riforma avviato dal legislatore nella costruzione di un mercato dei servizi sanitari.

Il processo d'integrazione sovranazionale ha determinato la perdita di controllo statale sui tradizionali strumenti utilizzati per governare la crisi finanziaria statale (politiche monetarie e macro-economiche) e, in ragione del carattere funzionalista dello stesso, ha già comportato l'attrazione, nell'ambito delle logiche giuridiche dell'economia di mercato (concorrenziale), del regime giuridico di alcuni beni e servizi che, vale la pena ribadirlo, il diritto costituzionale europeo-occidentale del II dopoguerra avevano legato ad un regime giuridico informato ai principi di solidarietà, uguaglianza sostanziale, personalismo.

Alla flessibilità costituzionale dei diritti sociali, e del diritto alla salute in particolare, discendente dalla costruzione ermeneutica che è stata rappresentata nei capitoli precedenti (specialmente dal principio di gradualità della tutela e, successivamente alla fase dell'attuazione costituzionale, dalla tesi del diritto costituzionale condizionato), si aggiungerà

zazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore, in *Pol. dir.*, 1997, 627; R. ROSE, *Il ruolo dello Stato nel "Welfare Mix"*, in A. BALDASSARRE (a cura di), *I limiti della democrazia*, Roma-Bari, 1985, 143.

⁴¹ Sul tema, ancora, N. IRTI, (voce) *Diritto (Diritto privato)*, cit., rispettivamente, 94 e 95.

la flessibilità europea, determinata dalla introduzione di logiche concorrenziali fra *sistemi* nazionali di *welfare sanitario*.

Il processo, si è visto, è già in atto e volgerà verso l'introduzione di logiche concorrenziali *fra i singoli sistemi sanitari nazionali*⁴².

Potrebbe profilarsi uno scenario modellato sull'evoluzione del diritto dei servizi d'interesse economico generale, in cui, come si è detto, la costruzione artificiale di un mercato concorrenziale è stata lasciata ad organi non politici, le autorità di regolazione, al fine di rendere uniformi le regole di apertura del mercato in tutto lo spazio giuridico europeo e sottrarlo alle decisioni della politica⁴³.

4. *La ricerca di nuovi punti di equilibrio*

Il diritto alla salute si trova oggi, quindi, stretto fra scarsità di risorse e costruzione del rapporto fra pubblico e privato nell'organizzazione dei servizi.

Questo contesto lascia in ombra uno dei caratteri *dell'oggetto da disciplinare* di cui si diceva poc'anzi: la prospettiva della tutela della persona, in cui centrale è stata nella tradizione europeo-continentale la categoria dei *diritti indisponibili*, ossia di «situazioni sottoposte ad una *market-inalienability*»⁴⁴.

Quali principi devono guidare il percorso di riforma del modello di *welfare sanitario*?

⁴² *Supra*, cap. IV, par. 3. I suoi tratti normativi, per adesso, sono quelli del metodo di coordinamento aperto, ma non è detto che non possa evolvere nel processo di costruzione di un mercato unico dei servizi. Per notazioni di tal genere V. HATZOPOULOS, *Services of General Interest in Healthcare: An Exercise in Deconstruction?*, cit., 228; S. GIUBBONI, *Stato sociale, libera circolazione delle persone e nuovi confini della solidarietà in Europa. Una introduzione teorica*, 2011, in http://www.osservatorioinca.org/section/includes/attach_file/Giubboni_Berlino.pdf, par. 9; G. DAVIES, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, cit., 16.

⁴³ Sui quali F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313. Una proposta nel senso di utilizzare il modello delle autorità di regolazione per regolare i profili sociali del mercato A. SUPLOT, *Governing Work and Welfare in a Global Economy*, in J. ZEITLIN, D. TRUBEK (ed.s), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, New York, 2005, 376, spec. 391 ss.

⁴⁴ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, II ed., Roma-Bari, 1999, 251-252: «Questo è avvenuto prevalentemente nelle materie che riguardano la vita e la morte, il corpo umano nel suo insieme, a proposito del quale si è ripetutamente escluso che la relazione tra il soggetto e il proprio corpo fosse assimilabile a quella tra il proprietario e i beni oggetto del diritto».

Una risposta ricerca nella «responsabilità sociale» il principio *in ragione della «natura degli interessi»* sui quali si incide, natura che non permette «alla logica del mercato, o soltanto ad individui isolati e disperati» di compierle⁴⁵.

Altri ricercano la risposta nelle *prospettive* di riorganizzazione del potere pubblico a livello sovranazionale: nella ricerca di nuove forme di garanzia dei diritti sociali, in un contesto sovrastatale⁴⁶.

Ora, queste due ipotesi, offrendo una nuova forma di costruzione della struttura del diritto alla salute, non sembrano aver risolto il nodo del fondamento di legittimità dell'ordine giuridico sovranazionale o dell'evoluzione del diritto statale, collocato nel contesto sovranazionale.

In altri termini, la ricerca di nuovi punti di equilibrio per risolvere nella costruzione del “nuovo” *welfare* nuovi conflitti economici, sociali, culturali, politici non può essere risolta spostando il livello di soluzione dei conflitti al di fuori del diritto costituzionale degli Stati o rileggendo il diritto costituzionale dello Stato alla luce delle norme internazionali o sovranazionali.

Si deve, invece, muovere dal problema dell'effettività dell'ordine giuridico costituzionale dello Stato perché non è possibile *leggere la Costituzione* soltanto come testo storico in larga parte già *derogato* in ragione del primato del diritto dell'Unione.

Il punto è che la Costituzione italiana del 1948 è ancora norma giuridica vigente. Il diritto costituzionale italiano contribuisce a costruire i caratteri del diritto sovranazionale.

La Costituzione italiana è il custode della *cultura giuridica*⁴⁷ propria di una data esperienza ordinamentale. Essa ha offerto e continua ad offrire delle soluzioni normative ai conflitti sociali, economici, politici.

Il processo di integrazione fra ordinamenti *deve muovere* dalle soluzioni immaginate dal diritto costituzionale dello Stato, per due ragioni.

La prima è relativa alla natura del processo d'integrazione, che non è mosso dall'esigenza di individuare risposte agli interrogativi che sono stati oggetto di queste riflessioni. Si tratta degli interrogativi che sono alla base del diritto costituzionale europeo del secondo Novecento, pri-

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., 253-254.

⁴⁶ L. FERRAJOLI, *Lo Stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 309, spec. 331 ss.

⁴⁷ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, ed. it. a cura di J. LUTHER, Bari, 2001.

mo fra tutti quello del contemperamento fra libertà della persona e unità dei gruppi sociali organizzati; fra libertà ed uguaglianza.

La seconda ragione, invece, è relativa alla debolezza degli strumenti di tutela internazionale dei diritti sociali, rispetto a quelli immaginati dal diritto costituzionale degli Stati⁴⁸. Lo sviluppo del processo d'integrazione sovranazionale è soggetto al rispetto di una condizione, esplicitata nella teoria dei *controlimiti* dalla Corte costituzionale italiana⁴⁹ e nella recente giurisprudenza sulla posizione delle norme internazionali pattizie in materia di tutela dei diritti umani⁵⁰: deve garantire effettività ai principi di struttura dell'ordinamento costituzionale, in particolare, ai diritti inviolabili della persona umana.

Ma, ci si chiede, come può il diritto sovranazionale garantire maggiore effettività ai diritti sociali se lo statuto internazionale di questi è stato sempre uno statuto *debole*? In questo settore materiale, l'evoluzione del diritto sovranazionale va condotta *muovendo* dai percorsi di riflessione della cultura giuridica costituzionalistica europea e dal dato normativo costituzionale nazionale.

4.1 *La Costituzione e l'evoluzione dell'ordinamento. "Nuove" fattispecie e "vecchi" principi*

Una Costituzione, come quella italiana, che reca una disciplina dei diritti fondamentali è stata definita, parimenti, ininfluente rispetto al li-

⁴⁸ Basti pensare, restando al sistema regionale di protezione dei diritti umani del Consiglio d'Europa, alle differenti forme di tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo rispetto a quelle previste per la Carta sociale europea del 1961, riveduta nel 1996 (ETS 163), trattato aperto alla firma il 3 maggio 1996 ed entrato in vigore l'1 luglio 1999, ratificato dall'Italia il 5 luglio 1999. Si rifletta poi sulle forti differenze dei meccanismi di tutela internazionale dei diritti umani immaginati dal Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, rispetto a quelli delineati nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 3 gennaio 1976. Sul tema, di recente, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012, reperibile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/TegaDEF.pdf>

⁴⁹ C. cost. n. 170 del 1984. Sul tema *ex multis* M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

⁵⁰ A partire da C. cost. n. 348 e 349 del 2007. La letteratura è sterminata. Si rinvia, a M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

vello di tutela degli stessi⁵¹, o espressione suprema della «pretesa di onnipotenza» del diritto, poiché ambisce a definire «in maniera irreversibile la forma giuridica» di alcune materie, imponendola, così, «in assoluto all'organizzazione sociale»⁵².

Se si osserva l'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza costituzionale sulla tutela della salute si ha l'impressione che entrambe le opinioni possano essere condivise.

La prospettiva dell'attuazione legislativa della Costituzione ha mostrato il ruolo propulsivo della legislazione nella *garanzia di effettività* del diritto alla salute e lo stretto nesso fra garanzia del diritto e articolazione costituzionale dei pubblici poteri.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha mostrato come la Corte abbia giocato un ruolo *correttivo* e *conservativo* di determinati *punti di equilibrio* fra diversi beni giuridico-costituzionali e ha fatto percepire la difficoltà, per l'organo di giustizia costituzionale, a discostarsi dalle forme legislative di *graduale attuazione* dei diritti sociali.

Dall'osservazione della legislazione e della giurisprudenza costituzionale si può riscontrare una notevole «mutevolezza» ed «instabilità» nel livello di effettività del diritto alla salute⁵³.

Su questo contesto si muovono gli orientamenti della cultura giuridica italiana, in cui, in effetti, appare costante la ricerca di *stabilità* delle forme costituzionali di garanzia dei diritti fondamentali.

In particolare, il tentativo di superare l'impostazione tardo-ottocentesca del problema del fondamento, della struttura, delle classificazioni dei diritti fondamentali e, soprattutto, delle differenziazioni strutturali fra diritti di libertà e diritti sociali, ha perseguito l'obiettivo di assicurare forti garanzie di tutela al diritto alla salute, prescindendo in qualche modo dal problema del suo inquadramento nella categoria delle norme meramente programmatiche⁵⁴.

⁵¹ M.S. GIANNINI, *Lo Stato sociale*, loc. ult. cit.

⁵² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, I ed. ampliata, Bologna, 2009, 19.

⁵³ A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel welfare state*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, par. 1. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, cit., 33.

⁵⁴ Si confrontino le analisi relative alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive nella Costituzione degli anni '50 (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953; C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari*, 1953, 3) con quelle svolte dalla dottrina amministrativistica intorno alla fine anni '80 per rendersi

Ma questo tentativo non riesce a nascondere che l'effetto della conformazione legislativa della struttura del diritto alla salute ed il principio di *gradualità*, da un lato; il *trapianto* di categorie giuridiche come quella della *Wesensgehaltgarantie* e le tecniche del bilanciamento e del controllo di ragionevolezza, dall'altro, in un modello di organizzazione del servizio sanitario caratterizzato da una *elevata* «burocratizzazione del sistema»⁵⁵, consentono *ancora* un'elevata *flessibilità* del livello di tutela del diritto alla salute.

A ciò va aggiunta la *difficoltà* a definire, sulla base delle norme costituzionali, il punto di equilibrio fra vari interessi e diritti nelle ipotesi in cui emergano *nuovi bisogni* di tutela⁵⁶ e *nuove problematiche giuridiche* legate alla salute⁵⁷. Per quest'ultima ragione ci si interroga, nuovamente, sul rischio di «confinare, di fatto, l'art. 32 Cost. nel limbo delle norme programmatiche, seppure il problema in quanto tale non venga consapevolmente e deliberatamente affrontato»⁵⁸.

In altri termini, il richiamo alla categoria delle norme programmatiche, ad oltre sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, esprime la difficoltà di costruire un'interpretazione della disciplina costituzionale sulla tutela della salute che consenta di *ridurre* la *flessibilità* del diritto alla salute; di porre un argine ai penetranti condizionamenti derivanti dalle contingenze economiche, dall'evoluzione tecnico scientifica, dalle scelte sull'organizzazione dei servizi per la salute.

Legare il «problema» dell'effettività del diritto alla salute soltanto al problema dell'attuazione di *norme costituzionali programmatiche*, significa, oggi, che la *rivoluzione promessa* dal testo costituzionale si sta ripiegando lentamente su se stessa; che quel «comune progetto» delle «forze» politiche rappresentate in Assemblea Costituente⁵⁹ si sta abbandonando, perché sono scomparsi i *portatori* della Costituzione, oppure, nella migliore delle ipotesi, significa che l'attuazione della Costituzione non è mai stata conclusa, a causa della *fragilità* della «parte organizzati-

conto degli svolgimenti del percorso (spec. A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale*, cit. e D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico»*, cit. 12).

⁵⁵ Sul punto A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel welfare state*, cit.

⁵⁶ A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel welfare state*, cit., par. 1.

⁵⁷ Mi riferisco ai problemi del *biodiritto*. Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit.

⁵⁸ R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, cit., 33.

⁵⁹ Si richiamano le espressioni di A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, cit., 315.

va» della Costituzione e delle difficoltà di ricostruzione del *parametro* di costituzionalità⁶⁰.

In estrema sintesi, continuare a riflettere sul diritto alla salute come *norma programmatica* significa, oggi, accettare un'idea svalutativa della precettività del testo costituzionale, descrivere una Costituzione non effettiva, quantomeno in alcune sue parti.

Questa impostazione non rende pienamente il senso che ha avuto ed ha ancora la Costituzione.

Per coglierlo, innanzitutto, si devono trarre alcune conclusioni dall'osservazione *dei tratti che ha assunto il diritto alla salute* nell'evoluzione del pensiero giuridico, della legislazione e della giurisprudenza costituzionale.

Quello che è emerso dall'analisi qui condotta è che il rapporto fra scienza, tecnica e tutela costituzionale dei diritti fondamentali e le scelte normative sull'organizzazione e l'allocatione delle risorse pubbliche hanno perso diversi tratti dell'*interpretazione originaria* data alla disciplina costituzionale.

Ciò può indurre l'osservatore a trarre una conclusione svalutativa della precettività costituzionale.

Si potrebbe, infatti, ritenere che si sia ormai invertito un percorso: la Costituzione come *testo* è priva della forza di orientamento della legislazione, dell'amministrazione, della giurisdizione. Al contrario, sono la legislazione, l'amministrazione, la giurisdizione ed i processi d'integrazione sovranazionale a definire i caratteri dell'ordinamento costituzionale italiano⁶¹.

In effetti, alcune interpretazioni della disciplina costituzionale del diritto alla salute sono state costruite muovendo dalla struttura delle situazioni giuridiche soggettive definite dalla "disciplina subcostituzionale"; altre dalla giurisprudenza; altre ancora dalle prassi amministrative e di governo dei rapporti fra enti; altre, infine, dal diritto dell'Unione europea (specialmente quelle legate al tema della sostenibilità finanziaria del servizio e, in prospettiva, quelle legate al rapporto fra pubblico e privato).

Ma l'analisi che qui è stata condotta può indurre ad abbracciare una posizione differente.

L'idea della rigidità costituzionale come *immutabilità* del significato

⁶⁰ C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica*, cit., 222.

⁶¹ Adotto la nozione di ordinamento costituzionale utilizzata da A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale*, cit., 311 ss.

da attribuire alle norme costituzionali è stata da sempre messa in discussione dalla dottrina italiana⁶², sulla scia delle teorie della Costituzione materiale⁶³, delle teorie dei valori⁶⁴, delle teorie legate all'elaborazione di strumenti ermeneutici vicini a posizioni filosofico-analitiche⁶⁵ o, infine, delle analisi *testualiste* legate all'idea della centralità degli organi politico-rappresentativi⁶⁶ o agli sviluppi del metodo giuspositivista⁶⁷.

In altri termini, l'operazione ermeneutica di *muovere dal testo* costitu-

⁶² Cfr. il contributo alla chiarificazione dei termini del dibattito di M. DOGLIANI, soprattutto in ID., *Interpretazioni della Costituzione*, cit.; ID., *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, 103.

⁶³ C. MORTATI, (voce) *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 178 ss. F. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, cit.; ID., *L'interpretazione della Costituzione*, cit. V. ZANGARA, *Costituzione materiale e costituzione convenzionale. Notazioni e spunti*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, 335.

⁶⁴ Grande eco ha avuto l'opera di R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg im Breisgau – München, trad. it. di F. FIORE, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997; sulle posizioni orientate alla teoria dei valori si va da A. BALDASSARRE, di cui, da ultimo, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3266; A. RUGGERI (da ultimo ID., *Dignità versus vita*, in *Rivista AIC*, 1/2011, reperibile alla pagina web http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ruggeri_1.pdf; ID., *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2010, 3; ID., *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 519), A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. 1, Milano, 1994; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

⁶⁵ Da S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, 605 a R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit. Con accenti in parte differenti O. CHessa, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, 41.

⁶⁶ Su posizioni differenti A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643.

⁶⁷ F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, <http://www.constituzionalismo.it/articoli/353/>; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 685; N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 985, in contrapposizione non tanto al neo-costituzionalismo, che, peraltro, nella dottrina costituzionalistica italiana appare non avere ricevuto chiare adesioni, ma alla teoria dei valori e specificamente ad A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 201. Per la proposta neo-costituzionalista L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista*, cit.; cfr. M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, reperibile alla sezione sulla teoria costituzionale, pagina web <http://www.constituzionalismo.it/articoli/teoria/?pagina=3>, nota 9 e ID., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, sempre in *Costituzionalismo.it* ed in *Dir. pubbl.*, 2009, 295, spec. 298-299.

zionale e dal *suo significato originario* è, da sempre, la base dell'interpretazione costituzionale condotta dagli studiosi italiani⁶⁸. È, parimenti, ritenuta unanimemente superata l'idea dell'atemporalità del diritto ed è da decenni che si è affermata un'interpretazione evolutiva del testo costituzionale⁶⁹.

Ora, mai, come in questi ultimi anni, quelle che erano ritenute *norme costituzionali programmatiche* hanno trovato *attuazione*, diretta, o per mezzo dell'attività del legislatore. Apparentemente, dunque, la Costituzione *vive* nell'ordinamento. La questione che è fortemente dibattuta è la seguente: la Costituzione repubblicana può costituire una fonte di regole e principi per disciplinare le problematiche sociali, scientifiche, economiche del XXI secolo?

Queste nuove problematiche *interrogano* principi costituzionali formalizzati nel II Novecento. Fatti sociali, economici, politici, scientifici inimmaginabili al tempo in cui la Costituzione è entrata in vigore sono intervenuti. Sono i problemi del *biodiritto*. Come affrontarli?

L'interprete si trova dinanzi almeno tre alternative. Può ritenere che essi non siano *regolati* dalle norme costituzionali vigenti e, quindi, che esista uno spazio vuoto di diritto costituzionale⁷⁰. Oppure, può inquadrarli nell'ambito dei *nuovi diritti*, già assistiti da una disciplina di livello costituzionale, in quanto agganciati al principio personalista, accedendo alla tesi dell'art. 2 Cost. come espressivo di una norma a fattispecie aperta⁷¹. Infine, può ritenere che in realtà non sia corretto qualificarli come *nuovi diritti*, ma come *nuove fattispecie* che trovano una disciplina minimale

⁶⁸ Tentativi di sintesi in M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo*, cit., e ID., *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale*, cit. e, ancor prima della consapevole apertura del dibattito italiano alla teoria dei valori F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, cit., 197.

⁶⁹ T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, 783, 801 ss.; M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore: il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 173 ss., 188 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 441, rileva che le «prescrizioni» della Costituzione italiana «sono apparse manipolabili dagli interpreti sino a consentire innovazioni non prevedibili sulla scorta del testo della carta costituzionale. Eppure nessuno ha mai posto all'ordine del giorno del dibattito politico e giuridico – come è invece avvenuto negli Stati Uniti – il problema del rispetto della volontà dei padri costituenti».

⁷⁰ V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 15 ss.

⁷¹ Il riferimento va a A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. Branca (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.

già al livello delle norme costituzionali, ma è essenzialmente sulla base di un'interpretazione sistematica e teleologica che queste possono fungere da norme di orientamento nella individuazione delle norme applicabili⁷².

Allora, quale opzione scegliere?

Centrare il problema soltanto sulla Costituzione come *testo* che opera, mediante l'azione degli organi di garanzia costituzionale, come *limite negativo* a trasformazioni costituzionali *non formalizzate* nell'esercizio del potere di revisione costituzionale (delle mascherate *transizioni costituzionali*) non sembra poter dare pieno significato a questa ricerca, né maggiore razionalità alla stessa, né essere *la più adatta* a rispettare il senso della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali⁷³.

Bisogna muovere dalla consapevolezza che l'attività d'interpretazione muove da un dato ordinamento e concorre a determinarne la costruzione⁷⁴ con strumenti e prospettive differenti, a seconda che la ponga in

⁷² Come è accaduto nel caso della costruzione del rapporto fra art. 2043 cod. civ. e art. 32 Cost. Sul tema S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 195: «proprio l'alto livello di genericità delle norme costituzionali esige – perché ad esse si possa riconoscere immediata operatività – che il loro contenuto normativo venga individuato attraverso una elaborata costruzione dei significati dal testo della Costituzione desumibili a prima lettura. E tanto più agevole è il conseguimento del risultato perseguito, quanto più facile è collegare l'implementazione del diritto costituzionale, che così si è andati delineando, all'applicazione di altre norme dell'ordinamento vigente. Anche se direttamente applicabili, le norme costituzionali rivelano così la loro destinazione a fungere da guida e orientamento della crescita del diritto vivente, proprio perché caricate di potenzialità normative che non si esauriscono nella definizione di casi specifici e puntualmente determinati. Per questa loro connaturata posizione apicale esse sono, più delle altre norme giuridiche, condizionate al maturare dei processi interpretativi sistematici. Ne derivano aperture non indifferenti alla discrezionalità ermeneutica dell'interprete, nella misura in cui a lui spetta individuare e selezionare le strutture portanti della trama normativa in cui di volta in volta si manifesta: assetto e orientamento di questo muteranno». Problematiche analoghe sono state riscontrate nella vicenda dell'emersione dell'ambiente come bene che *riceve* protezione costituzionale. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e, in generale, sul tema M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.

⁷³ T. MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione «politicamente scorretta»*, in *Ragion pratica*, 2010, 509, che, muovendo dalla considerazione kelseniana relativa alla *natura costitutiva* della protezione *giudiziale* dei diritti fondamentali, mostra come la *logica* del ragionamento giuridico utilizzata nella protezione giudiziaria dei diritti fondamentali dissimuli l'uso distorto di categorie concettuali *non giuridiche* e quindi – direi – non sia *la più razionale* o *la più coerente possibile rispetto al testo costituzionale*.

⁷⁴ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 342, spec. 355, con specifico riferimento ad ordinamenti «fondati sulla monopolizzazione del diritto da parte della norma legislativa», l'analisi non si attaglia più perfettamente ai caratteri dell'esperienza costituzionale italiana. Spunti in F. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, cit.; F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, cit., 235

essere lo studioso, il legislatore, il giudice, l'organo dell'amministrazione, il singolo soggetto di diritto.

La sfida sottesa alle Costituzioni del secondo Novecento è quella di possedere una capacità di guida e di *adattamento* ai mutamenti sociali⁷⁵.

Questa premessa deve essere tenuta ferma quando si individuano «le disposizioni di costituzionali di riferimento», e se ne orienta l'interpretazione, laddove esse lasciano aperte più opzioni interpretative⁷⁶, come nel caso di quelle relative alla tutela costituzionale della salute.

Bisogna poi riflettere su come procedere alla *costruzione* delle norme costituzionali di riferimento.

A parte quelle che si possono trarre dal testo costituzionale (per la tutela della salute, in particolare, a quelle desumibili dagli articoli 2, 3, 13, 32, 33, 117-120 Cost.), con tutti i problemi interpretativi di cui si è già detto, come considerare il diritto internazionale in materia di diritti umani ed il diritto dell'Unione europea? È più corretto utilizzare le categorie del dualismo, far riferimento ai meccanismi di recepimento costruiti sugli articoli 10 ed 11 Cost. e porsi nella prospettiva dell'integrazione del parametro di costituzionalità⁷⁷, oppure è il caso di *volgersi* alla prospettiva del costitu-

ss. Si trovano curiose assonanze con il dibattito italiano sul significato della Costituzione e la sua interpretazione nel dibattito statunitense su *originalism* e *living constitutionalism*. Grande fortuna hanno avuto in Italia in particolare, L.H. TRIBE, M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge-London, 1991, trad. it. di D. DONATI, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, con presentazione di S. BARTOLE, Bologna, 2005; invece, sul tema dei diritti fondamentali e del ruolo dell'interprete, da un lato R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Milano, 1982, ult. ed. Bologna, 2010; dall'altro, J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, 1999, trad. it. a cura di A. PINTORE, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001. In particolare, sembra di estremo interesse il tentativo di trovare un punto d'incontro da parte di J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge - London, 2011, 277 ss. Una sintesi in J.M. BALKIN, *Framework Originalism and the Living Constitution*, Yale Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series n. 182, 2009, reperibile alla pagina web del *Social Science Research Network* http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1290869.

⁷⁵ Sul punto ed i riflessi sull'interpretazione costituzionale resa dal Giudice delle Leggi C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, spec. 134 ss.; più di recente, sempre nell'ottica dell'interpretazione costituzionale resa dal Giudice costituzionale R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

⁷⁶ A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale*, cit., 342.

⁷⁷ C. cost. nn. 348 e 349 del 2007. Sulle problematiche poste da questa giurisprudenza A. RUGGERI, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)* (Intervento al Seminario su "Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fonda-

zionalismo multilivello per *ampliare* il quadro delle norme (materialmente) costituzionali che vincolano l'interprete nell'affrontare le nuove problematiche emergenti nell'evoluzione del modello di tutela della salute?

Quest'ultima prospettiva consentirebbe di muoversi sulla base di una trama normativa già definita: dall'ordinamento dell'Unione europea e dal diritto internazionale possono ricavarsi norme positive che disciplinano tali fenomeni.

Di contro, il diritto *positivo* interno appare incapace di disciplinare compiutamente tali fenomeni ed in *antagonismo* rispetto all'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina. Il giudice costituzionale, peraltro, è intervenuto sui *problemi emergenti* in tema di tutela della salute in modo assolutamente *minimale*, cosa che potrebbe indurre l'interprete a ritenere che, in effetti, sia corretta la tesi dello «spazio vuoto di diritto costituzionale»: l'ordinamento costituzionale italiano sembra *muto* dinanzi ai problemi di biodiritto⁷⁸. La Corte costituzionale sembra aver interrotto quel percorso di apertura alla *normatività del sociale*⁷⁹ che aveva intrapreso fra la fine degli anni '90 e l'inizio del nuovo millennio⁸⁰.

Resta quindi problematico il rapporto fra Costituzione e società. Resta da vedere se si debba muovere dalla considerazione che «[p]oiché la legge è il prodotto dell'eteronomia politica e la Costituzione è il prodotto dell'autonomia sociale, queste constatazioni significano che, nel nostro mondo, si è verificata una rivoluzione rispetto al tempo dell'onnipotenza della legge come volontà politica. Per il tramite dei principi e in conseguenza della natura aperta a ciò che viene prima della loro statuizione, cioè ai valori, la validità della legge è subordinata alla normatività del sociale e non (più) viceversa. O meglio, il sociale è subordinato al legale, ma a condizione e nella misura nella quale il secondo non contraddice il primo. Società e

mentali», Messina, 7 maggio 2012), in *Rivista AIC*, n. 3/2012 (reperibile alla pagina web http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Ruggeri_6.pdf); con riferimento, specialmente, sul ricorso alla categoria delle norme interposte per definire i rapporti fra norme CEDU e diritto interno S.M. CICONETTI, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in *Dir. soc.*, 2011, 721 ss.

⁷⁸ Vario il dibattito alla fine degli anni '90 dello scorso secolo sul ruolo del diritto del diritto e dello Stato rispetto ai problemi *bioetici*. Cfr. U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, (a cura di M. MORI), Milano, 1998; C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998; S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997; Id., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; F. TERESI, *Bioetica e diritto. Aspetti costituzionali*, in *Aggiornamenti sociali*, 2000, 321.

⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 227.

⁸⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 228.

Stato, autonomia della prima e autorità del secondo si intersecano»⁸¹.

Il problema aperto da queste affermazioni è che i *nuovi bisogni* che l'interprete della Costituzione deve intercettare sono bisogni di una società *pluralista*, che esprime scelte di valore *differenti e non uniformi*.

Ma il mondo del diritto costituzionale non è il mondo degli assoluti etici, ma dei principi, è il mondo dell'esperienza del diritto.

Come può l'interpretazione della Costituzione fungere da strumento d'integrazione di una società fortemente disomogenea? Come può assolvere alla sua funzione di orientamento?

Una Costituzione "che invecchia" o viene sostituita da una nuova, che offre le *nuove* risposte che la società chiede, oppure, inevitabilmente, fa valere il peso di una data esperienza costituzionale sui nuovi bisogni della società.

Nel primo caso si dovrebbe ormai soltanto accettare il fatto che nell'esperienza costituzionale italiana il quadro delle norme costituzionali è oggi costituito dalla Costituzione repubblicana *integrata* da norme sovranazionali ed internazionali: si sarebbe in presenza di una transizione costituzionale silente, quantomeno nella materia dei diritti fondamentali.

Le risposte ai *nuovi* bisogni in materia di tutela della salute sarebbero da rinvenire nelle norme di una Costituzione *debole*⁸², ormai europeizzata⁸³.

Nella seconda ipotesi, invece, si dovrebbe ritenere che l'interprete è chiamato ad utilizzare *criteri* di soluzione dei conflitti sociali e di soddisfazione dei nuovi bisogni che l'esperienza costituzionale ha già espresso per vecchi conflitti e vecchi bisogni e che *possono* essere *adattati* ai nuovi, così guidando il nascere di nuove istituzioni, le trasformazioni dell'ordinamento.

Per far ciò tutti gli interpreti della Costituzione dovrebbero operare la qualificazione delle nuove fattispecie sotto la guida dell'esperienza giuridica già trascorsa ed interrogarsi nuovamente su categorie, concetti, istituti che costituiscono la struttura portante dell'ordinamento.

Si proverà a muoversi in quest'ultima prospettiva, quella che è stata definita della Costituzione *debole e aperta*⁸⁴.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 227-228.

⁸² Sulla teoria della Costituzione *debole* S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 407 ss.

⁸³ Rileva il declino delle Costituzioni come fondamento della convivenza sociale G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000, 258 ss.

⁸⁴ S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 407 ss., spec. 424 ss.

È vero che «il caso nuovo preme attraverso l'interpretazione, affinché nell'ordinamento si ricerchi una norma diversa e più adeguata»⁸⁵. Ma l'interprete non può rinunciare a trovare nel quadro dei *vecchi* principi costituzionali un *principio* di disciplina per nuovi *problemi*⁸⁶. In altri termini, il processo d'integrazione fra ordinamenti non può avere il senso della mera registrazione di una *sostituzione de facto* delle norme costituzionali interne con norme esterne.

Se è un processo d'*integrazione*, ciò significa che i rapporti fra le norme costituzionali interne e le norme esterne deve muoversi nell'ambito del principio di compatibilità fra le une e le altre.

Altrimenti, anche a voler accedere alla teoria della Costituzione *debole e aperta*, si uscirebbe completamente al di fuori del principio di rigidità costituzionale⁸⁷.

L'integrazione fra ordinamenti presuppone una chiara opzione ermeneutica nella ricostruzione dei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale italiano.

Muovendo da questi, si svolge il percorso di evoluzione dell'ordinamento costituzionale⁸⁸.

Si tratta di un percorso, che, si è visto, è largamente influenzato da precise scelte politiche e dal processo d'integrazione sovranazionale.

Nei capitoli precedenti si è mostrato quali siano state le linee di svolgimento della disciplina costituzionale sulla tutela della salute; quali i fattori di costruzione e poi di crisi del modello immaginato dal legislatore dalla fine degli anni '70 ad oggi.

In particolare, si è discusso dello stretto nesso fra costituzionalizzazione del diritto alla salute, forme normative del suo esercizio e importanza dell'organizzazione del servizio sanitario nazionale per saggiare il livello di effettiva garanzia dello stesso. Ci si è soffermati sul rapporto fra pubblico e privato in materia di tutela della salute, descrivendo i possibili sviluppi di questo percorso ed il problematico rapporto fra "Stato

⁸⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 190.

⁸⁶ Per i diritti inviolabili, si accede qui alla tesi dell'art. 2 Cost. come una disposizione da cui trarre una *norma a fattispecie aperta* (A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, cit., 1975, 84 ss., e, di recente, ID., *Ordinamento costituzionale*, cit., 335 e 342 ss.). Sul punto E. ROSSI, *Art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 37, spec. 47.

⁸⁷ Sulla teoria della Costituzione *debole* S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 407 ss.

⁸⁸ Sul tema A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

e mercato”. Si è già brevemente accennato alla circostanza – di estrema importanza per cogliere entro che limiti sia possibile immaginare una differente conformazione normativa del diritto alla salute a *Costituzione vigente* – che la salute può essere considerata come un bene «la cui distribuzione «non dovrebbe essere determinata in base al reddito delle persone»⁸⁹.

Per quanto riguarda il modello di tutela della salute, queste scelte sono oggi orientate alla riduzione dell'intervento pubblico ed al mantenimento di forme di controllo pubblicistico del “mercato” dei servizi per la salute.

Come si è detto, quello dell'evoluzione delle forme di tutela della salute sembra un percorso in cui il diritto costituzionale repubblicano appare aver perso la sua capacità di orientamento dell'evoluzione ordinamentale. Questo determina un'assoluta flessibilità della disciplina della tutela della salute.

Si contesta proprio questo esito. Perché è effetto di una rinuncia. La rinuncia a interrogare il quadro dei principi costituzionali repubblicani e ad individuare il *principio di giustizia* fissato nella Costituzione italiana. È, invece, questo principio che deve costituire la base dell'evoluzione del modello di tutela della salute. Sulla base di questo deve svolgersi il processo d'integrazione sovranazionale, perché soltanto da questo esso trae legittimità. Non a caso, è dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri che è stata *costruita* la *dottrina comunitaria* dei diritti umani⁹⁰.

⁸⁹ Cosiddetto *merit good*. S. ANAND, *The Concern for Equity in Health*, in S. ANAND, F. PETER, A. SEN (Ed.s), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford, 2004, 15, spec. 17.

⁹⁰ Senza alcuna pretesa di completezza, sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si rinvia ai termini del dibattito fra J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking rights seriously?*, in *Legal Studies*, Vol. 12, 1992, 2, 227 ss.; e J.H.H. WEILER, N. LOCKHART, *Taking rights seriously, seriously*, in *CMLRev.*, 1995, 579; J.H.H. WEILER, *A Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Area of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 31(1993), 417 ss. ed alle problematiche più recenti relative al *metodo* seguito dalla Corte di Giustizia per la *costruzione* dei diritti umani nell'ordine giuridico europeo, fra i passaggi chiave: a) la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (sulle problematiche relative alla natura giuridica della Carta CGCE 26.6.2001, causa C-173/99 *BECTU* su cui G. SCALA, *L'“emergere” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 250 ss.); b) il fallimento del Trattato-Costituzione (rispetto alla posizione della Carta dei diritti, su cui P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Dir. UE*, 2005, 371 ss.; c) l'evoluzione di un metodo interpretativo delle tradizioni costituzionali comuni degli

L'individuazione del principio costituzionale di giustizia assicura che le scelte politiche sui tratti del modello di tutela della salute siano comunque orientate in funzione della tutela dei diritti fondamentali della *persona*. È così che si assicura continuità all'evoluzione dell'esperienza costituzionale italiana e che la si può *legittimamente* svolgere nel senso dell'integrazione sovranazionale.

5. *Diritto alla salute e contrasto delle disuguaglianze*

Le decisioni politico-normative in materia di tutela della salute sono una *species* del più ampio genere delle politiche di contrasto delle disuguaglianze⁹¹.

Il contrasto delle disuguaglianze nella materia della tutela della salute va condotto sotto diversi aspetti, fra i quali l'impatto di differenti scelte politiche (e sociali) in merito all'allocazione delle risorse disponibili in un dato ordinamento. Esso include, poi, questioni relative «al raggiungimento di uno stato di salute o la possibilità di raggiungere un buon livello di salute»; al tema della distribuzione di cure mediche e della *non discriminazione* nell'erogazione delle stesse⁹².

Sulla base delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti, si cercherà di prospettare alcune implicazioni legate al carattere del bene giuridico "salute" alla luce di quei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale che compongono il *principio di giustizia* dell'ordinamento costituzionale repubblicano: il principio di uguaglianza ed il principio personalista.

Stati membri di tipo *selettivo*, volto ad elevare a norma cardine del modello comunitario di protezione dei diritti umani categorie e strumenti propri di alcune tradizioni costituzionali nazionali (cfr. in CGCE, sent. 14.10.2004, C-36/02 *Omega Spielballen*), su cui A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2006, 644 ss.; c) il problema dei rapporti fra CEDU e ordinamento dell'Unione europea, d'importanza fondamentale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sul tema, A. RUGGERI, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva*, cit.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 3/2011, reperibile alla pagina web <http://www.rivistaaic.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Guazzarotti.pdf>; E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, Cedu e Costituzione italiana*, in *Dir. UE*, 2012, 23 ss.; L. DANIELE, *La protezione di diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. UE*, 2009, 645 ss.

⁹¹ A. SEN, *Why Health Equity?*, in S. ANAND, F. PETER, A. SEN (Ed.s), *Public Health, Ethics, and Equity*, cit., 21, spec. 25.

⁹² Così A. SEN, *Why Health Equity?*, cit., 31 e sul piano della filosofia politica N. DANIELS, *Just Health Care*, Cambridge, 1985, 5.

L'evoluzione delle forme di tutela della salute deve avvenire tenendo fermo che le disuguaglianze nella tutela della salute costituiscono disuguaglianze nella capacità fisio-psichica delle persone⁹³ e, dunque, ostacoli alla realizzazione del *principio di giustizia* dell'ordinamento costituzionale.

Piuttosto che discutere di principio personalista e di principio di uguaglianza, continuando a porre l'accento sulle differenti *matrici politico-ideologiche* che erano rappresentate in Assemblea costituente e che si riflettono nella formulazione dei due principi, s'intende valorizzare gli stretti nessi fra le disposizioni costituzionali cui usualmente essi sono riferiti (gli articoli 2 e 3 della Costituzione)⁹⁴ e rappresentare, così, il principio di giustizia che regge la struttura dell'ordinamento costituzionale italiano.

Perché parlare di *principio di giustizia*?

Perché l'uguaglianza si riferisce alle condizioni del *soggetto* nell'ordinamento giuridico ed il principio racchiuso nell'art. 2 della Costituzione effettua, a tal proposito, una precisa opzione nella rappresentazione del *soggetto giuridico*: sceglie di riferirsi, innanzitutto, alla *persona umana*⁹⁵.

I principi costituzionali, inoltre, esprimono delle precise indicazioni rispetto alla posizione della persona *nelle relazioni con altri* soggetti di diritto, che siano persone, formazioni sociali, pubblici poteri, prescegliendo dei precisi *criteri* regolativi: quelli sottesi all'uguaglianza.

Queste opzioni costituiscono l'essenza del principio di giustizia⁹⁶, commutativa (nei rapporti fra singoli) e distributiva (nel rapporto «tra la società nel suo complesso e i suoi membri»⁹⁷).

La disciplina costituzionale del principio di uguaglianza implica la

⁹³ S. ANAND, *The Concern for Equity in Health*, cit., 18; N. DANIELS, *Just Health Care*, cit., 32 ss.

⁹⁴ Basti pensare al dibattito in I Sottocommissione dell'Assemblea Costituente sull'art. 2 Cost. che si svolse nel settembre del 1946 (Relazione di G. La Pira e interventi di P. Togliatti), da cui emerse poi anche il testo dell'art. 3 c. 2° Cost. (Relazione di L. Baso in I sottocommissione), cfr. spec. sedute 9 – 11 settembre 1946, in A.C., VI, 316 ss.

⁹⁵ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, I ristampa 2011.

⁹⁶ Particolarmente influenti sui giuristi gli scritti di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, New York, 1971, trad. it. di U. SANTINI rev. e cur. da S. MAFFETTONI, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008 e ID., *Justice as Fairness: a Restatement*, Cambridge-London, 2001, trad. di G. RIGAMONTI, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, II ed. 2006; si segnalano anche gli effetti sugli studi degli economisti ad es. A. SEN, *The Idea of Justice*, London, 2009, trad. it. di L. VANNI, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010 e prima A. SEN, B. WILLIAMS (ED.S), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, trad. it. di A. BESUSSI, *Utilitarismo e oltre. Giustizia, benessere, diritti nell'era del mercato globale*, ed. Milano, 2002.

⁹⁷ Si utilizza la classificazione di N. BOBBIO, *Sulla nozione di giustizia*, in *Arch. giur.* «Filippo Serafini», 1962, 16, spec. 18 ss.

costituzionalizzazione di diverse regole, che, a seconda del punto di vista, possono essere considerate come regole di *distribuzione* dei beni giuridici o come regole di *livellamento*. Si tratta, quindi, da un lato, di regole che guardano all'attribuzione di certi benefici o oneri e, dall'altro, di regole che guardano al risultato finale di tale attribuzione⁹⁸.

Una fra queste ultime è l'uguaglianza di opportunità.

Questa può essere intesa in senso liberale classico (ed i giuristi italiani l'hanno declinata come "uguaglianza in senso formale"). È l'uguaglianza dinanzi alla legge, ossia il riconoscimento e la garanzia *imparziale* dei diritti fondamentali *a tutte le persone* (argomento ex artt. 2 e 3 c. 1° Cost.)⁹⁹.

Oppure, può essere intesa nel senso propugnato dall'evoluzione o dalla critica dello stesso pensiero liberale classico, tradotta dai giuristi italiani come "uguaglianza in senso sostanziale"¹⁰⁰, garanzia di *parità di chances*, possibilità di muovere dallo stesso punto di partenza.

Quest'ultima accezione implica non soltanto *l'attribuzione uguale* dei diritti fondamentali, ma anche la *responsabilità sociale* di garantire all'individuo una equa condivisione di alcuni beni primari di *carattere sociale* e l'obiettivo dell'uguale soddisfazione dei bisogni fondamentali¹⁰¹.

Quest'ultima è una regola di redistribuzione che a prima vista può apparire orientata *verso* la diseguaglianza, ma così non è poiché essa mira all'*effettiva* soddisfazione dei bisogni fondamentali della persona. L'uguaglianza di opportunità è un «principio di livellamento»: s'impone una distribuzione diseguale di risorse per livellare i benefici fra tutti i soggetti dell'ordinamento¹⁰². Soltanto così si può consentire a tutte le persone di perseguire la propria idea di benessere.

⁹⁸ Per tale distinzione, F.E. OPPENHEIM, (voce) *Uguaglianza*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, ed. 2004, 1006, spec. 1010. Cfr. nella dottrina italiana B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., primo capitolo; da ultimo A. GIORGIS, *Art. 3, 2° comma*, cit. 93 ss.

⁹⁹ Orientate più sul significato *preponderante* del 1° comma dell'art. 3 C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia*, cit., 22 ss. (autonomia del 1° rispetto al 2° comma); tende a oscurare il profilo dell'*uguaglianza sostanziale* come criterio di *giustizia distributiva* L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, cit., spec. 527 ss. Successivamente, in tal senso, A. CERRI, (voce) *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, *ad vocem*.

¹⁰⁰ Si rinvia all'inquadramento dei termini del problema prospettato da B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., più di recente, da A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, cit.

¹⁰¹ F.E. OPPENHEIM, (voce) *Uguaglianza*, cit., 1012.

¹⁰² F.E. OPPENHEIM, (voce) *Uguaglianza*, cit., 1012.

In questa prospettiva, la responsabilità sociale dello svolgimento di tale funzione è attribuita alle istituzioni, che devono, appunto, mirare alla giustizia, in quanto chiamate a garantire agli individui un contesto accettabile nel quale il singolo possa muoversi per ricercare, appunto, il proprio benessere.

Ora, sussiste uno stretto nesso fra la considerazione della salute come *merit good*, bene giuridico da disciplinare nel quadro delle politiche di contrasto delle disuguaglianze e la declinazione del principio di uguaglianza come uguale soddisfazione dei bisogni fondamentali¹⁰³.

L'uguaglianza così intesa implica la fissazione di un limite alle disuguaglianze economiche ed ha per obiettivo quello di contrastare gli *svantaggi* derivanti dalle condizioni fisio-psichiche di malattia¹⁰⁴.

Da qui emerge un primo vincolo all'evoluzione delle forme normative di tutela della salute: la disciplina costituzionale richiede scelte ordinamentali di sistema informate al criterio dell'uguale soddisfazione dei bisogni fondamentali.

Per giungere a tale conclusione si può riflettere su quanto emerge dalle analisi condotte sull'accesso alle cure mediche nei diversi *modelli* nazionali di *welfare sanitario*: anche in presenza di un sistema sanitario universalista, se vi è un elevato grado di disuguaglianza socio-economica all'interno della società, cresce il livello di disuguaglianza nelle condizioni di salute fra le singole fasce sociali¹⁰⁵.

L'effettivo svolgimento di scelte orientate in tal senso dipende dall'effettività o meno del principio di *responsabilità sociale*.

In un modello eteronomo di tutela della salute, qual è quello italiano, queste scelte di sistema sono legate alla *sostenibilità* economico-finanziaria del *welfare* nelle sue diverse articolazioni o, in altri termini, alla capacità delle istituzioni italiane di *mantenere* la rigidità della spesa pubblica per la sanità; l'assistenza e la previdenza sociale; l'istruzione.

Si è visto che il principio di responsabilità sociale in questo tipo di modello rischia di divenire ineffettivo poiché sono in atto politiche di forte contrazione della spesa pubblica.

¹⁰³ N. DANIELS, *Just Health Care*, cit., 37 ss.

¹⁰⁴ N. DANIELS, *Just Health Care*, cit., 46, trad. libera, corsivo aggiunto: «la tutela della salute ha per fine il *normale funzionamento* [della persona]: si concentra su una specifica classe di ovvi svantaggi e cerca di eliminarli. Questo è il suo limitato contributo alla garanzia di una corretta uguaglianza di opportunità». Come si dirà, in realtà sembra più adatto il criterio dell'uguale soddisfazione dei bisogni per affrontare il problema.

¹⁰⁵ N. DANIELS, B. KENNEDY, I. KAWACHI, *Health and Inequality, or, Why Justice is Good for Our Health*, in S. ANAND, F. PETER, A. SEN (ed.s), *Public Health, Ethics, and Equity*, cit., 63.

Laddove queste politiche divenissero un *dato strutturale*, l'imperativo costituzionale del contrasto delle disuguaglianze dovrebbe essere posto alla base della costruzione di un modello differente di tutela della salute.

Se mutassero in modo radicale i caratteri del modello di tutela della salute, orientandolo verso l'*autonomia* piuttosto che verso l'eteronomia, si porrebbe il problema di garantire l'uguale soddisfazione dei bisogni fondamentali in un modello orientato all'apertura ai privati come soggetti erogatori dei servizi; alla graduale costruzione di un mercato europeo dei servizi sanitari; alla riduzione dei poteri pubblici di programmazione e controllo (laddove si scelga di applicare le regole del *mercato concorrenziale* ai servizi sanitari).

Come assicurare effettività all'uguaglianza in un contesto di tal genere?

Immaginando forme differenti di svolgimento dell'autodeterminazione della persona nelle scelte sulla propria salute. Si tenterà adesso di sciogliere questo nodo, a chiusura del percorso di riflessione sinora svolto.

6. *Diritto alla salute e libertà della persona*

Quando ci si riferisce al carattere eteronomo del modello di tutela della salute ed alle forme nelle quali sono state immaginate *uguali soddisfazioni dei bisogni della persona*, si riflette anche sulle insoddisfacenti forme di tutela dell'autodeterminazione del paziente.

L'attrazione della disciplina dei servizi sanitari nella dimensione pubblicistica ed una visione dei rapporti fra medico e paziente prevalentemente costruita intorno alla garanzia dell'autonomia del medico hanno determinato, per lungo tempo, l'ineffettività di uno degli aspetti del principio di giustizia: quello personalista¹⁰⁶.

La disciplina costituzionale avrebbe dovuto determinare un netto mutamento dei paradigmi interpretativi del diritto alla salute, soprattutto nella definizione dei poteri, dei doveri e dei diritti del singolo rispetto alle scelte sulla propria condizione di salute, mentre, di contro, per lungo tempo, il principale paradigma sul quale sono stati costruiti è stato quello paternalista.

Le critiche mosse all'assetto attuale dei rapporti fra singolo, servizio sanitario, professionisti della salute sono tutte volte ad evidenziare che

¹⁰⁶ Si esprime nei termini di «costituzionalizzazione della persona» S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, I rist., 2011, 25 ss.

l'art. 32 della Costituzione immagina «un itinerario di libertà, di progressiva liberazione da vincoli esterni che possono limitare l'autonomia nel governo del sé, la sovranità sulla propria vita»¹⁰⁷, mentre, in realtà, il modello italiano di tutela della salute ha compresso la libertà di scelta del paziente.

Quest'ultimo è stato un effetto della logica di programmazione del servizio sanitario, ossia delle scelte politiche su tipologie e quantità di prestazioni che possono essere erogate e delle decisioni sulla spesa sanitaria; delle forme con le quali si tutela la libertà della scienza e della ricerca (medica) nell'ambito del servizio sanitario nazionale e, più in generale, nell'ordinamento italiano.

Non si può negare, tuttavia, che oggi «l'itinerario» di liberazione della persona si stia compiendo. In particolare, sarebbero quattro le categorie espressive dell'evoluzione della posizione della persona nel modello italiano di tutela della salute: consenso informato¹⁰⁸; autodeterminazione; integrità della persona e irriducibilità al mercato¹⁰⁹.

Queste categorie sono emerse nella costruzione della disciplina dei *nuovi bisogni di salute*¹¹⁰. Non a caso, nel momento della crisi del modello ete-

¹⁰⁷ S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 169, spec. 196. Cfr. anche G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, 311, spec. 321 ss.

¹⁰⁸ Culminato nella giurisprudenza recente relativa al consenso degli incapaci al rifiuto di trattamenti salvavita, Cass. civ. 16 ottobre 2007 n. 21748; C. App. Milano decreto 25 giugno – 9 luglio 2008; sul caso Englaro cfr., per un orientamento differente C. App. Milano, 18 dicembre 2003, in *Famiglia*, 2004, 1167 con nota critica di G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, ivi, 1173 e Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16.12.2006 *Welby*, per i quali le *lacune* dell'ordinamento giuridico impedirebbero al giudice di ordinare la sospensione o l'interruzione di trattamenti praticati sul loro corpo per consentire il mantenimento delle funzioni vitali. S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus*, cit., 197 ss. considera C. cost. nn. 438 del 2008 e n. 151 del 2009 come confermatrice dell'esistenza dell'autodeterminazione come autonomo diritto fondamentale e del consenso come condizione necessaria di legittimità dell'atto medico.

¹⁰⁹ S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus*, cit., paragrafo 5, 192.

¹¹⁰ In particolare, ciò è evidente sia nella costruzione del regime giuridico dei trattamenti sanitari di fine vita, sia in relazione alla disciplina delle nuove tecnologie riproduttive. Sulla disciplina di queste ultime ad opera della l. n. 40 del 2004 R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008; per l'inquadramento costituzionale del problema A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1996, 183. Cfr. poi C. cost. n. 151 del 2009, che, in particolare,

ronomo di tutela della salute è emersa con forza l'esigenza di assicurare piena effettività al principio personalista, soprattutto nel tratteggiare *le forme dell'autonomia* che caratterizzeranno il futuro assetto di questo modello.

Parimenti, però, non si deve tacere che si sta attraversando una fase di transizione dal modello eteronomo verso un modello informato all'autodeterminazione¹¹¹. Pertanto, sono ancora indefinite le forme giuridiche con le quali rappresentare la libertà della persona nelle scelte terapeutiche ed assicurare l'uguale garanzia nel soddisfacimento dei bisogni di salute.

Quali sono i poli concettuali intorno ai quali *garantire effettività* al principio costituzionale di liberazione della persona umana mediante il contrasto delle disuguaglianze?

Sono le categorie costituzionali del libero svolgimento della personalità, dell'inviolabilità dei diritti, dell'uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.) e del rispetto della persona umana (art. 32 Cost.).

È l'idea che la Costituzione presidia l'autonomia della persona imponendo un limite al potere politico e tecnico: essa «scioglie» il nesso fra «potere politico e potere medico», perché impone il rispetto della persona umana come «limite invalicabile» per i pubblici poteri e per i soggetti privati¹¹².

In un contesto in cui il progresso tecnico-scientifico stravolge il rapporto fra l'uomo e la sua corporeità¹¹³, è sempre nei principi costituzionali di libertà, dignità, solidarietà sociale che va ricercato il punto di equilibrio nella disciplina del rapporto fra singolo e gruppo sociale organizzato.

Detto in altri termini, i principi costituzionali che definiscono in li-

sembra aver individuato un punto di equilibrio fra i vari beni, interessi, diritti di rilievo costituzionale coinvolti nella decisione di questioni di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004. Sul tema M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 460; ID., *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688; L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006, 4713; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena di difendere?»*, in *Giur. cost.*, 2009, 1697; T.A.R. Lazio n. 398 del 2008.

¹¹¹ Sui rischi insiti in tale passaggio L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 719 ss.

¹¹² S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus*, cit., 196-199.

¹¹³ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 72 «una libertà, [...], non prigioniera dell'egoismo, ma promotrice anche di solidarietà, connessione, legame sociale, e quindi via per la costruzione comune di valori condivisi».

nea generale il rapporto fra la persona e i poteri pubblici e privati sono quelli del libero svolgimento della personalità, della dignità della persona umana e della solidarietà sociale.

Come intendere i principi di dignità e di solidarietà sociale? Si può ritenere che essi tratteggino un modello di comportamento umano o degli specifici bilanciamenti fra autonomia ed eteronomia nelle scelte della persona sulla propria condizione di salute? Si può affermare che essi siano principi atti ad orientare il comportamento *privato* del singolo? Oppure essi riguardano soltanto il comportamento del singolo che ha degli *effetti* sulla tutela della salute come *interesse della collettività*?

La Costituzione pone il principio di dignità ed il principio di solidarietà sociale a presidio dell'autonomia nelle scelte sulla salute.

Il tema non è nuovo negli studi giuridici. È la disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari obbligatori¹¹⁴ ad offrire alcune risposte a questi interrogativi.

A questo proposito, si ritiene che non sia possibile interpretare i principi costituzionali come espressivi di norme che determinino un certo comportamento individuale in materia di scelte private sulla salute.

L'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori, infatti, si giustifica in presenza di tre ordini di condizioni: a) dev'essere funzionale al mantenimento o al miglioramento dello stato di salute del singolo, inteso in senso oggettivo¹¹⁵; b) dev'essere una attività strumentale ad evitare pregiudizi all'interesse collettivo alla salute; c) dev'essere una pratica posta in essere secondo modalità tali da non ledere il rispetto della persona umana.

Le prime due condizioni sono espressive del principio di solidarietà sociale.

Questo principio giustifica il limite costituzionale alla massima espansione del principio di libertà nelle scelte sulla propria salute¹¹⁶, per evitare che gli effetti del comportamento individuale incidano sulla tutela dell'interesse della collettività alla tutela della salute.

¹¹⁴ Sul tema, in generale, L. MEZZETTI, A. ZAMA (voce), *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 337.

¹¹⁵ Quindi, lo stato di salute va ricostruito sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche legate alla rilevazione condizioni di salute del soggetto e ad una valutazione comparativa dei rischi e dei benefici per lo stesso in relazione ai parametri utilizzati nell'esercizio dell'arte medica.

¹¹⁶ Sull'inesistenza di un *dovere costituzionale* di curarsi B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 30; R. ROMBOLI, *Art. 5 cod. civ.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1988, 225, spec., 337 ss.

La terza condizione, invece, esprime l'essenza del principio di dignità della persona umana.

La presenza di una riserva di legge relativa¹¹⁷ rinforzata¹¹⁸ in materia di trattamenti sanitari obbligatori significa che la disciplina delle ipotesi nelle quali il principio di autodeterminazione nelle scelte relative alla propria salute è demandata agli organi politico-rappresentativi. Essi, nel momento in cui danno attuazione alla disciplina costituzionale sui trattamenti sanitari obbligatori, si ergono ad interpreti, in via generale, dell'interesse della collettività alla salute¹¹⁹.

In altri termini, la *ratio* delle singole previsioni di legge che disciplinano l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori è costituita dal bilanciamento fra tutela della salute individuale e interesse della collettività alla tutela della salute e deve assicurare che le tipologie di trattamento imposte e le forme di somministrazione degli stessi siano rispettose della «persona umana». Quest'ultimo riferimento può essere inteso come collegato al principio di pari dignità sociale posto dal primo comma dell'art. 3 Cost.¹²⁰.

Ritornando alla possibilità di intendere il principio di solidarietà sociale e di dignità della persona umana come fonti di obblighi in materia di scelte private sulla salute, ossia di scelte che non hanno incidenza sul bene giuridico «salute» come interesse della collettività, certamente, il richiamo al «rispetto della persona umana» operato dall'art. 32 Cost. rinvia al principio di giustizia espresso dagli articoli 2 e 3 della Costituzione: al senso da attribuire ai doveri di solidarietà sociale, alla pari dignità sociale.

¹¹⁷ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 900; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori»*, cit., 309; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 557 ss.; R. ROMBOLI, *Art. 5 cod. civ.*, cit., 340-341; M. LUCIANI, (voce) *Salute, I Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*, 10. Sui limiti ai TSO posti dagli articoli 13 e 32 co. 2 cost.: A. PACE, (voce) *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 295; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 49; sostengono si tratti di riserva di legge assoluta P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 385; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 28; P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2002, 402 ss.

¹¹⁸ O riserva per *modo di disciplina*, secondo la classificazione di G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, 1964, 95 ss. Sulle molteplici classificazioni dei tipi di riserva di legge F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge. 1. Introduzione e commento*, Genova, 1980, 11 ss.

¹¹⁹ Sul significato da attribuire all'interesse della collettività come *limite alle libertà del singolo* A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 655, spec. 671.

¹²⁰ Suggestioni in tal senso in S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus*, cit., 198 ss.

Ora, il richiamo alla pari dignità sociale non implica una qualificazione di aspetti del comportamento individuale relativo alle scelte sulla propria salute. Esso, al contrario, supera il modello dell'individualismo liberale poiché riconosce pari dignità alla persona nelle sue relazioni con la società¹²¹.

In altri termini, i riferimenti costituzionali alla libertà personale, alla dignità sociale, alla solidarietà sociale costituiscono norme di tutela della persona nel contesto socio-economico-politico e non possono essere interpretate come norme che pongono limiti all'autodeterminazione nelle ipotesi in cui: a) i comportamenti del singolo non abbiano effetti lesivi di beni giuridici la cui titolarità è riferibile alla collettività; b) i comportamenti del singolo per essere posti in essere necessitano dell'intervento di terzi¹²².

Ma, anche nell'ultimo caso, questi principi presidiano il libero svolgimento della personalità e non possono costituire principi atti a *coartare* il libero orientamento del comportamento individuale volto a realizzare la tutela della *propria salute*.

Ove fossero intesi in senso differente, si scivolerebbe nello Stato etico o nel paternalismo di Stato o in una concezione utilitarista della persona o, infine, nella funzionalizzazione della persona agli interessi della comunità¹²³.

¹²¹ Sufficienti argomenti sono stati utilizzati per leggere il riferimento ai cittadini operato dall'art. 3 Cost. alla luce del riconoscimento dei diritti *inviolabili dell'uomo* di cui all'art. 2 Cost. Per una sintesi dei termini della questione A. CELOTTO, *Art. 3, 1° comma*, cit., 69. Per quanto riguarda l'interpretazione dell'espressione *pari dignità sociale*, si accede alle conclusioni – salvo che per il riferimento costante al concetto di cittadinanza – di G. FERRARA, *La pari dignità sociale. (Appunti per una ricostruzione)*, cit., 1097 ss.

¹²² R. ROMBOLI, *Art. 5 cod. civ.*, cit., 240 ss. dopo aver affermato a p. 241: «il contrasto tra tutela dell'integrità fisica e tutela della libertà di decidere in ordine al proprio corpo può essere risolto in via generale ed indipendentemente dall'esame del caso singolo, nel senso di dare la prevalenza alla libertà». L'A. ritiene non possano essere ricondotti alla categoria degli atti di disposizione del proprio corpo i cui effetti si esauriscono nella sfera soggettiva dell'interessato tutti quegli atti in cui «l'attività in questione richiede, per la sua esecuzione, necessariamente l'intervento di terzi, di solito di personale medico, oppure perché è diretta a porre il corpo o parte di esso a disposizione, a beneficio di terzi». In queste ipotesi la lesione all'integrità fisica per mano di terzi anche in caso di consenso dell'interessato non può essere consentito.

Motivi e finalità dell'atto «dovranno quindi essere rapportate e confrontate con i fini generali che lo Stato pone a base e giustificazione della sua esistenza ed alla cui realizzazione tende la sua opera, i quali, essendo ricavabili dall'intero ordinamento giuridico e in particolare quindi dai principi costituzionali, non sono certo immutabili, ma variano con il mutar del tempo ed a seconda della forma di stato concretamente realizzata».

¹²³ Ciò ha trovato realizzazione, ad esempio, nell'inquadramento del fondamento

La tutela costituzionale della persona si trasformerebbe in una forma di correzione di modelli di comportamento ritenuti costituzionalmente illegittimi.

Ecco perché non è possibile interpretare i riferimenti alla dignità ed alla solidarietà nel quadro dei doveri del singolo rispetto a sé stesso ed alla sua «legge morale»¹²⁴.

La Costituzione italiana, in altri termini, definisce il rapporto fra il singolo essere umano ed il gruppo sociale organizzato ponendo dei limiti al potere del gruppo sociale di coartare la libera determinazione del singolo nelle scelte relative allo svolgimento della sua esistenza privata, proprio in quanto essere umano.

Sia per la disciplina costituzionale dei doveri di solidarietà sociale che per i riferimenti alla dignità vale quindi il criterio interpretativo per cui, trattandosi di forme di garanzia del libero svolgimento della personalità, per riempirla di senso, si deve contestualizzare la tutela della dignità nella «concreta situazione storica». La dignità «è concetto relazionale, in quanto essa si fonda sul rispetto dovuto a ciascuna persona, nel contesto storico concreto, in rapporto alle condizioni degli altri»¹²⁵.

Declinato dunque il limite al libero svolgimento della personalità nelle scelte relative alla propria condizione di benessere psico-fisico, ci si deve preoccupare di individuare le «azioni istituzionali» che assicurino effettività al principio di autodeterminazione¹²⁶.

A tal proposito, l'interpretazione dei principi di giustizia posti dagli articoli 2 e 3 della Costituzione, come espressivi del trinomio *libertà-dignità-solidarietà sociale* non si riflette soltanto nella dimensione dei rapporti sociali ed economici.

dell'attività medico-chirurgica di carattere terapeutico alla luce del principio personalista e del conseguente rilievo del *principio del consenso* all'atto medico come scriminante penale (art. 50 c.p.), nell'ambito di attività giuridicamente autorizzata (art. 51 c.p.), ma v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, 284 ss.; nella *depenalizzazione* dell'aborto (C. cost. n. 27 del 1975).

¹²⁴ S'interroga sulla possibilità di individuare un contenuto *oggettivo* al concetto di dignità cfr. A. RUGGERI, *Dignità vs vita?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 11, reperibile alla pagina web <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/dignita-versus-vita>. Sul valore della dignità nell'ordinamento costituzionale italiano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 366 ss.

¹²⁵ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 2008, reperibile alla pagina web <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/liberta-diritto/silvestri.html>;

¹²⁶ S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus*, cit., 209.

È anche nel contesto dei rapporti politici e dei rapporti fra singolo e pubblici poteri che tali principi trovano espressione.

In altri termini, fare leva sulla *costituzionalizzazione della persona* e sul diritto alla salute come forma di tutela del complessivo *benessere* della persona, se consente di *adeguare* principi generali *già presenti* nell'ordinamento alle problematiche aperte dalle nuove tecnologie, non è detto che consenta di assicurare piena effettività ai principi costituzionali.

L'esperienza costituzionale italiana ha già mostrato quali paradossi si sono presentati nella costruzione del modello *repubblicano* di tutela della salute.

Ci si riferisce alle trasformazioni ordinamentali avvenute negli anni che vanno dal 1975 al 1978¹²⁷. La disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale e quella sull'aborto si confrontano già con i nodi problematici del dibattito attuale sui temi della bioetica, adottando soluzioni orientate allo svolgimento dei principi di libertà, dignità e responsabilità sociale¹²⁸.

Inoltre, nel momento stesso in cui si ponevano le basi per assicurare l'autodeterminazione della persona nel rapporto medico-paziente, si costruiva un modello di tutela della salute che riconduceva all'indirizzo politico-amministrativo le scelte di contesto sull'idea di salute. Questo avrebbe dovuto assicurare anche la piena liberazione della persona nei rapporti con il potere politico. Ma, come si è visto, il modello di tutela della salute è in crisi proprio sotto quest'ultimo aspetto¹²⁹.

Il problema dell'effettività del principio di autodeterminazione nel rapporto medico-paziente è sicuramente legato ad un certo modello di organizzazione dei servizi per la salute. Ma non solo a questo.

È anche il tipo di garanzie *istituzionali* dell'autodeterminazione ad aver determinato una limitata effettività a tale principio.

Sono state le forme ed i tempi degli interventi del legislatore in materia di autodeterminazione ed il conflittuale rapporto fra legislazione e

¹²⁷ In particolare, ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 1975 e all'approvazione delle ll. nn. 194 del 1978; 180 del 1978; 833 del 1978.

¹²⁸ B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. II, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, Milano, 2011, 1655 spec. parr. 1-2; M. CECCHETTI, L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 785, spec. 806.

¹²⁹ La dottrina ha parlato di burocratizzazione della sanità. Si rinvia alle considerazioni di G. MOR negli studi citati nei capitoli precedenti.

giurisdizione ad aver rallentato il processo di *liberazione* della persona dal potere politico e tecnico.

Il dibattito sul questo problema ha ruotato intorno ai limiti che incontrerebbero il legislatore ed il giudice nella costruzione della disciplina relativa alle *scelte del singolo sulla propria salute*.

È ipotizzabile la necessità di un *intervento del legislatore*? Come dovrebbe essere strutturato quest'intervento? È necessario lasciare un ampio margine di manovra alla giurisprudenza? Quali criteri dovrebbe utilizzare il giudice nell'interpretazione del diritto per risolvere queste problematiche?

Veniamo all'esame delle diverse risposte che sono state offerte a questi interrogativi nell'esperienza giuridica italiana.

In alcuni casi il legislatore ha scelto d'intervenire, disciplinando l'uso di nuove tecnologie "mediche" in modo da definire un modello generale di svolgimento delle scelte del singolo sulla propria salute¹³⁰.

In queste ipotesi, le reazioni sociali alle scelte normative si sono trasformate in controversie giudiziarie ed i «casi della vita» hanno offerto alla giurisprudenza la possibilità di porsi come ordine-potere garante della massima espansione possibile al principio di autodeterminazione, contrastando l'irrigidimento dei criteri di accesso alle terapie e l'imposizione di un rigido modello di comportamento in materia di scelte terapeutiche.

Un esempio di questo tipo di atteggiamenti è offerto dalle problematiche interpretative emerse in relazione alla disciplina posta dalla legge n. 40 del 2004. L'interpretazione adeguatrice ai principi costituzionali, resa, certo, in senso non univoco, dalla giurisprudenza di merito ed amministrativa, ha consentito di temperare alcuni aspetti della disciplina delle nuove tecniche riproduttive che non erano in linea con i principi di libertà, dignità sociale e responsabilità sociale¹³¹.

Credo che da quest'esperienza si possa trarre la conclusione che le garanzie per una piena tutela del principio di autodeterminazione siano maggiori laddove il legislatore intervenga per disciplinare l'accesso a determinate terapie.

¹³⁰ A questo proposito è stata utilizzata l'espressione "legge-manifesto" «creatrice di modelli di vita» da M. CECCHETTI, L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, cit., 799, per distinguerla dalla "legge-protocollo" «dispensatrice di regole e procedure».

¹³¹ A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. II, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, Milano, 2011, 1341, spec. 1358 ss.

Innanzitutto perché le scelte di carattere generale vengono effettuate dagli organi investiti della funzione di rappresentanza politica e ciò consente di attivare le ordinarie forme di controllo democratico; in secondo luogo, poi, le tensioni relative all'interpretazione della legge che ha fissato in via generale il punto di equilibrio fra libertà della scienza e tutela della salute, possono essere più facilmente sottoposte a controllo, con l'intervento anche della giurisprudenza costituzionale¹³².

Di contro, in assenza di un intervento del legislatore statale, l'esperienza italiana ha mostrato una giurisprudenza in difficoltà nell'applicazione degli ordinari strumenti di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli nei rapporti con l'amministrazione o le comuni tecniche interpretative del diritto interno rispetto alle problematiche relative alle scelte terapeutiche del singolo¹³³, e la tendenza dell'esecutivo ad inter-

¹³² C. cost. n. 151 del 2009. Laddove non è intervenuta la giurisprudenza costituzionale, il controllo sulla coerenza della disciplina legislativa, peraltro, è stato svolto dalla Corte europea dei diritti umani ECHR, *Costa & Pavan vs. Italy*, appl. n. 54270/10, judg, 28 august 2012, par. 64 in cui la Corte di Strasburgo rileva l'incoerenza della disciplina sulla diagnosi pre-impianto rispetto alla disciplina sull'interruzione volontaria della gravidanza, muovendo dagli effetti dell'applicazione della l. n. 40 del 2004 e dal diritto vivente relativo all'interpretazione della l. n. 194 del 1978. Sulla decisione E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012 reperibile alla pagina web http://www.associazione-deicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Malfatti_0.pdf. Sui termini della questione L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, 2010, 632 ss.; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 815.

¹³³ Rispetto a tali casi appare evidente la tensione della giurisprudenza verso il ricorso all'uso della comparazione nella ricostruzione dei principi applicabili ai «nuovi» casi della vita (cfr. Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; C. App. Milano decreto 25 giugno-9 luglio 2008), specialmente con riferimenti al diritto statunitense (il *leading case* in materia è il caso *Moore*, Corte di Appello della California, *Caso Moore*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 417); sull'uso della comparazione nell'interpretazione della disciplina costituzionale dei diritti e delle libertà fondamentali, nel dibattito italiano A. SANTOSUOSSO, S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, I vol., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 731; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in *Rivista AIC*, 2006 in http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/giurisprudenza_comparazione/index.html; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, in *Rivista AIC*, 2006, reperibile alla pagina web http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritti_fondamentali_bilancia/index.html; nel dibattito internazionale B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *The Judge as comparatist*, in 80 *Tul. L. Rev.*, 2005, 11; L. ACKERMANN, *Constitutional*

venire nella disciplina delle nuove tecniche per la tutela della salute mediante il ricorso ai poteri normativi e di governo della sanità.

Quattro esempi su tutti: il caso *Di Bella*¹³⁴; il caso *Englaro*¹³⁵; il caso *Welby*¹³⁶; la disciplina delle terapie elettroconvulsivanti e della lobotomia¹³⁷.

In tutti questi casi ritorna il problema dell'effettività del diritto alla salute.

Questi casi dimostrano che un modello in cui il principio di autonomia del singolo dovrebbe aver raggiunto la sua massima espansione è

comparativism in South Africa: a response to sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke, in 80 *Tul. L. Rev.*, 2005, 169 (cfr. anche B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009; M. TUSHNET, *The possibilities of comparative constitutional law*, in 108 *Yale L.J.*, 1999, 1225; L. HELFER, A. M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, in 106 *Yale L.J.*, 1997, 273; A. M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, 40 *Va. J. Int'l L.*, 1999-2000, 1124; S. CHOUDRY, *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*, in 74 *Ind. L.J.*, 1999, 819. In dottrina, invece, è ormai consolidata la tendenza ad interpretare la disciplina costituzionale sui diritti e le libertà fondamentali nel quadro di una trama normativa costituita da fonti sovranazionali e internazionali. Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione europea dei diritti umani e, rispetto al rapporto fra diritto alla salute e uso delle nuove tecnologie mediche, della *Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della Dignità dell'Essere Umano riguardo alle applicazioni della Biologia e della Medicina*, firmata ad Oviedo il 4 aprile del 1997 ed entrata in vigore l'1 dicembre del 1999, mai ratificata dallo Stato italiano, nonostante l'entrata in vigore della l. n. 145 del 2001 recante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione. L'uso delle fonti sovranazionali ed internazionali viene spesso effettuato a prescindere dalla ricostruzione del campo materiale di applicazione di tali fonti: ad esempio, nel caso della Carta dei diritti fondamentali non viene mai in rilievo la circostanza che la Carta non amplia né incide sui campi materiali non di competenza dell'Unione europea e, nel caso della Convenzione di Oviedo a prescindere dal mancato deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato italiano. Su tali problematiche, M. LUCIANI, *Positività, meta-positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1055, spec. 1068 ss., e, in generale, J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 528 spec. 535; F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000, 10; S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, 18; su monismo, dualismo e riflessi sulla natura degli atti interni che danno attuazione a norme internazionali di origine pattizia E. CANNIZZARO, (voce) *Trattato (adattamento al)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1402, spec. 1415; ID., *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991. Nella dottrina costituzionalistica Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

¹³⁴ C. cost. n. 185 del 1998.

¹³⁵ C. App. Milano, 18 dicembre 2003, Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; C. App. Milano decreto 25 giugno – 9 luglio 2008; C. cost. ord. n. 334 del 2008.

¹³⁶ Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006.

¹³⁷ C. cost. nn. 282 del 2002; 338 del 2003.

rimasto un modello informato all'eteronomia delle scelte terapeutiche e ad elevato rischio di ineffettività della tutela del diritto alla salute.

In un contesto giuridico-costituzionale che non consente di accogliere il vincolo del precedente o dello *stare decisis*, in nome dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, affidare alla giurisprudenza il compito di *offrire le uniche soluzioni normative ai nuovi problemi di tutela della salute* significa immaginare un ordinamento costruito sulla giustizia del caso concreto.

Diviene così *massima* l'imprevedibilità degli esiti di una controversia ed ancor più difficile mantenere l'uniformità dell'interpretazione della Costituzione.

In questo contesto, l'esperienza italiana mostra che è alto il rischio di effettività delle norme costituzionali¹³⁸ perché qualificate come *principi* di ampiezza tale da non essere ritenuti *idonei* ad offrire soluzioni al *caso concreto*¹³⁹.

Per rendere effettivi i principi di giustizia tracciati nella Costituzione, è dunque nel processo normativo che devono emergere e ricomporsi i conflitti sociali. È nell'esercizio della giurisdizione che devono emergere le aporie delle scelte legislative rispetto ai principi costituzionali. Infine, è mediante le guarentigie costituzionali dell'inviolabilità dei diritti della persona che deve essere *presidiato* il libero svolgimento della personalità. Queste sono le istituzioni delle libertà entro le quali deve essere custodita la rigidità del diritto alla salute.

¹³⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., 2809 ss.

¹³⁹ Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 dicembre 2006.

BIBLIOGRAFIA

- L. ACKERMANN, *Constitutional comparativism in South Africa: a response to sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke*, in 80 *Tul. L. Rev.*, 2005, 169.
- N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale. Tomo primo*, Milano, 2000, 377.
- N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, II ed., Milano, 2003, 657.
- A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007.
- R. ALESSI, *Le prestazioni pubbliche*, Roma, 1964.
- R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg im Breisgau – München, trad. it. di F. FIORE, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997.
- G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725.
- S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999.
- G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Milano, 1964.
- A. AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione. Discorso inaugurale*, Modena, 1946.
- S. ANAND, *The Concern for Equity in Health*, in S. ANAND, F. PETER, A. SEN (ed. s.), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford, 2004, 15.
- V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 15.
- E. ANTONAZZO, G. FIORENTINI, R. GRILLI, A. PAGANELLI, *L'impatto dei criteri di priorità per gli accessi alla diagnostica ambulatoriale*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 119.
- S. 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*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 603.
- A. ANZON, *L'altra «faccia» del diritto alla salute*, in *Giur. cost.*, 1979, 657.

- A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003, 257.
- G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in Onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I vol., 177.
- M. ARMANNO, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. I. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione europea*, Torino, 2010.
- E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1183.
- E. BALBONI, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2007, 4333.
- E. BALBONI, P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2006, 1014.
- A. BALDASSARRE, A.A. CERVATI (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Bari, 1982.
- A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, XI, 1989, *ad vocem* ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.
- A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, *ad vocem*, ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 68.
- A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639.
- A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 201.
- A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 2007, 3266.
- R. BALDUZZI, *A mo' d'introduzione: su alcune vere o presunte criticità del Servizio sanitario nazionale e sulle sue possibili evoluzioni*, in Id. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 11.
- R. BALDUZZI, *Il "sistema" ECM*, in *Monitor*, n. 28, 2011, 4.
- R. BALDUZZI, *Una proposta che coniuga l'autonomia con la coerenza di sistema*, in *Monitor*, n. 28, 2011, 4.
- J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge - London, 2011.
- J.M. BALKIN, *Framework Originalism and the Living Constitution*, Yale Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series n. 182, 2009, reperibile alla pagina web del Social Science Research Network http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1290869
- J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, 2002.
- A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 50.
- A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311.
- P. BARCELLONA, *Stato e mercato. Fra monopolio e democrazia*, Bari, 1976.

- A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966.
- P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953.
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- M. BARGAGNA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 2001.
- S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. soc.*, 1982, 605.
- S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.
- M. BELLETTI, I «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 613.
- F. BENELLI, Art. 120, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 1089.
- M. BERTOLISSI, *Ancora una riflessione sull'autonomia finanziaria regionale*, in *Le Regioni*, 1985, 119.
- M. BERTOLISSI, *La finanza regionale «derivata» ha i suoi anni e li dimostra*, in *Le Regioni*, 1990, 1750.
- M. BESSONE, V. ROPPO, *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, IV, 1975, 3.
- R. BIFULCO, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in *Le Regioni*, 2008, 791.
- F. BILANCIA, *I diritti fondamentali e la loro effettività*, in *Rivista AIC*, 2006.
- F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2010.
- F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012.
- P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.
- R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.
- R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 11.
- R. BIN, *Verso il "federalismo fiscale" o ritorno al 1865?*, in *Le Regioni*, 2010, 721.
- R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008.
- N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 342.
- N. BOBBIO, *Sulla nozione di giustizia*, in *Arch. giur. «Filippo Serafini»*, 1962, 16.
- N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, in *Id.*, *Giusnaturalismo e positivi-*

- smo giuridico*, 1965, edizione con prefazione di L. FERRAJOLI, Roma-Bari, 2011, 104.
- E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, trad. it. a cura di M. NICOLETTI e O. BRINO, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006.
- C. BOTTARI, F.A. ROVERSI MONACO, *Art. 2*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, coord. da F.A. ROVERSI MONACO, Milano, 1979, 17.
- M. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti su rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali: il caso italiano*, reperibile alla pagina web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/08/Brancasi.pdf>.
- G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 815.
- F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.
- F.D. BUSNELLI, *Il danno alla salute; un'esperienza italiana; un modello per l'Europa?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 851.
- D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012.
- G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, 984.
- G. CALABRESI, P. BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978, trad. it. a cura di C.M. MAZZONI, V. VARANO, *Scelte tragiche*, Milano, 2006.
- Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.
- E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, 1991.
- E. CANNIZZARO, (voce) *Trattato (adattamento al)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1402.
- E. CANNIZZARO, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, Cedu e Costituzione italiana*, in *Dir. UE*, 2012, 23.
- B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21.
- B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984.
- B. CARAVITA, *Art. 32*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 215.
- L. CARBONE, F. CARINGELLA, *Considerazioni introduttive*, in F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, tomo I, Milano, 2005, 1.

- P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1223.
- P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2002.
- P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Dir. UE*, 2005, 371.
- L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 33.
- L. CARLASSARE, *La "riserva di legge" come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, I, 423.
- H. CAROLI CASAVOLA, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, 2004.
- G. CARPANI, *Accordi e intese tra Governo e regioni nella più recente evoluzione del SSN: spunti ricostruttivi*, in R. BALDUZZI, *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 35.
- P. CARROZZA, *Il welfare sanitario e assistenziale toscano come modello*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, E. ROSSI (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009, 373.
- M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.
- E. CARUSO, N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, Paper for the Espanet Conference "Innovare il welfare. Percorsi di trasformazione in Italia e in Europa" Milano, 29 Settembre — 1 Ottobre 2011.
- L. CASINI, *L'agenzia italiana del farmaco: ufficio-agenzia o agenzia-ente pubblico?*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 132.
- S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.
- S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2007.
- L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997.
- L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica. La discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 5/2004.
- C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.
- E. CAVASINO, G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 2000.
- M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.
- M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della «codecisione paritaria» evitandone gli effetti perversi*, in *Regioni*, 2004, 1044.
- M. CECCHETTI, L. BUFFONI, *Le fonti nazionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito*

- e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 785.
- A. CELOTTO, *Art. 3 comma 1°*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 66.
- A. CELOTTO, M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di Gordio"*, in *Federalismi.it*, n.16/2005.
- A. CERRI, (voce) *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, *ad vocem*.
- O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. cost.*, 1998, 1170.
- O. CHESSA, *Bilanciamento "ben temperato" o sindacato esterno di ragionevolezza? note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3925.
- O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002.
- O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, 41.
- L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993.
- L. CHIEFFI, (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.
- L. CHIEFFI, *La diagnosi genetica nelle pratiche di fecondazione assistita: alla ricerca del giusto punto di equilibrio tra le ragioni dell'embrione e quelle della donna ad avviare una maternità cosciente e responsabile*, in *Giur. cost.*, 2006, 4713.
- M. P. CHITI, *Natura giuridica delle Unità sanitarie locali: aspetti problematici*, in F. MERUSI (a cura di), *Unità sanitarie e istituzioni*, Bologna, 1982, 2.
- S. CHOUDRY, *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*, in 74 *Ind. L.J.*, 1999, 819.
- S.M. CICONETTI, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in *Dir. soc.*, 2011, 721.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 685.
- M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *L'Agenzia italiana del farmaco*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2004, 263.
- P. CLARIZIA, *Le discipline regionali dell'azione amministrativa. Lo stato dell'arte della legislazione regionale in materia di procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 10.7.2007.
- M. COCCONI, *Le prestazioni sanitarie fra esigenze di normalizzazione della spesa e diritti fondamentali della persona*, in *Le Regioni*, 1990, 1755.
- J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking rights seriously?*, in *Legal Studies*, Vol. 12, 1992, 2, 227.
- M. CORRADINO, *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 18/2006.
- G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755.
- G. CORSO, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000,

- 1073.
- G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981.
- G. CORSO, *Pubblico e privato nelle politiche sanitarie*, in *Nuove Autonomie*, 2011, 23.
- G. CORSO, G. FARES, *Il nuovo procedimento amministrativo dopo la l. 11 febbraio 2005, n. 15: i punti salienti della riforma*, in *Studium iuris*, 2005, 675.
- V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775.
- V. CRISAFULLI, *Cinquant'anni di legislazione in Italia*, in *Dir. soc.*, 1982, 1.
- V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 557.
- V. CRISAFULLI, (voce) *Costituzione*, in *Enc. del Novecento*, I, Roma, 1975, 1030.
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1993.
- M. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, 1975.
- L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2005.
- L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, ma non troppo*, in *Giur. cost.*, 2006, 1264.
- L. DANIELE, *La protezione di diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. UE*, 2009, 645.
- N. DANIELS, *Just Health Care*, Cambridge, 1985.
- N. DANIELS, B. KENNEDY, I. KAWACHI, *Health and Inequality, or, Why Justice is Good for Our Health*, in S. ANAND, F. PETER, A. SEN (ed.s), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford, 2004, 63.
- G. DAVIES, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, Jean Monnet Working Papers, New York University School of Law n. 2/06.
- A. D'ALOIA *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002.
- A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1064.
- A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. II, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, Milano, 2011, 1341.
- M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Milano, 2009.
- L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2000.
- G. DE BÚRCA, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European*

- Union*, in *Current Legal Problems* (2003) 56 (1): 403.
- S. DE LA ROSA, *The Directive on Cross-border Health care or the art of codifying complex case-law*, in *CMLRev.* 49(2012), 15.
- A. DE LORENZO, *Stato e mercato nella gestione dei servizi sociali*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 109.
- R. DI MARIA, *Aspettando la costituzionalizzazione del principio del "pareggio di bilancio": brevi considerazioni sulla natura giuridico-economica del medesimo e rilievo di alcune questioni (ancora) aperte sulla sua potenziale ricaduta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.
- R. DICKMANN, *Sull'esercizio del "potere legislativo" a titolo sostitutivo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi.it*, n. 14/2008.
- M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.
- M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, 103.
- M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 295.
- M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *Costituzionalismo.it*, 2010.
- M. DOUGAN, E. SPAVENTA (ed.s), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005.
- R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Milano, 1982, ult. ed. Bologna, 2010.
- C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 17.
- C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano, 1962, I, 597, ora in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 283.
- C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile (1950)*, Padova, 1953, 27 ss., ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.
- C. ESPOSITO, *Replica nel dibattito sulla sua relazione dal titolo Il controllo di costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1999, 39.
- L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771.
- L. FERRAJOLI, *Lo Stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 309.
- G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*, in *Famiglia*, 2004, 1173.
- G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (a

- cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, 311.
- R. FERRARA, (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 513,
- R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. V, Milano, 2010, 60
- G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089.
- E. FERRARI, *Art. 19*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, coord. da F.A. ROVERSI MONACO, Milano, 1979, 227.
- E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, 1986.
- E. FERRARI, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, 1991, 1513.
- E. FERRARI, *Lo stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 99.
- M. FERRERA, *Verso una cittadinanza sociale «aperta». I nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, URGE Working Paper, n. 1, 2004.
- P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER, *Il nucleo storico e il cambiamento dei confini del «welfare state»*, in P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, 1981, trad. it. di S. EMANUELLI, U. BRINDANI, M. FERRERA, S. LOMBARDO, S. MERCURI, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983, 25.
- P. FLORA, J. ALBER, *Sviluppo dei «welfare states» e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, 1981, trad. it. di S. EMANUELLI, U. BRINDANI, M. FERRERA, S. LOMBARDO, S. MERCURI, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983, 55.
- G. FONTANA, *L'incostituzionalità delle interferenze regionali sui poteri commissariali del Presidente della Giunta*, in *Giur. cost.*, 2011, 1196.
- E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Quaderno 12, 1954, 8 ss., ora in *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Milano, 1973, 31, spec. 32.
- C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1/2000, 181.
- F. GHELARDUCCI, *Modelli di organizzazione pubblica del servizio sanitario e problemi di efficienza*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997, 147.
- E. GIANFRANCESCO, *Il potere sostitutivo*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, 2001, 183.
- M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile?*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Diritto costituzionale generale*, 1, Milano, 1977, 141.

- M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.
- A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999.
- A. GIORGIS, *Art. 3, 2° comma*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 88.
- S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.
- S. GIUBBONI, *Stato sociale, libera circolazione delle persone e nuovi confini della solidarietà in Europa. Una introduzione teorica*, 2011, in http://www.osservatorioinca.org/section/includes/attach_file/Giubboni_Berlino.pdf.
- S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.
- R. GRANATA, *Il nuovo disegno costituzionale delle autonomie: riflessioni sui percorsi legislativi di attuazione*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 91.
- P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed. Torino, 1991.
- S.L. GREER, *Uninvited Europeanization: neofunctionalism and the EU in health policy*, in *Journal of European Public Policy*, Vol. 13, 134 – 152, Issue 1, 2006.
- A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 3/2011.
- A. GUAZZAROTTI, *Diritti fondamentali e regioni: il nuovo titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1031.
- G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, ed. it. a cura di A. SCERBO, Soveria Mannelli, 2004.
- A. GUSTAPANE, *La procreazione con metodi artificiali nella prospettiva costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1996, 183.
- L. HANCHER, W. SAUTER, *One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning health care*, in *CMLRev* (2010) 117.
- P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, ed. it. a cura di J. LUTHER, Bari, 2001.
- M. HAOURIOU, *La cité moderne et les transformations du droit*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, 1925, n. 4, trad. it. *Teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, in ID., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad. it. a cura di W. CESARINI SFORZA, Milano, 1967, 3.
- V. HATZOPOULOS, *Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgements of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in *CMLRev* (2002), 683.
- V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy: the Impact of the EU*, in G. DE BÚRCA, *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, 111.

- V. HATZOPOULOS, *Services of General Interest in Healthcare: An Exercise in Deconstruction?*, in U. NEERGAARD, R. NIELSEN, L. ROSEBERRY, *Integrating Welfare Functions into EU Law. From Rome to Lisbon*, Copenhagen, 2009, 225.
- L. HELFER, A. M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, in 106 *Yale L.J.*, 1997, 273.
- S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, a cura di E. CAGLIERI, Bologna, 2000.
- H. HECLO, *Verso un nuovo «welfare state»?*, in P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, 1981, trad. it. di S. EMANUELLI, U. BRINDANI, M. FERRERA, S. LOMBARDO, S. MERCURI, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1983, 465.
- M. HEIDENREICH, J. ZEITLIN (ed.s), *Changing European Employment and Welfare Regimes. The Influence of the Open Method of Coordination on National Reforms*, London – New York, 2009.
- T. HERVEY, J. MCHALE, *Health law and the European Union*, Cambridge, 2004.
- D. IMMORDINO, *Ragioni e prospettive della specialità finanziaria nel nuovo assetto del sistema di finanza pubblica*, in *Le Regioni*, 2009, 1309.
- N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.
- N. IRTI, (voce) *Diritto (Diritto privato)*, in *Enciclopedia Italiana. Appendice 2000*, Roma, 2000, 495, ora anche in Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 85.
- N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
- E. JORIO, *Prime osservazioni sull'esercizio del potere legislativo da parte dei commissari ad acta*, in *Federalismi.it*, n. 13/2008.
- E. JORIO, *L'extra deficit sanitario: tra un sistema di controllo conflittuale e piani di rientro non propriamente adeguati*, in *Federalismi.it*, n. 19/2008.
- E. JORIO, *La Corte dei Conti boccia i piani di rientro regionali del debito pregresso della sanità*, in *Federalismi.it*, n. 2/2010.
- A. KACZOROWSKA, *A review of the creation by the ECJ of the right to effective and speedy medical treatment and its outcomes*, in *European Law Journal*, 2006, 345.
- H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, di S. COTTA, G. TREVES, prefazione di E. GALLO, introduzione di G. PECORA, Milano, VI ed., rist., 2000, 120.
- M.G. LA FALCE, *L'attività di affiancamento delle Regioni in materia socio-sanitaria: i Piani di rientro*, in E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, II, Napoli, 2008, 653.
- A. LA SPINA, A. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.
- C. LAVAGNA, *Atti ed eventi costituzionali in Italia dal 1° gennaio 1948 al 31 dicembre 1950*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 170.

- C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari*, 1953, 3.
- C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977.
- S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 335.
- G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999, 7.
- E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata, 2006.
- M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769.
- M. LUCIANI, (voce) *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 373.
- M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 79.
- M. LUCIANI, (voce) *Salute, D Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*.
- M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643.
- M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore: il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1.
- M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1055.
- N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 41.
- J. LUTHER, (voce) *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1997, XII, 341.
- C. MAINARDIS, *Art. 120 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2379.
- E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002.
- E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012.
- M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 460.
- M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, 2009, 1688.
- A. MANGIA, *‘Attuazione’ legislativa ed ‘applicazione’ giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 751.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992.

- J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, II ed. italiana, Milano, 1992.
- B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *The Judge as comparatist*, in 80 *Tul. L. Rev.*, 2005, 11.
- B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009.
- M. MARPILLERO, *Nuove prospettive per i controlli sostitutivi nei rapporti fra Regioni, USL, enti locali?*, in *Le Regioni*, 1985, 129.
- T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class* (1950), trad. it. *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. MEZZADRA, Roma-Bari, 2002.
- T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, 783.
- D. S. MARTINSEN, *Toward an Internal Health Market With the European Court*, in *West European Politics*, Volume 28, 1035 – 1056, Issue 5.
- A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1.
- A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel welfare state*, in *Dir. amm.*, 2009, 1.
- A. MASSERA (a cura di), *La riforma della Legge 241/1990 sul procedimento amministrativo: una prima lettura*, in *Astrid*, 3/2005.
- N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 985.
- T. MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione «politicamente scorretta»*, in *Ragion pratica*, 2010, 509.
- M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1954, 50.
- M. MAZZIOTTI, (voce) *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802.
- C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998.
- E. MENICHETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, 109.
- F. MERUSI (a cura di), *Unità sanitarie e istituzioni*, Bologna, 1982.
- F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, 39.
- F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313.
- C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.
- L. MEZZETTI, A. ZAMA, (voce) *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 337.
- F. MODUGNO, *Il concetto di Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, 1977, 197.
- F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303.
- F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Roma-Bari, 2002.

- V. MOLASCHI, *Osservazioni sul ruolo dell'agenzia italiana del farmaco (Aifa) nel governo della spesa pubblica*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2006, 233.
- V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Torino, 2008.
- P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA (a cura di), *Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per un giusto risarcimento*, Milano, 1999.
- P.G. MONATERI, M. BONA, M. AMBROSIO (a cura di), *Il danno alla persona*, Torino, 2000.
- G. MOR, *Tre sentenze sulle USL tra riforma della riforma e principi generali*, in *Le Regioni*, 1992, 1132.
- G. MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 957.
- G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. n. 241/90 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, 8.3.2010.
- A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012.
- A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.
- C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, 1961, I, 1, ora in *Scritti Mortati, III. Problemi di diritto pubblico nell'esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 433.
- C. MORTATI, (voce) *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 168.
- C. MORTATI, (voce) *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 214.
- C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 157.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed., 1991.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976.
- E. MOSSIALOS, M. MCKEE (ed.s), *EU Law and the social character of Health Care*, Bruxelles – New York, 2002.
- A. MURA, *Artt. 33-34 Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976, 228.
- R. A., MUSGRAVE, *Higher Education and the Federal Budget*, in *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 42 (1957), No. 3, Part. 2, 96.
- G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?* , in *Dir. amm.*, 2003, 801.
- G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- C. NEWDICK, *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity*, in *CMLRev* 43(2006), 1645.
- L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 719.
- J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, New York, 1973, trad. it. di V. GRISOLI, *La crisi fiscale dello Stato*, prefazione di F. CAFFÈ, Torino, 1979.
- V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969.

- V. ONIDA, *L'attuazione della costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, IV, Milano, 1977, 501.
- F.E. OPPENHEIM, (voce) *Uguaglianza*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, ed. 2004, 1006.
- R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, ed. Bologna, 1987.
- G. ORLANDINI, *Libera prestazione e servizi sociali. Il caso dell'accesso cross-border alle prestazioni di cura*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, Bologna, 2007, 171.
- V. E. ORLANDO, *Prefazione*, edizione italiana di J. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1912, VII.
- A. PACE, (voce) *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 295.
- A. PACE, *Libertà "del mercato" e "nel mercato"*, in *Pol. dir.*, 1993, 327.
- A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35.
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, III ed.
- S. PAJNO, *I poteri sostitutivi nei confronti degli enti territoriali*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte generale*, Milano, 2006, 379.
- S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione*, in *Dir. soc.*, 1979, 875.
- L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 519.
- L. PALADIN, (voce) *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 898.
- G. PASTORI, *La sanità fra legislazione statale e amministrazione regionale*, in *Le Regioni*, 1989, 323.
- G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 85.
- G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in *Sanità pubblica*, 2002, 1281.
- A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milano, 1972.
- F. PERGOLESI, *Alcuni lineamenti dei "diritti sociali"*, Milano, 1953.
- E. PESARESI, *La «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni» e la materia «tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell'era del decentramento istituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 1733.
- B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21.
- B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001.
- B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. II, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, tomo II, Milano, 2011, 1655.

- G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Torino, 2008.
- F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino, 1965, 143.
- F. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, II, Torino, 1965, 645.
- E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996.
- E. PICOZZA, (voce) *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur*, I, Roma, 1997, 8.
- R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici ordinari: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Napoli, 2009, 1253.
- C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994.
- P. PINNA, *Leggi provvisorie, sentenze della Corte costituzionale e competenze regionali*, in *Le Regioni*, 1989, 1754.
- G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963.
- G. PITRUZZELLA, *Problemi e pericoli del «federalismo fiscale» in Italia*, in *Le Regioni*, 2002, 977.
- G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1177.
- A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- A. PIZZORUSSO, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant'anni dal saggio di Enzo Cheli*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Scritti in onore di Enzo Cheli. Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Bologna, 2010, 105.
- U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.
- L. PRINCIPATO, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il «contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute»*, in *Giur. cost.*, 1998, 3853.
- F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000.
- J. RAWLS, *A Theory of Justice*, New York, 1971, trad. it. di U. SANTINI rev. e cur. da S. MAFFETTONE, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008.
- J. RAWLS, *Justice as Fairness: a Restatement*, Cambridge-London, 2001, trad. di G. RIGAMONTI, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, II ed. 2006.
- G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5.
- P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515.

- P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in AA. VV., *AIC, Annuario 1999*, Padova, 2000, 323.
- P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in G. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, 1.
- P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in *Rivista AIC*, 2006.
- G. A. RITTER, *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, München, 1991, ed. it. a cura di L. GAETA, A. VISCONI, P. POMBENI, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 2007.
- S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.
- S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, II ed., Roma-Bari, 1999.
- S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, I rist., 2011.
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, I ed. ampliata, Bologna, 2009.
- S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua auto-determinazione*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, vol. I, S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 169.
- S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997.
- S. ROKKAN, *State Formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe. The Theory of Stein Rokkan*, (ed. P. FLORA), Oxford, 1999, trad. it. D. CARAMANI, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, Bologna, 2002.
- U. ROMAGNOLI, *Art. 3 c. 2° Cost.*, in G. BRANCA (dir. da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 163.
- R. ROMBOLI, *Art. 5 cod. civ.*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1988, 225.
- R. ROMBOLI, *Interpretazione conforme o disapplicazione della legge incostituzionale?*, in *Foro it.*, 2006, 3323 ss.
- S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, I, Pisa, 1917.
- S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, rist. II ed., Milano, 1947.
- S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906.
- A. ROMANO TASSONE, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: osservazioni sulla posizione di A. Celotto – M.A. Sandulli*, in *Federalismi.it*, 5/2006.
- V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627.
- R. ROSE, *Il ruolo dello Stato nel "Welfare Mix"*, in A. BALDASSARRE (a cura di), *I limiti della democrazia*, Roma-Bari, 1985, 143.
- E. ROSSI, *Art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 37.
- A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costi-*

- tuzionale italiano*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani dell'8/9 giugno 2012.
- A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 366.
- A. RUGGERI, *L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-applicazioni "ragionevoli"*, Intervento al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Forma dello Stato e revisione costituzionale*, Genova 9-10 dicembre 1994, in *Ars interpretandi*, 1996, n. 1, 113.
- A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, overrosia tra esibizione della "diffusione" e vocazione all'"accentramento"*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 69 ss.
- A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 519.
- A. RUGGERI, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2008, 3603.
- A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2010, 3.
- A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in *Rivista AIC*, 1/2011.
- A. RUGGERI, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)* (Intervento al Seminario su "Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali", Messina, 7 maggio 2012), in *Rivista AIC*, 3/2012.
- I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006.
- F. SAITTO, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2010, 2817.
- C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000.
- G. M. SALERNO, *Le Regioni ad autonomia speciale ed il federalismo fiscale: una questione da affrontare*, in *Federalismi.it*, n. 12/2007.
- G. M. SALERNO, *Coordinamento finanziario, autonomie speciali e coesione nazionale*, in *Federalismi.it*, n. 23/2008.
- A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 683.
- A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul provvedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Atti del Convegno del Gruppo San Martino, Palermo, 16-17 aprile 2010, Napoli, 2011.
- P. SANTINELLO, *Disciplina generale del procedimento amministrativo e potestà legislativa regionale (qualche riflessione a proposito dell'art. 29 della l. 241/1990)*, in *giustamm.it*, 24.11.2006.

- A. SANTOSUOSSO, S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, I vol., *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 731.
- G. SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 3952.
- G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 883.
- G. SCALA, *L'“emergere” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 250.
- U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, (a cura di M. MORI), Milano, 1998.
- C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, trad. it a cura di A. CARACCILO, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984.
- A. SEN, B. WILLIAMS (ed.s), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, trad. it. di A. BESUSSI, *Utilitarismo e oltre. Giustizia, benessere, diritti nell'era del mercato globale*, ed. Milano, 2002.
- A. SEN, *Why Health Equity?*, in S. ANAND, F. PETER, A. SEN (ed.s), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford, 2004, 21.
- A. SEN, *The Idea of Justice*, London, 2009, trad. it. di L. VANNI, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010.
- G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 2008.
- G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.
- A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, in *Le Regioni*, 2003, 1199.
- A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 655.
- A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006.
- A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: lo sviluppo di un decennio*, Torino, 2007, 122.
- A. M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, 40 *Va. J. Int'l L.*, 1999-2000, 1124.
- D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 12.
- G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.
- F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge. 1. Introduzione e commento*, Genova, 1980.
- F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009.

- A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, vol. 1, Milano, 1994.
- A. SUPLOT, *Governing Work and Welfare in a Global Economy*, in J. ZEITLIN, D. TRUBEK (ed.s), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, New York, 2005, 376.
- A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. int.*, 2006, 644.
- G. TARLI BARBIERI, (voce) *Funzioni amministrative regionali (dir. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento III, Torino, 2008, 401.
- D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012.
- F. TERESI, *Bioetica e diritto. Aspetti costituzionali*, in *Aggiornamenti sociali*, 2000, 321.
- L. TORCHIA, *Welfare, diritti sociali e federalismo*, Testo rivisto e integrato della relazione al Convegno "Verso nuove forme di welfare", Stresa 26-27 aprile 2002 in *Astrid*, 2002.
- R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 1242.
- L.H. TRIBE, M.C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge-London, 1991, trad. it. di D. DONATI, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, con presentazione di S. BARTOLE, Bologna, 2005.
- C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena di difendere?»*, in *Giur. cost.*, 2009, 1697.
- L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012.
- C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.
- C. TUCCIARELLI, *La legge n. 42/2009: oltre l'attuazione del federalismo fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 61.
- M. TUSHNET, *The possibilities of comparative constitutional law*, in 108 *Yale L.J.*, 1999, 1225.
- L. VANDELLI, *Art. 4*, in AA. VV., *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 1978, n. 833*, coord. da F.A. ROVERSI MONACO, Milano, 1979, 30.
- G. VERDE, *Servizi pubblici e principi costituzionali*, Palermo, 1990.
- G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo art. 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 733.
- L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 2003, 691.

- L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, 2010, 632.
- P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947.
- B. VITIELLO, *La sanità pubblica: specchio della realtà dei rapporti Stato-Regioni (con riferimenti alla finanziaria 2007)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 955.
- E. VIVALDI, *I diritti sociali tra Stato e Regioni: il difficile contemperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, Gruppo di Pisa, Atti del Convegno di Trapani, 8/9 giugno 2012.
- G. VOLPE, *L'intreccio delle competenze nel servizio sanitario e l'eguaglianza dei cittadini*, in *Le Regioni*, 1985, 157.
- G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, 2000.
- A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011.
- F. A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1973-1979, ed. it. a cura di A. PETRONI, S. MONTI BRAGADIN, trad. P. G. MONATERI, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, EST, 2000.
- L. VON STEIN, *Il principio e il movimento della libertà*, in *Id.*, *Opere scelte. I. Storia e società*, antologia a cura di E. BASCONE REMIDDI, Milano, 1986, 159.
- J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, 1999, trad. it. a cura di A. PINTORE, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001.
- J.H.H. WEILER, *A Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Area of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 31(1993), 417.
- J.H.H. WEILER, N. LOCKHART, *Taking rights seriously, seriously*, in *CMLRev.*, 1995, 579.
- J.H.H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quad. cost.*, 2002, 528.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 123.
- G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.
- V. ZANGARA, *Costituzione materiale e costituzione convenzionale. Notazioni e spunti*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, 335.
- A. ZORZI GIUSTINIANI, *Costituzionalismo europeo e questione sociale*, in AA.VV., *Contenimento della spesa pubblica ed efficienza dell'amministrazione nella crisi dello Stato sociale: il caso della sanità*, Pisa, 1997.

Finito di stampare nel mese di novembre 2012
da Arti Grafiche Solimene - Casoria (Na)

