

Marta Mengozzi
Ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico
Professore aggregato di diritto pubblico
Università degli studi di Roma Tor Vergata

Tutela dei livelli essenziali di assistenza e mobilità sanitaria nell'esperienza italiana ed europea: gli slanci e i limiti dell'azione dell'Unione nella tutela del diritto alle cure (*).

SOMMARIO: 1. Sistema sanitario italiano e LEA: la garanzia di «adeguata uniformità», nella tensione tra uguaglianza e differenziazione. – 2. Livelli essenziali o livelli minimi? – 3. LEA, *standard* e aspetti organizzativi. – 4. Livelli essenziali e poteri sostitutivi. – 5. LEA e sistema di finanziamento. – 6. La mobilità sanitaria interregionale nel sistema italiano: la libertà di scelta e gli effetti perequativi. – 7. La mobilità sanitaria in UE e i suoi limiti: il “dove”, senza il “cosa”. Un approccio coerente con l’art. 35 della Carta Dir. UE – 8. I limiti del sistema competenziale dell’UE e la difficile affermazione di una tutela piena dei diritti sociali nell’ordinamento UE. – 9. La via giurisprudenziale e il parziale recupero di una portata perequativa della mobilità sanitaria.

1. *Sistema sanitario italiano e LEA: la garanzia di «adeguata uniformità», nella tensione tra uguaglianza e differenziazione.* – In Italia la specifica preoccupazione che in ambito sanitario siano garantiti a tutti i cittadini determinati livelli di prestazione sull’intero territorio statale è coeva alla stessa nascita Servizio Sanitario Nazionale nel 1978¹, comportante l’adozione del modello c.d. *Beveridge*, con un sistema sanitario pubblico, ispirato ai principi di universalità, equità di accesso e globalità e finanziato attraverso la fiscalità generale². L’impronta decentrata della relativa organizzazione – che nell’impianto originario vedeva coinvolti, insieme allo Stato, a vario titolo,

(*) Il presente lavoro è stato elaborato nell’ambito del progetto di ricerca *Cross-Border Healthcare in EU: towards a European Welfare State?* finanziato dall’Università degli studi di Roma “Tor Vergata”, i cui risultati sono in corso di pubblicazione.

¹ Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI-G. CERRINA FERONI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino 2011, 11 s.; E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Ist. Federalismo*, 2001, 1103 ss.; R. BALDUZZI, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, in M. RICCA-L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute. Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Quad. Formez, Roma 2005, 24; A. D’ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo disegno autonomistico* (versione provvisoria), Atti del convegno dell’Associazione Gruppo di Pisa tenutosi a Pavia nel giugno 2003, nel sito *costituzionale.unipv.it*, 9 ss.; E. FRONTONI, *Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell’art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli 2015, 149 s.

² Sulle caratteristiche del modello e sulle differenze rispetto all’alternativo modello c.d. *Bismarck*, v. S. MABELLINI-V. TAMBURRINI, *La migrazione sanitaria nell’esperienza degli Stati composti*, in D. MORANA (a cura di), *L’assistenza sanitaria transfrontaliera nell’UE: verso un welfare state europeo?*, in corso di stampa (Napoli, 2018); nonché, tra gli altri, A. PETRETTO, *Modello economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in CATELANI-G. CERRINA FERONI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit. 83 ss.; A. DIURNI, *Italia e Spagna: sistemi sanitari a confronto*, in questa *Rivista*, 3/2017. Sui principi ispiratori del SSN, cfr. R. BALDUZZI-D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di Diritto Sanitario*, Bologna 2013, 78 s.

tutti gli enti territoriali: regioni, province e comuni (con un ruolo di particolare rilievo per questi ultimi) – si coniugava, infatti, fin da allora con l’idea che lo Stato dovesse fissare «i livelli delle prestazioni sanitarie che devono essere, comunque, garantite a tutti i cittadini» (art. 3 legge n. 833/1978).

Tale istanza non è mai venuta meno, ma anzi si è precisata e sviluppata nelle successive riforme del servizio sanitario. Così, anche la piena regionalizzazione del sistema che ha avuto luogo nel corso degli anni ’90 del secolo scorso si è svolta sotto questo segno: il d.lgs. n. 502/1992 già nel testo originario richiede che il piano sanitario indichi «i livelli *uniformi* di assistenza sanitaria [...] con la specificazione delle prestazioni da garantire a tutti i cittadini». E partire dal 1999, con il d.lgs. n. 229, che completa lo spostamento sulle regioni del fulcro organizzativo, si parla di «livelli *essenziali* ed *uniformi* di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale» (commi 2 e 3 dell’art. 1 del novellato d.lgs. n. 502/1999), fissando l’espressione per come essa è attualmente e prevedendo che detti livelli debbano essere assicurati all’interno di una serie di coordinate di riferimento facenti capo ad altri principi di matrice costituzionale: «nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell’equità nell’accesso all’assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell’economicità nell’impiego delle risorse».

I livelli essenziali di assistenza sono, in questo quadro, il «collante»³ del sistema sanitario regionalizzato⁴.

Tale impostazione è quella fatta propria dalla riforma costituzionale del 2001 (legge cost. n. 3/2001) che, da un lato, pone l’ampia materia «tutela della salute» tra quelle concorrenti, coinvolgendo le regioni in un ruolo di rilievo⁵, dall’altro, attribuisce alla competenza esclusiva statale la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. *m*). Anche nelle previsioni della Carta costituzionale, quindi, lo spazio per la disciplina regionale trova un limite non soltanto nei principi fondamentali dettati dallo Stato, ma anche nell’individuazione di livelli essenziali che debbono essere garantiti a tutti (e non soltanto con riferimento all’assistenza sanitaria, ma ad una ampia gamma di prestazioni «concernenti i diritti civili e sociali»).

Il meccanismo mira, evidentemente, a tenere in equilibrio quella tensione tra unità e differenziazione implicita in tutti i sistemi decentrati⁶ e particolarmente sentita in un settore così delicato, volto alla tutela di un diritto fondamentale, e in cui vengono in rilievo diversi altri principi costituzionali (*in primis* uguaglianza e solidarietà sociale, unità ed indivisibilità della repubblica)⁷, costituenti le strutture portanti della c.d. cittadinanza sociale.

³ R. BALDUZZI, *Ibidem*.

⁴ Va, peraltro, segnalato che negli stessi anni l’utilizzazione del concetto viene estesa anche ad altri settori della legislazione sociale, come nel caso della legge quadro n. 328/2000 in materia di assistenza sociale; cfr. E. BALBONI, *Il concetto di “livelli essenziali e uniformi”*, cit., 1106.

⁵ La materia «tutela della salute» è, infatti, da considerare, anche per la giurisprudenza costituzionale, «assai più ampia» rispetto alla precedente relativa all’«assistenza ospedaliera» (sentt. n. 270/2005; n. 134/2006). Sulla materia in questione, v. D. MORANA, *Tutela della salute*, in G. GUZZETTA-F.S. MARINI-D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale. Commentario*, Napoli 2015, 583 ss.; G. CARPANI-D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di “tutela della salute”*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di Diritto Sanitario*, cit. 89 ss.

⁶ Cfr., per tutti, A. D’ATENA, *Pluralità costituzionale delle competenze e garanzie di unità dell’ordinamento*, in G. BERTI – G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano 2003, 25 ss.; ID., *Diritto Regionale*, Torino 2017, 22 ss.

⁷ V. G. FERRARA, *Eguaglianza e federalismo*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Evoluzione dello stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del titolo V della Costituzione*, Padova 2001, 31 ss., per una interpretazione dei processi federativi come aspirazione ad una unità che trova come suo

Anche nella lettura del giudice delle leggi, la competenza in parola – che, come è noto, nella stessa ricostruzione giurisprudenziale, è da qualificarsi come materia «non materia», trasversale e «idonea ad investire tutte le materie»⁸ – costituisce lo strumento per il mantenimento di una «adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto»⁹.

Rispetto, poi, alla determinazione più specifica del diritto del singolo in ambito sanitario assumono un cruciale rilievo gli ulteriori principi di efficacia e appropriatezza (art. 1, co. 7, d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.), che mettono in relazione il diritto alle cure con la necessità di un uso efficiente delle risorse economiche, imponendo che siano erogate solo prestazioni la cui efficacia sia dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili e siano rivolte a soggetti le cui condizioni cliniche corrispondono alle indicazioni raccomandate (efficacia ed appropriatezza clinica); e che, in presenza di altre forme di assistenza rivolte alle medesime esigenze, soddisfino il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse, ovvero garantiscano un loro uso efficiente quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza (appropriatezza organizzativa).

Il servizio sanitario, in sostanza, fornisce (in regime gratuito o semi-gratuito¹⁰) soltanto prestazioni *appropriate*. E tra i livelli essenziali, dunque, saranno collocate soltanto quelle considerate come tali, almeno “in astratto” (salva, cioè, la valutazione del medico sulla appropriatezza in concreto rispetto alla singola situazione): quelle, in altri termini, che presentano per specifiche condizioni cliniche o di rischio, «evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate» (ancora art. 1, co. 7, d.lgs. 502/1992).

Tale aspetto entra, dunque, anch'esso a comporre il sistema, integrandone la disciplina e costituendo, in qualche modo, un ulteriore fattore di unità: da un lato, perché, come si è appena detto, l'appropriatezza è un requisito necessario per la ricomprensione di una prestazione tra i LEA e la relativa valutazione fa riferimento a criteri legati più alla scienza medica che a considerazioni meramente politiche¹¹; dall'altro, perché le singole regioni possono decidere di erogare livelli

fattore determinativo proprio nel principio di uguaglianza. Rispetto a tale modello, il federalismo che perda di vista tale tendenza riguardo alle condizioni di vita della sua base sociale ne costituirebbe una distorsione degenerativa e un vero e proprio rovesciamento, fino alla dissoluzione dell'aggregazione statale. Sul legame tra tutela dei livelli essenziali e i principi di uguaglianza e solidarietà sociale, v. anche S. GAMBINO, *Regioni e diritti fondamentali. La riforma costituzionale italiana nell'ottica comparatistica*, in Id. (a cura di), *Il “nuovo” ordinamento regionale*, Milano 2003, 48 ss., per il rilievo che tutto il sistema dei principi fondamentali opera nella medesima ottica di garanzia della cittadinanza sociale.

⁸ Corte Cost., sent. n. 282/2002.

⁹ L'espressione è utilizzata dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 88/2003 e poi ripresa in numerose successive (tra le altre, v. 134/2006; 164 e 207/2012; 111/2014).

¹⁰ Si fa riferimento all'esistenza, per molte prestazioni, dei c.d. *ticket*, misure di compartecipazione alla spesa sanitaria, fissate, invero, dalle regioni con notevole variabilità, sia negli importi che nelle esenzioni.

¹¹ Per la valorizzazione dell'aspetto tecnico-scientifico nella valutazione di appropriatezza, v. Corte Cost., n. 282/2002 (nella quale viene anche richiamato il precedente della sentenza n. 185/1998 relativa al c.d. caso di Bella). Nella successiva decisione n. 338/2003, su casi del tutto analoghi, la Corte aggiusta un po' il tiro, specificando ulteriormente che «il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia». Sul tema, cfr. R. BALDUZZI, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, cit., 31 s.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino 2015, 99 ss., cui si rinvia anche per l'attento esame del ruolo che giocano comunque le regole giuridiche; ID., *Diritto alla salute e livelli essenziali delle prestazioni al vaglio della Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano 2004,

ulteriori di assistenza soltanto se relativi a prestazioni comunque appropriate, mentre non possono escludere in astratto l'appropriatezza di pratiche considerate tali dal livello statale¹².

I caratteri di unitarietà del sistema sono notevoli: le scelte relative ai livelli essenziali affidate alla competenza statale e quelle sull'appropriatezza improntano fortemente il quadro di cosa eroga il servizio sanitario su tutto il territorio. Alle Regioni, come si è già accennato, residua spazio soltanto per l'individuazione di livelli di assistenza ulteriori rispetto a quelli considerati essenziali dallo Stato, purché relativi a prestazioni appropriate, da riconoscere ai propri residenti.

2. Livelli essenziali o livelli minimi?

Lo spazio regionale di cui si è appena detto può essere, invero, più o meno ampio a seconda di come si ricostruisca la nozione di "essenzialità".

Il dibattito scientifico si è concentrato sul significato del termine, chiedendosi, in particolare, se i livelli così qualificati siano da considerare minimi, o se invece ad essi possa essere attribuito un senso ulteriore e più pieno, legato al significato etimologico della parola; se, in altri termini, l'espressione indichi le prestazioni più ridotte che siano ammissibili o se invece si riferisca a quelle che costituiscono l'essenza e, dunque, la sostanza del diritto cui si riferiscono (nella specie, quello alla salute)¹³. E la questione è, appunto, meritevole di attenzione, influenzando sulla ricostruzione più o meno pervasiva della competenza statale in materia.

La giurisprudenza costituzionale, su tale aspetto, sembra a prima vista non offrire affidabili punti di riferimento, utilizzando i due termini (minimi/essenziali) come sostanzialmente equivalenti¹⁴.

Pur tuttavia, al di là dell'uso promiscuo dei vocaboli, la configurazione in chiave fortemente unitaria ed egualitaria che il giudice delle leggi ha dato alla competenza pare, invero, proiettarsi più nell'ambito della seconda ricostruzione che in quella meramente "minimale", attribuendole il ruolo di definire – *rectius*, di contribuire a definire – il contenuto essenziale dei diritti cui si riferisce.

Nel medesimo senso, del resto, depongono anche il significato letterale dell'aggettivo "essenziale"; nonché la prassi delle modalità con cui la competenza in parola è stata esercitata finora, soprattutto con riferimento all'ambito sanitario, nel quale i LEA delineano un sistema ampio e articolato di prestazioni, alle quali sono anche strettamente e normativamente connesse le modalità di finanziamento della spesa sanitaria (sul punto si tornerà più avanti).

Appare, dunque, senz'altro preferibile la lettura dei livelli essenziali non come meramente minimi ma invece idonei a tratteggiare il nucleo irriducibile del diritto¹⁵; il quale può essere esteso

284; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova 2007, 220 ss.

¹² V. le decisioni nn. 282/2002 e 338/2003 citate alla nota precedente.

¹³ Per una approfondita analisi delle varie tesi prospettate nella riflessione scientifica, v. L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano 2005, 106 ss. Cfr. anche E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali ed uniformi"*, cit. 1109 s.

¹⁴ L. CUOCOLO, *Ivi*, 106; E. FRONTONI, *Determinazione dei livelli essenziali*, cit., 168. In sostanza, la Corte costituzionale da un lato parla di "soglia minima uniforme", dall'altro, afferma che la competenza statale garantisce il regime ritenuto "intangibile": così, ad esempio, all'interno della medesima decisione n. 387/2007; cfr. R. BALDUZZI, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in E. CATELANI-G. CERRINA FERONI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 153.

¹⁵ In questo senso, R. BALDUZZI, *Alcune conclusioni*, cit., 151 ss.; ID., *Esiste ancora un servizio sanitario nazionale?*, cit., 31; L. CUOCOLO, *La tutela della salute*, cit., 116, ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit. 112 ss., cui si rimanda anche per la precisazione che il diritto a prestazioni che deriva dall'art. 32 Cost. non si riduce comunque esclusivamente al suo "nucleo essenziale" definito dai LEA. Ammette una incidenza sul contenuto del diritto, ma con la precisazione che le relative "prestazioni" restano

dalle Regioni anche oltre l'essenziale, mediante il riconoscimento di livelli ulteriori per i propri residenti, ma che, anche in mancanza di ciò, risulta concretamente delineato nelle linee fondamentali.

3. *LEA, standard e aspetti organizzativi: il rilievo della leale collaborazione.*

Una ulteriore acquisizione ormai pacifica in materia di determinazione dei LEA è che la competenza statale sul punto possa estendersi anche alla fissazione dei relativi «standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi»¹⁶. In sostanza, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute può spingersi, secondo la giurisprudenza costituzionale, ad indicare non solo le singole prestazioni da garantire ma anche le loro specifiche modalità di erogazione.

L'intensità dell'intervento statale è giustificata, infatti, sulle medesime esigenze di «adeguata uniformità» che sono alla base della competenza statale, la quale, dunque, può ammettere o addirittura richiedere «integrazioni e specificazioni sul versante attuativo dei LEA», al fine di una loro «migliore erogazione»: le relative valutazioni spettano, dunque, allo stesso legislatore statale, al quale «non può essere negata» la possibilità di «una più analitica ed effettiva tutela dei LEA»¹⁷.

Le istanze egualitarie ed unitarie cui tendono i LEA, evidentemente, giustificano significative interferenze con le competenze delle Regioni in materia di «tutela della salute» e con quelle connesse relative agli aspetti organizzativi e di concreto svolgimento del servizio, comprimendo le funzioni legislative e amministrative regionali. Per tale ragione le modalità utilizzate dal legislatore statale per esercitare tale competenza sono state quelle di una predeterminazione per legge di alcune scelte generali, con l'indicazione per la più specifica definizione delle prestazioni di un procedimento che vede il coinvolgimento delle Regioni e Province autonome attraverso la forma più intensa, con la previa intesa raggiunta in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano¹⁸. *Iter* che, secondo le indicazioni

qualcosa di concettualmente distinto, F. BIONDI, *Livelli essenziali delle prestazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano 2006, 3567. Cfr. anche C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Diritto Pubblico*, 894 s.; A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 26 s.; nonché M. BELLETTI, *"Livelli essenziali delle prestazioni" e "contenuto essenziale dei diritti" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino 2004, 181 ss.

¹⁶ Cfr. Corte Cost., sent. n. 134/2006. Su tale decisione v. E. BALBONI-P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Forum costituzionale*, 2006; C. DI SOMMA, *Livelli essenziali di assistenza e leale collaborazione attraverso l'intesa*, ivi, 2006.

¹⁷ I riferimenti testuali sono ancora a Corte Cost., sent. n. 134/2006.

¹⁸ Il procedimento è disciplinato dall'art. 54 della legge n. 289/2002, prevedendo per la determinazione dei LEA e per le loro modifiche un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni. Più di recente, tuttavia, l'art. 1, comma 554, della legge n. 208/2015 è intervenuto a disciplinare nuovamente la definizione e l'aggiornamento dei LEA, senza mutare la scelta di fondo relativa all'intesa: essi, più precisamente, «sono effettuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari». Se, però, la proposta attiene esclusivamente alla modifica degli elenchi di prestazioni erogabili dal SSN ovvero alla individuazione di misure volte ad incrementare l'appropriatezza della loro erogazione e la sua approvazione non comporta ulteriori oneri a carico della finanza pubblica, l'aggiornamento dei LEA è effettuato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il solo parere («sentita») della Conferenza permanente Stato-regioni e delle competenti Commissioni parlamentari (art. 1, comma 559). Sulla base di

della giurisprudenza costituzionale, non può non essere esteso anche a tutte quelle ulteriori indicazioni statali relative a *standard* e modalità di erogazione che siano ritenute necessarie ad integrazione degli stessi LEA¹⁹.

L'esigenza di dare spazio alla leale collaborazione, peraltro, ben si concilia con l'ampio ricorso ad atti regolamentari (o comunque formalmente amministrativi), più adeguati rispetto alla legge formale a realizzare forme di partecipazione regionale²⁰. Ciò rischia, però, di determinare uno svuotamento²¹ della normativa primaria²². Si tratta di un aspetto delicato, rispetto al quale la giurisprudenza costituzionale ha dato una soluzione per certi versi ambigua, che legittima le opzioni espresse dal legislatore statale: da un lato, infatti, affida comunque a questo il ruolo di garantire almeno le linee generali della disciplina, i criteri o principi di individuazione dei livelli essenziali (v. sentt. n. 88/2003 e n. 387/2007), riconoscendo l'esistenza in materia di una riserva di legge relativa²³; dall'altro, però, ha avuto modo di precisare in alcune circostanze che trattandosi di materia altamente tecnica le indicazioni legislative possano essere «limitate» (sent. n. 134/2006). Tale ultima prospettazione appare, invero, non del tutto convincente: la scelta di quelli che sono considerati «livelli essenziali» e, dunque, nucleo irriducibile del diritto alla salute, se pure ha alla base valutazioni di scienza medica con riguardo alla appropriatezza²⁴, è poi opzione, nella scelta tra prestazioni tutte appropriate, con una forte carica di politicità. Per cui la posizione sembra piuttosto

tali previsioni con D.P.C.M. del 12 gennaio 2017 sono stati ridefiniti e aggiornati i LEA, dopo molti anni di attesa (i precedenti risalivano al D.P.C.M. 29 novembre 2001).

¹⁹ Ancora, Corte Cost., sent. n. 134/2006. Resta, però, dubbio se la scelta legislativa sul procedimento per i LEA (alla quale la citata sentenza costituzionale adegua, per ragioni di simmetria, anche quello sui conseguenti *standard* di erogazione) di richiedere l'intesa come forma più forte della leale collaborazione sia costituzionalmente necessitata oppure sia soltanto una opzione di opportunità, che avrebbe potuto legittimamente orientarsi anche verso forme meno intense di collaborazione (quali il parere), comunque necessarie. Non è agevole, nei limiti del presente lavoro, sciogliere del tutto il nodo; ma deve osservarsi che l'integrale ascrivibilità della decisione alla competenza statale di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), potrebbe in effetti far propendere per la soluzione che nega l'esistenza di un vero e proprio vincolo costituzionale nella direzione dell'intesa. In questo senso, cfr. E. BALBONI-P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, cit. Ci si troverebbe in questo caso, in sostanza, nell'ambito del filone giurisprudenziale relativo ai casi di esercizio di competenze statali con "forte incidenza" su ambiti regionali (S. PAJNO, *La cooperazione intergovernativa dopo il fallimento della riforma costituzionale*, in *Amministrazione In Cammino*, 2017).

²⁰ Parla in proposito di una vera e propria «fuga dal parlamento» in ordine alla definizione dei livelli essenziali M. DI FOLCO, *La partecipazione delle autonome territoriali alla determinazione dei livelli essenziali in sanità. Profili sostanziali e procedurali*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali*, cit., 129.

²¹ *Ibidem*

²² Che si presterebbe ad essere, tuttavia, comunque dettata nella forma della delega legislativa.

²³ Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria*, cit., 24 (spec. nt. 20); F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle regioni*, in E. CATELANI-G. CERRINA FERONI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 46; E. BALBONI, *I livelli essenziali e le procedure per la loro determinazione*, in *Le Regioni* 2003, 1187 s.; A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e "livelli essenziali" nelle materie regionali*, in *Le Regioni* 2003, 1213; M. MASSA, *Modelli e strumenti del governo delle politiche sociali a livello nazionale e comunitario*, in P. BIANCHI (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Pisa 2006, 18 s.

²⁴ Anche rispetto a tale ambito, del resto, il rapporto tra discrezionalità legislativa e presupposti scientifici è assai complesso. Sui relativi problemi si rinvia, *ex multis*, a D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 99 ss.

volta ad avallare scelte a favore della normazione secondaria che – come si è accennato – favoriscono la partecipazione del livello regionale²⁵.

4. Livelli essenziali e poteri sostitutivi.

Il forte legame tra competenza statale sui livelli essenziali e istanze unitarie ed egualitarie si coglie anche nella circostanza che la tutela di detti livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali costituisce uno dei presupposti individuati dall'art. 120, comma 2, Cost.²⁶ – come specifico caso di tutela dell'unità giuridica ed economica²⁷ – per l'esercizio da parte del Governo dei poteri sostitutivi nei confronti di Regioni e enti locali²⁸. La previsione induce anche a ritenere – come è stato notato²⁹ – che se la competenza a determinare tali livelli è attribuita allo Stato, la loro tutela è compito che spetta poi a tutti gli enti costitutivi della Repubblica.

È proprio tale previsione costituzionale a legittimare normative quale quella di cui all'art. 4 del d.l. n. 159/2007, che dà al Governo la possibilità di nominare (previa diffida) Commissari *ad acta* per le Regioni inadempienti rispetto alle previsioni dei Piani di rientro per l'intero periodo di vigenza del piano stesso.

In casi come questi, peraltro, si è in diverse occasioni anche giunti alla declaratoria di incostituzionalità di leggi regionali che prevedessero livelli di assistenza sanitaria ulteriori rispetto a quelli essenziali previsti a livello statale, in quanto in contrasto con il piano di rientro e con il principio di coordinamento della finanza pubblica che impone il contenimento della spesa pubblica sanitaria³⁰ e in grado, in sostanza, di mettere a rischio la garanzia dei livelli essenziali determinati uniformemente sull'intero territorio nazionale.

²⁵ La quale potrebbe, invero, realizzarsi anche utilizzando lo strumento, rispettoso della riserva di legge, della delega legislativa, che, tuttavia, costringe il confronto tra Stato e regioni entro i termini di scadenza della delega. Resta, sul piano più generale, la sensazione che, in mancanza di una Camera rappresentativa delle regioni, i problemi della leale collaborazione finiscano per determinare una certa influenza sull'uso del sistema delle fonti.

²⁶ La «stretta correlazione» tra poteri sostitutivi e potestà legislativa statale sui livelli essenziali è evidenziata da B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI-G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano 2002, 90 s. Sulle ipotesi di esercizio del potere sostitutivo previste dal testo costituzionale, cfr. V. TAMBURRINI, *I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario*, Milano 2012, 96 ss.

²⁷ *Ivi*, 101.

²⁸ La saldezza del legame di tali previsioni con l'individuazione di esigenze unitarie ha fatto dire a molti che la tutela dell'unità giuridica ed economica, cui sono ricondotte le garanzie dei livelli essenziali, costituirebbe uno dei principali punti di riemersione dell'interesse nazionale, nonostante la sua formale scomparsa dal testo costituzionale (tra i molti, A. BARBERA, *Scompare l'interesse nazionale?*, in *Forum costituzionale*, 2001; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria*, cit., 23; F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quad. Cost.*, 2002, 90; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 894). Per il rilievo che l'interesse nazionale, nel nuovo quadro costituzionale, rivive sotto una diversa luce, che porta a farlo coincidere con l'interesse costituzionale, della Repubblica, in tutte le sue parti costitutive, v. A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 19.

²⁹ C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali"*, cit., 900; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 134; G.U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni*, in S. GAMBINO (a cura di), *Il "nuovo" ordinamento regionale*, cit., 111 s.

³⁰ In questa direzione si muovono, ad esempio, le decisioni n. 32/2012 e n. 104/2013 (a commento della quale v. M. BELLETTI, *Le Regioni "figlie di un Dio minore". L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientri di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Forum costituzionale*, 2013); sul

Sotto tale aspetto la competenza statale sui LEA finisce per lasciare margini ristretti per la previsione regionale di livelli ulteriori, finendo ulteriormente per improntare in modo unitario il contenuto del diritto alla salute.

5. LEA e sistema di finanziamento.

Già da quanto fin qui ricostruito è emerso sottotraccia, in molti dei casi o degli esempi richiamati, il rilievo fortemente conformativo svolto dal sistema di finanziamento, ulteriore tassello indispensabile per la piena comprensione del tema. Si tratta di un terreno sul quale la forte aspirazione all'uniformità delle prestazioni che permea il sistema costituzionale deve misurarsi con la realtà di ambiti regionali connotati da profonde differenze, anche sul piano economico e sociale, che rendono assai complessi gli interventi volti a colmare tali distanze in un'ottica di eguaglianza sostanziale.

A livello costituzionale non sembrano mancare, invero, gli strumenti in senso unificante. Allo Stato in via esclusiva è attribuita la competenza in materia, oltre che di armonizzazione dei bilanci pubblici, anche di «*perequazione delle risorse finanziarie*» (art. 117 Cost., comma 2, lett. e))³¹: una voce che evidentemente richiama l'unità dell'ordinamento, la solidarietà economica e sociale, l'eguaglianza in senso sostanziale, indicando l'intento di garantire, anche attraverso il riequilibrio delle risorse disponibili per i diversi territori, che i livelli essenziali delle prestazioni relative ad alcuni diritti siano effettivamente erogabili in modo uniforme.

A tali esigenze fa riscontro la disciplina finanziaria di cui all'art. 119 Cost., soprattutto ai commi 3, che si riferisce proprio al fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante, e 5, relativo, invece, alla possibilità di risorse aggiuntive per interventi speciali. Tali previsioni sono collocate, però, in un quadro complessivo di crescente responsabilizzazione delle regioni e degli enti locali, i quali sono chiamati ad esercitare la propria autonomia finanziaria «nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci» e «concorr[endo] ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea» (art. 119, comma 1).

A fronte della valorizzazione dei profili di autonomia finanziaria regionale e locale, deve altresì ricordarsi l'interpretazione particolarmente espansiva a favore dello Stato che la giurisprudenza costituzionale ha dato della ulteriore competenza, invero disegnata come concorrente dal testo dell'art. 117 Cost., in materia di coordinamento della finanza pubblica. Anche tale tassello finisce per condizionare il sistema, attribuendo allo Stato incisivi poteri di intervento³²,

tema, cfr. anche la sentenza n. 219/2013 nella quale la violazione reiterata dei principi di coordinamento della finanza pubblica è riguardata come ipotesi che integra le gravi violazioni che determinano l'applicazione dell'art. 126 Cost.

³¹ Sul rilievo di tale competenza statale e sulla stretta connessione con quella sui LEA, cfr. B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità*, cit., 90. Essa, tuttavia, è stata raramente utilizzata nella giurisprudenza costituzionale: cfr. E. PAPARELLA, *Perequazione delle risorse finanziarie*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117*, cit., 79 ss.

³² R. FINOCCHI GHERSI-A. TARDIOLA, *Il federalismo istituzionale e fiscale e l'assetto di governance del SSN*, in C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI-A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia*, Bologna 2010, 27 s. Sugli orientamenti degli ultimi anni in materia di coordinamento della finanza pubblica, cfr. A. BRANCASI, *Il coordinamento della finanza pubblica nel federalismo fiscale*, in *astrid-online.it*, 2011; M. DI FOLCO, *Coordinamento della finanza pubblica*, in G. GUZZETTA-F.S. MARINI-D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale*, cit., 155 ss.; G. RIVOCCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall'attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, in *issirfa.cnr.it*, 2013; ID., *Armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117*, cit., 375 ss.; M. BELLETTI, *Forme di coordinamento della finanza pubblica e incidenza sulle competenze regionali. Il coordinamento per principi*,

esercitati con ampiezza anche rispetto alla materia sanitaria: su tale base poggia, infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale³³, la legittimità della previsione statale della vincolatività dei piani di rientro, accordi tra lo Stato e le regioni con elevati deficit sanitari per individuare gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico nel rispetto dei LEA³⁴.

Al livello della normazione primaria, gli strumenti finanziari e i relativi meccanismi istituzionali funzionali alla garanzia dei LEA sono previsti dalla legge n. 42/2009, secondo un'architettura ispirata in gran parte proprio all'esperienza delle politiche sanitarie poste in essere a partire dalla riforma del 1999³⁵. Il finanziamento dei livelli essenziali avviene attraverso entrate che possono essere schematicamente ricondotte a tre tipologie: a) il gettito dei tributi delle regioni proveniente dai tributi propri derivati (cioè istituiti e in parte disciplinati dalla legge statale, ma il cui gettito è destinato alle regioni, le quali possono apportare variazioni alle aliquote e disporre esenzioni, detrazioni e deduzioni nei limiti e secondo criteri fissati dalla legislazione statale ed europea), e dall'addizionale regionale all'IRPEF; b) la compartecipazione regionale all'IVA; c) quote specifiche del fondo perequativo, quando il gettito tributario non sia sufficiente³⁶.

Per le prestazioni relative ai livelli ulteriori, non rientranti, dunque, nei LEA, non è, invece, previsto il finanziamento integrale.

Tali meccanismi sono da inquadrare nell'ambito della scelta generale attuata dalla legge n. 42/2009 del superamento, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica, a favore, per i livelli essenziali (e anche per le funzioni fondamentali), di quello del fabbisogno *standard*, legato – in un'ottica di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica³⁷ – all'individuazione di costi *standard*, consistenti in prezzi determinati sulla base di peculiari indicatori e ritenuti mediamente congrui³⁸ e ai quali rapportare il finanziamento integrale della spesa sanitaria³⁹.

Siffatta opzione se, da un lato, mira a garantire la copertura integrale delle spese relative ai livelli essenziali⁴⁰, almeno “sulla carta”⁴¹, dall'altro, costituisce uno degli aspetti più controversi

di dettaglio e “virtuoso”, ovvero nuove declinazioni dell'unità economica e dell'unità giuridica, in issirfa.cnr.it, 2013.

³³ Cfr., tra le altre, sent. 100 e 104/2010 e 163/2011; M. DI FOLCO, *Coordinamento della finanza pubblica*, cit., 162. Rispetto a specifici vincoli in materia di aliquote di tributi statali stabiliti dalla legislazione statale per le regioni in disavanzo, la Corte ha invece individuato il titolo legittimante nella competenza esclusiva in materia di sistema tributario: Corte Cost. sent. n. 193/2007; M. BELLENTANI-L. BUGLIARI ARMENIO, *La logica dei piani di rientro e il difficile equilibrio tra autonomia e responsabilità*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di Diritto Sanitario*, cit., 393.

³⁴ M. BELLENTANI-L. BUGLIARI ARMENIO, *La logica dei piani di rientro*, cit., 393 ss.

³⁵ Per questa osservazione, v. R. FINOCCHI GHERSI-A. TARDIOLA, *Il federalismo istituzionale e fiscale*, cit., 37.

³⁶ Legge n. 42/2009, art. 8, comma 1, lett. d) e g). Per l'indicazione di cosa rientra nella nozione di tributi delle regioni utilizzata nel testo (tributi propri derivati; addizionali sulle basi imponibili dei tributi erariali; tributi propri istituiti dalle regioni con proprie leggi in relazione ai presupposti non già assoggettati ad imposizione erariale), v. art. 7, lett. b) della medesima legge.

³⁷ Art. 2, comma 2, lett. f), legge n. 42/2009.

³⁸ N. VICECONTE, *Il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna 2013, 380 s. nonché 385 s.; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *gruppodipisa.it*, 2012, 33 ss.

³⁹ V. art. 25 d.lgs. n. 68/2011, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 42/2009.

⁴⁰ Cogliendo apprezzabilmente il collegamento tra art. 119 e art. 117, co. 2, lett. m), Cost., come rileva C. TUBERTINI, *Gestioni commissariali e governo del sistema: i nodi irrisolti*, in C. DE VINCENTI-R. FINOCCHI GHERSI-A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia*, cit., 75 s. Osserva che tale scelta limita gli elementi di federalizzazione del sistema B. CARAVITA DI TORITTO, *Salute e federalismo fiscale*, in E. CATELANI-G. CERRINA FERONI-M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, cit., 79.

della normativa, anche in relazione all'attuazione che ha ricevuto ad opera del d.lgs. n. 68/2011, per il problema della credibilità e attendibilità della commisurazione così effettuata⁴². Fra i principali aspetti critici – che sono numerosi e complessi, non ripercorribili integralmente in questa sede – se ne segnala uno in particolare: poiché il fabbisogno sanitario nazionale *standard* è determinato, tra l'altro, «in coerenza con il quadro macroeconomico complessivo e nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria»⁴³ (oltre che «coerentemente» con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei LEA), esso dipende in buona misura da variabili esogene al rilievo dei bisogni, legate piuttosto a scelte politiche⁴⁴. Così, i costi *standard* divengono soltanto criteri di ripartizione delle risorse tra le varie regioni, senza, invece, riuscire ad influire sulla determinazione del loro ammontare complessivo⁴⁵.

Anche rispetto a tale funzione di ripartizione, poi, il criterio dei costi *standard* presta il fianco ad una serie di critiche: ad esempio, il rilievo che la quota *pro capite* è pesata solo in funzione dell'età della popolazione, senza considerare indicatori rilevanti dello svantaggio socioeconomico, quali il c.d. indice di deprivazione sociale, che misura situazioni di carenza o mancanza di risorse materiali e sociali con significativi effetti sui bisogni sanitari⁴⁶.

Insomma, il sistema degli *standard* così determinati presuppone un tetto massimo di risorse che nell'esperienza pratica – per diverse ragioni – non è tale da garantire effettivamente la copertura delle spese affrontate per assicurare i livelli essenziali, almeno in alcune regioni, non riuscendo a superare i divari tra aree diverse del Paese; e ciò rende dunque solo teorica la loro uniformità sul territorio nazionale⁴⁷.

6. La mobilità sanitaria interregionale nel sistema sanitario italiano: la libertà di scelta e gli effetti perequativi.

⁴¹ Si mira, cioè, a dotare l'ente delle risorse astrattamente o “normalmente” sufficiente a coprire i livelli essenziali, mediante una corretta gestione; ma, in caso di cattivo uso delle medesime da parte degli amministratori, la comunità territoriale vedrà non garantite tali prestazioni. Il sistema è disegnato in modo tale che non possano essere finanziate le inefficienze e, dunque, l'autonomia territoriale non sia disgiunta dalla responsabilità. Per queste considerazioni, cfr. F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti*, Napoli 2014, 441 ss.

⁴² Cfr. ancora C. TUBERTINI, *Gestioni commissariali*, cit., 76 s.; N. VICECONTE, *Il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, cit., 386; G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard, un'occasione perduta*, in *Rivista AIC*, 2016; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni*, cit.

⁴³ Art. 26 d.lgs. n. 68/2011; anche art. 25, co. 2, del medesimo testo normativo si ribadisce come il fabbisogno sanitario *standard* sia fissato «compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica e degli obblighi assunti dall'Italia in sede comunitaria».

⁴⁴ Per il rilievo che ciò, in una certa misura, è inevitabile, per l'impraticabilità, dimostrata da molti studi, dei sistemi c.d. *bottom up* (in cui prima si determinano i bisogni della popolazione e poi le relative prestazioni e i costi) v. G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard*, cit., anche per ulteriori riferimenti alle ricerche e ai dati statistici che confermano che non esiste un bisogno di sanità misurabile in assoluto, mostrandosi questo, piuttosto, direttamente legato al PIL. Nei sistemi *top down*, invece, si parte dai vincoli di bilancio per decidere la complessiva spesa sanitaria. Definiscono l'approccio *bottom up* “impossibile e comunque indesiderabile” M. BORDIGNON-N. DIRINDIN, *Costi standard: nome nuovo per vecchi metodi*, in *lavoce.info*, 2010.

⁴⁵ In questo senso, tra gli altri, cfr. N. VICECONTE, *Il finanziamento del Servizio sanitario nazionale*, cit., 386; G. CRISAFI, *Fabbisogni e costi standard*, cit.; M. BORDIGNON-N. DIRINDIN, *Costi standard*, cit.

⁴⁶ M. BORDIGNON-N. DIRINDIN, *Costi standard*, cit.

⁴⁷ E. JORIO, *Un primo esame del d.lgs. 68/2011 sul federalismo regionale e provinciale, nonché sul finanziamento della sanità (... cinque dubbi di incostituzionalità)*, in *Federalismi*, 2011. Il sistema, in sostanza – come osserva B. PEZZINI, *Diritto alla salute e diritto all'assistenza*, cit., 105 – «mantiene intatta la frizione e l'irriducibilità tra diritti sociali, da un lato, e federalismo (o regionalizzazione) dall'altro».

In questo scenario si colloca la mobilità sanitaria in Italia (interregionale o anche solo infraregionale), consistente nella possibilità di ricevere cure o altre prestazioni a carico del servizio sanitario anche al di fuori all'area di competenza territoriale della Asl di residenza.

Naturalmente tale fenomeno – che qui interessa soprattutto per il suo livello interregionale – può avere caratteri vari, differenziandosi riguardo alle motivazioni, alla distanza e ad altri fattori e prestandosi ad analisi distinte. Tra le classificazioni più rilevanti ai nostri fini vi è senz'altro quella tra mobilità c.d. *fittizia*, che dipende dalla circostanza che il soggetto dimori o si trovi per altre ragioni (lavoro, vacanza, ecc.) in un luogo diverso da quello di residenza, e quella c.d. *elettiva*, che è invece il frutto di una precisa scelta. In tale categoria, a sua volta, va segnalata la differenza tra le forme di mobilità di prossimità, tra regioni confinanti, generalmente legate a prestazioni di scarsa complessità e senza ricoveri, e quella di lunga distanza, che è invece per lo più per cure importanti⁴⁸.

Il fenomeno trova un proprio fondamento sia nel riconoscimento del diritto alle cure su tutto il territorio nazionale e nel carattere universale del servizio, sia, soprattutto nel caso della mobilità elettiva, nel principio della libertà di scelta del paziente del luogo e della struttura di cura; principio che ha a sua volta le sue radici nella configurazione costituzionale del diritto alla salute, situandosi al crocevia tra il diritto a ricevere cure che discende dal primo comma dell'art. 32 Cost. e il diritto alla scelta terapeutica come aspetto della libertà riconosciuta dal secondo comma. La giurisprudenza costituzionale ha, in effetti, tratto dalla disciplina contenuta nel predetto articolo – sulla base evidentemente di una lettura sistematica dei suoi due commi⁴⁹ – il «diritto alla libertà di scelta del luogo della cura in tutto il territorio nazionale» che, però, non ha carattere assoluto «dovendo essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, anche in considerazione dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili» (Corte Cost., sent. n. 236/2012⁵⁰; n. 248/2011)⁵¹. La libertà di scelta da parte dell'assistito, del resto, è riconosciuta anche in pronunce

⁴⁸ Sulle diverse caratteristiche di tali forme di mobilità, cfr. C. ZOCCHETTI, *Definizione della mobilità sanitaria*, in *La mobilità sanitaria. Quaderni di Monitor n. 9*, Trimestrale dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, Roma 2012, 13 ss.; A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, cit., 363.

⁴⁹ Il riferimento comunemente fatto in dottrina al secondo comma dell'art. 32 Cost. come norma di riferimento per la mobilità sanitaria è, infatti, appropriato, ma non sembra poter essere considerato come esclusivo. In effetti, viene qui in rilievo non già soltanto l'opzione libera se ricevere o no il trattamento e con quali modalità, ma piuttosto la possibilità di scelta su luogo, professionista, ecc. nel momento in cui si richiede al servizio sanitario una prestazione (gratuita o semi-gratuita), esercitando il diritto alle cure positivamente previsto dal primo comma. Non può, invece, condividersi l'indicazione data da alcuni Autori (cfr. A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, cit., 363; C. TUBERTINI, *La mobilità sanitaria: potenzialità e limiti nella prospettiva della piena tutela del diritto alla salute*, in L.P. TRONCONI (a cura di), *Unione europea e diritti alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, Rimini 2016, 118) dell'art. 13, comma 1, Cost. come ulteriore fondamento costituzionale della mobilità sanitaria. Si ritiene, infatti, di dover ricostruire la libertà personale – secondo gli insegnamenti di autorevole dottrina (v. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, 1958, oggi in ID., *Diritto costituzionale vivente*, Milano 1992, 172, nota 109; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino 1991, 200 s.; A. PACE, *Problematica della libertà costituzionali*, Padova 1992, 175 ss.), prevalentemente condivisi anche dalla giurisprudenza costituzionale – come diritto che si colloca nella tradizione dell'*habeas corpus*, attinente alla sfera fisica del soggetto, a tutela del medesimo dai provvedimenti di natura coercitiva; una sfera di garanzia che resta del tutto estranea al tema della libertà di scelta del luogo di cura.

⁵⁰ A commento di tale decisione v. P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti*, in *Federalismi.it*, 2014.

⁵¹ Di «libera scelta del luogo di cura e dei professionisti» parla anche espressamente l'art. 8-bis, comma 2, d.lgs. n. 502/1992 (come modificato dal d.lgs. n. 229/1999).

meno recenti (v. Corte Cost., sent. n. 416/1995), e va letta alla luce della precisazione che essa non comporta anche una libertà sull'*an* e sull'esigenza delle prestazioni, aspetti sempre soggetti alla verifica del servizio sanitario nazionale, tramite la richiesta di apposita prescrizione.

Tale libera opzione riguarda, tuttavia, soltanto le prestazioni rientranti nei LEA. E, a prima vista, si inserisce in modo del tutto armonioso in un sistema connotato da una forte omogeneità quanto a livelli essenziali, corrispondenti al nucleo irriducibile del diritto e tali da individuare sia la tipologia delle prestazioni sia una serie di *standard* qualitativi e quantitativi delle medesime.

Tuttavia, come si è anticipato nel paragrafo precedente, l'eterogeneità delle aree geografiche del Paese e le difficoltà di ordine economico, sociale e organizzativo presenti in alcune regioni costituiscono un ostacolo concreto per l'aspirazione all'uniformità connotante la normativa, che il sistema di finanziamento dei LEA non riesce a superare, sicché non può dirsi realizzata una effettiva uguaglianza sostanziale su tutto il territorio, almeno rispetto alle modalità e qualità di erogazione delle prestazioni⁵².

Così, la mobilità sanitaria finisce per costituire non soltanto una manifestazione della libertà di scelta del singolo, ma anche, per alcuni versi, un fattore perequativo, uno strumento di rafforzamento della ricerca di uniformità⁵³, che consente anche a coloro che risiedono nelle aree con maggiori criticità di accedere al servizio sanitario di altre zone, nelle quali i livelli essenziali siano supportati da risorse più adeguate o meglio gestite e le modalità di erogazione dei servizi sanitari siano soddisfacenti e qualitativamente più elevate o più tempestive⁵⁴. Finisce, più precisamente, per avere un effetto compensativo delle diseguaglianze che non si riescono a colmare. E dunque, sotto tale profilo, per trovare una base costituzionale ulteriore nel principio di eguaglianza, formale e sostanziale, di cui all'art. 3 Cost.

Si tratta, però, di una soluzione che non può considerarsi del tutto soddisfacente, per più di una ragione. A parte l'ovvia considerazione del maggiore disagio e dei costi da affrontare per chi sia costretto a spostarsi per motivi di cura o di diagnosi, la richiesta di prestazioni in una regione diversa da quella di residenza non è affatto neutra né irrilevante dal punto di vista economico e pone significativi problemi con riferimento alla distribuzione delle risorse, specialmente nel caso della mobilità interregionale.

Essendo, infatti, i finanziamenti distribuiti territorialmente sulla base di quote *pro capite* per cittadino residente, si pone la necessità di creare compensazioni economiche per le prestazioni rese dal servizio sanitario di una regione diversa da quella che ha ricevuto il finanziamento per il proprio residente. Si tratta di un aspetto assai delicato, sia perché l'operazione è già in sé piuttosto complessa, dovendosi elaborare criteri accettabili per i relativi calcoli; sia per le conseguenze svantaggiose che essa comporta per la regione di provenienza del paziente, che subisce una perdita economica in termini di mancato pieno utilizzo di strutture e personale oltre alle relative difficoltà nella programmazione in vista di un servizio efficiente.

In effetti, la mobilità sanitaria costituisce una voce estremamente rilevante per il bilancio regionale dei servizi sanitari, con somme ingenti ricevute dalle regioni con più elevata mobilità in

⁵² Va segnalata, peraltro, anche una certa difformità nel modo di intendere la stessa individuazione dei LEA, per cui sotto diversi profili (regole di compartecipazione alla spesa o regole di esenzione, nomenclatori ambulatoriali diversi, ecc.) mettono a rischio l'effettiva uniformità del sistema anche con riferimento alle prestazioni in sé, al "cosa" viene erogato: così, C. ZOCCHETTI, *Definizione della mobilità sanitaria*, cit. 14 s.

⁵³ A. PITINO, *La mobilità sanitaria*, cit., 363.

⁵⁴ Le differenze caratterizzano in gran parte le aree del Mezzogiorno, con indicatori di salute meno favorevoli e, ciononostante, con accessibilità e qualità delle cure inferiori ad altre regioni del Paese, soprattutto nel nord: tra i molti, cfr. G. COSTA-C. CISLAGHI, *Viaggiare per la salute: un fenomeno poco studiato*, in *La mobilità sanitaria. Quaderni di Monitor*, cit., 9 s.

entrata (c.d. mobilità attiva) e a carico delle regioni con mobilità in uscita (mobilità passiva)⁵⁵. Con la conseguenza che, poiché la mobilità è normalmente verso le regioni con servizi migliori e conti in positivo e proviene soprattutto dalle regioni con maggiori deficit e difficoltà ad assicurare l'effettività dei LEA, il sistema delle compensazioni economiche, costituendo un ulteriore onere economico per i servizi regionali già in difficoltà, finisce col rendere più difficoltoso il loro risanamento ed aggravare il divario con le regioni "virtuose"; ha mostrato, infatti, di operare a fatica quel meccanismo "concorrenziale" che, nel disegno normativo, dovrebbe stimolare una migliore gestione delle risorse per creare un'offerta più attrattiva nelle aree a più alta mobilità passiva⁵⁶.

Per cui il meccanismo della mobilità sanitaria conduce a esiti per certi versi paradossali, poiché se da un lato garantisce maggiori opportunità ed uguaglianza a livello nazionale ai singoli pazienti, finisce dall'altro per rendere più profonda la disuguaglianza dei servizi sanitari.

Di qui i tentativi, che si registrano numerosi, di regolare il fenomeno, trovando un equilibrio tra le esigenze in gioco, o addirittura di ostacolarlo o impedirlo, discutibilmente sacrificando la libertà di scelta del singolo alle problematiche organizzative ed economiche dei servizi sanitari regionali.

Della prima tendenza sono espressione quelle norme volte a trovare metodi condivisi di fissazione delle compensazioni o altre strategie comuni, con accordi specifici ulteriori tra regioni. Ci si riferisce, ad esempio, al comma 8 dell'art. 8-*sexies* d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.: «il Ministro della sanità, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'Agenzia per i servizi sanitari regionali, con apposito decreto, definisce i criteri generali per la compensazione dell'assistenza prestata a cittadini in regioni diverse da quelle di residenza. Nell'ambito di tali criteri, le regioni possono stabilire specifiche intese e concordare politiche tariffarie, anche al fine di favorire il pieno utilizzo delle strutture e l'autosufficienza di ciascuna regione, nonché l'impiego efficiente delle strutture che esercitano funzioni a valenza interregionale e nazionale»⁵⁷.

A tale filone è, tutto sommato, ascrivibile anche la previsione (art. 8-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.) che ha limitato la libertà di scelta dei cittadini nei confronti dei soggetti accreditati, limitandola a quelli che abbiano definito appositi accordi contrattuali con le regioni (definiti ai sensi del successivo art. 8-*quinquies*). In questo caso, la scelta coinvolge i rapporti tra strutture non necessariamente dislocate diversamente sul territorio, ma piuttosto pubbliche o private. Tema sul quale, dopo un periodo di forte apertura con il sistema del solo accreditamento

⁵⁵ Per avere un'idea dell'ordine di grandezza si consideri che nel 2016 l'ammontare totale delle compensazioni legate alla mobilità sanitaria interregionale in Italia è stato di circa 3,9 miliardi di euro. Tra le regioni con saldi attivi più elevati, troviamo la Lombardia, con oltre 538 milioni, ma anche Emilia-Romagna (333 milioni) e Toscana (135 milioni); tra quelle viceversa con più alti saldi negativi, la Campania (-281 milioni) e la Calabria (-256 milioni). Le cifre sono tratte dal sito www.quotidianosanita.it. Per altri dati meno recenti (in particolare, anni 2004 e 2009), v. O. CHECCONI, *Il quadro italiano della mobilità regionale*, in *La mobilità sanitaria. Quaderni di Monitor*, 38 ss.: si deve, peraltro, rilevare che anche in tali anni tra le regioni con maggiori saldi positivi troviamo Lombardia ed Emilia-Romagna, e i saldi passivi più significativi sono soprattutto nelle regioni del sud (Campania, Calabria, Sicilia). A tale studio si fa rinvio anche per altri dati interessanti quali quelli relativi al peso della mobilità di confine.

⁵⁶ Sul mancato funzionamento di tale meccanismo e anche per l'indicazione di alcune possibili ragioni, v. G. FATTORE, *La mobilità sanitaria nel breve e nel lungo periodo*, in *La mobilità sanitaria. Quaderni di Monitor*, cit., 25 ss.

⁵⁷ A ciò va aggiunta l'incentivazione di accordi tra regioni di confine prevista, ad esempio, nel Patto per la Salute 2010-2012, all'art. 19; la mobilità di confine pone infatti peculiari problemi, tra i quali il rischio di un eccesso di offerta che determini mancanza di appropriatezza per alcune prestazioni non complesse; per rilievi in questo senso, v. G. ZUCATELLI, *La mobilità sanitaria: un fenomeno da governare*, in *La mobilità sanitaria. Quaderni di Monitor*, cit., 5 ss.

(previsto dal d.lgs. n. 502/1992 nel suo testo originario), in una logica di parificazione e concorrenzialità, è poi prevalsa, con la riforma del d.lgs. n. 229/1999, una impostazione più attenta alle esigenze programmatiche, attraverso il ricorso agli accordi contrattuali sopra richiamati per la definizione di obiettivi, volumi massimi delle prestazioni erogabili e loro corrispettivi⁵⁸.

Alla seconda tendenza vanno invece ricondotti quegli atti con i quali singole regioni hanno unilateralmente posto limitazioni o impedimenti alla mobilità.

È il controverso caso di quanto fatto nel 2013 dal Commissario *ad acta* per il piano di rientro della Regione Campania, con un decreto che subordinava ad autorizzazione preventiva la mobilità dei propri residenti verso strutture e professionisti accreditati in regioni limitrofe per alcune prestazioni.

Il giudice amministrativo, chiamato in sede di impugnazione a verificare la legittimità di tale atto, lo ha in primo grado annullato⁵⁹, ritenendo che le norme vigenti in materia (art. 8-*sexies* e 12 d.lgs. n. 502/1999 e art. 19 Patto per la Salute 2010-2012) escludessero la possibilità per una regione di limitare unilateralmente la propria mobilità passiva, influenzando così su quella di altre regioni; in appello, tuttavia, il Consiglio di Stato⁶⁰ ha adottato una diversa lettura del quadro normativo, sottolineando il raccordo necessario tra tutela del diritto alla salute e esigenze di razionalizzazione della spesa sanitaria, che impongono di considerare il rilievo sul piano economico dei rimborsi a consuntivo per le prestazioni effettuate extra regione, soprattutto per le regioni commissariate e già in difficoltà. Rintraccia così indicazioni normative (tra cui lo stesso allegato B al Patto per la Salute 2010-2012, che individua prestazioni ad alto rischio di non appropriatezza in regime di degenza ordinaria) che consentirebbero, per evitare riflessi negativi sul deficit, di introdurre autorizzazioni per la mobilità riferita a prestazioni di bassa complessità e ad alto rischio di inappropriatezza; ulteriormente argomentando circa l'ordinaria sindacabilità dei singoli provvedimenti relativi all'autorizzazione, che non può essere negata al ricorrere di alcuni presupposti (ad esempio, se nella regione di provenienza non vi siano strutture adeguate, o tempi di attesa compatibili con l'urgenza e la gravità del caso; o se il cittadino sia già residente fuori regione).

L'adesione a siffatta impostazione non può tuttavia essere piena⁶¹; se, infatti, il provvedimento, nel caso di specie, era obiettivamente limitato soltanto ad alcune prestazioni non complesse e sospettate di inappropriatezza, desta comunque perplessità l'affermazione del principio della possibile limitazione unilaterale della mobilità per garantire l'equilibrio finanziario di alcuni sistemi regionali, sotto il profilo non solo della libertà di scelta del paziente (espressione del diritto alla salute) e dell'universalità del servizio, ma anche del principio costituzionale di eguaglianza (formale e sostanziale), avendo tale meccanismo, come si è visto, funzione di compensazione per la obiettiva concreta mancanza di uniformità del sistema sanitario. Certamente, la possibile non appropriatezza delle prestazioni costituisce un legittimo limite alla loro erogazione a carico delle finanze pubbliche⁶², ma ciò dovrebbe valere per l'intero sistema sanitario nazionale, ivi compresa la

⁵⁸ Su tale impostazione, cfr. sent. Corte Cost. n. 200/2005; 387/2007; 248/2011.

⁵⁹ TAR Campania, Sez. I, sentt. nn. 3147 e 3525 del 2013.

⁶⁰ Cons. St., sez. III, sent. n. 296 del 2014; la quale cita a sua volta come precedenti le decisioni della medesima sezione, nn. 498 e 499 del 2012.

⁶¹ Dubbi sono manifestati, soprattutto sotto il profilo dell'opportunità di simili misure, da C. TUBERTINI, *La mobilità sanitaria*, cit., 133; sul piano, invece, della legittimità, v. S. MABELLINI-V. TAMBURRINI, *La migrazione sanitaria*, cit.

⁶² Il rilievo di tale aspetto relativo trova in qualche modo conferma dalla presenza negli Accordi interregionali per la compensazione della mobilità sanitaria degli ultimi anni, approvati in Conferenza Stato-Regioni (v. quello del 2013 relativo all'anno 2012 e quello del 2017 relativo agli anni 2014, 2015 e 2016) contenenti dettagliati sistemi di indicatori per la verifica dell'appropriatezza delle attività di ricovero

regione di residenza; dunque, i problemi relativi alla inadeguatezza delle prescrizioni e agli abusi nell'impiego delle risorse pubbliche destinate alla sanità sono certamente degni della più grande attenzione, ma sembrerebbero dover trovare soluzione con altri strumenti, di portata più generale.

7. *La mobilità sanitaria in UE e i suoi limiti: il “dove”, senza il “cosa”. Un approccio coerente con l'art. 35 della Carta Dir. UE.*

Rispetto a tale quadro, il sistema di mobilità sanitaria in via di evoluzione e consolidamento a livello europeo – i cui riferimenti normativi sono oggi la Direttiva 2011/24/UE e il Regolamento 883/2004/CEE⁶³ – appare proiettarsi in una logica completamente diversa.

Benché, in effetti, la possibilità per il paziente di ricevere prestazioni sanitarie in tutti gli stati membri dell'UE porti nello spazio europeo il principio di libera scelta rispetto al luogo e alla struttura, manca però qualsiasi tentativo di uniformare “cosa” si possa avere, indicando prestazioni che spettino a tutti i cittadini dell'UE e individuino così quale sia il contenuto “essenziale” – o almeno quello “minimo” – del relativo diritto a ricevere cure.

Il principio, per il rimborso dei costi, è proprio quello che l'assistenza sanitaria in questione sia «compresa tra le prestazioni cui la persona assicurata ha diritto nello Stato membro di affiliazione» (art. 7, co. 1, Dir. 2011/24); analoga norma, peraltro, è contenuta anche nell'art. 20, co. 2, Reg. 883/2004, che disciplina solo indirettamente il tema della mobilità, occupandosi piuttosto della tutela del lavoratore, ma anche del dimorante temporaneo, del pensionato, del disoccupato, fino a coprire il caso di spostamento in altro Stato membro per ricevere prestazioni⁶⁴, laddove si precisa che, in tale ultima eventualità, l'autorizzazione «è concessa qualora le cure di cui si tratta figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato».

Una timida apertura all'idea di una consistenza minima del diritto traspare, invero, talora: ad esempio, con riferimento al diverso caso delle prestazioni garantite a chi già dimori in uno Stato membro diverso da quello competente, si prevede che la persona assicurata e i suoi familiari abbiano diritto «alle prestazioni in natura che si rendono *necessarie* sotto il profilo medico nel corso della dimora, tenuto conto della natura delle prestazioni e della durata prevista della dimora»⁶⁵ (art. 19, co. 1, Reg. 883/2004; corsivo nostro). Sembra qui emergere l'aspirazione a una valutazione unitaria di quali siano le cure necessarie; la quale, però, fa i conti con una serie di limiti che in qualche modo la vanificano, tra i quali spicca l'assoluta vaghezza del riferimento, in mancanza di modalità o procedimenti per la loro individuazione; ma anche l'approccio del tutto minimale, che esclude comunque alcune prestazioni richiedendo comunque un «accordo preventivo» tra la persona interessata e l'istituzione che presta le cure (co. 2).

L'essenza della pretesa, dunque, è lasciata al diritto nazionale, accettando il rischio di difformità anche notevoli, che comportino una condizione diseguale dei cittadini europei: chi

ospedaliero ai fini dei calcoli di compensazione per la mobilità, con possibilità per le Regioni di contestare ricoveri potenzialmente inappropriati.

⁶³ Sul loro contenuto e sulle differenze tra l'uno e l'altro, cfr. C. GIUNTA, *La direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera nell'UE*, cit.

⁶⁴ Sull'inquadramento del Regolamento 883/2004 rispetto al tema della mobilità sanitaria si deve fare ancora rinvio a C. GIUNTA, *La direttiva*, cit.

⁶⁵ Sull'inserimento di tale riferimento, già con il Reg. 631/2004, che ha modificato il Reg. 1408/1971, poi confluito appunto nel Reg. 883/2004, in luogo di quello, previgente, alle sole prestazioni «immediatamente necessarie», cfr. F. MAURANO, *Il diritto alla salute nelle politiche comunitarie di sanità pubblica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Torino 2009, 360 s. Cfr. anche C. GIUNTA, *La direttiva*, cit.

proviene da uno Stato con una ampia garanzia di prestazioni assicurate porterà con sé tale dotazione anche spostandosi in altri Paesi dell'Unione e viceversa chi non veda una certa prestazione erogata nel proprio stato membro, non potrà pensare di vedersela rimborsata nemmeno nel resto dell'Unione.

Ciò è in effetti coerente con la configurazione che tale diritto riceve in ambito UE anche a livello di diritto primario, nella Carta dei diritti fondamentali: l'art. 35 garantisce, infatti, il diritto di ogni individuo⁶⁶ di «accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali». Esso viene riconosciuto, ma si rimettono le condizioni della sua attuazione ai singoli Stati nazionali⁶⁷, senza che vi sia alcun congegno atto a garantire un minimo comun denominatore riguardo alle prestazioni assicurate⁶⁸.

Se, dunque, è vero che nella costruzione ordinamentale europea gli Stati rimangono «terminali privilegiati delle istanze di protezione sociale, e luoghi politici principali di selezione e di governo delle domande di uguaglianza»⁶⁹, anche per la loro capacità di imposizione fiscale e contributiva⁷⁰, ciò è particolarmente concreto e tangibile nella disciplina appena richiamata del diritto alle prestazioni sanitarie. Mentre occorre riconoscere che per alcuni altri diritti sociali, affiora nella Carta almeno il tentativo di ancorarli (anche) ad una possibile disciplina comune europea⁷¹, o

⁶⁶ Il profilo soggettivo manifesta un'opzione per un approccio universalistico ai diritti sociali che superi i confini della cittadinanza (valorizza questo aspetto D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003, 355 s.); tuttavia, anche sotto tale profilo, il rinvio alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali (v. poco più avanti, nel testo) rischia di ridurre molto la portata del rilievo, restando in capo alle normazioni nazionali il compito di fissare anche, si direbbe, le condizioni soggettive di titolarità del diritto.

⁶⁷ Per l'individuazione di tale aspetto come uno dei punti più critici della Carta dei diritti dell'UE, cfr., tra gli altri, L. CASTELLI, *Lo stato sociale nel disegno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. BALDUZZI-G. DI GASPARRE (a cura di), *Sanità e assistenza*, cit., 130. Sull'art. 35 della Carta, v. anche A. DI CARLO, *L'Unione europea e il settore dei servizi sanitari: vecchi e nuovi modelli di governance a confronto*, in E. ROSSI-V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa 2013, 365.

⁶⁸ Sull'importanza dell'introduzione di una disciplina euro-unitaria dei livelli essenziali delle prestazioni – come problema relativo a tutti i diritti sociali – v. U. ALLEGRETTI, *I diritti sociali*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova 2007, 411 s.; nonché, nello stesso volume, anche S. PANUNZIO, *Intervento*, 422 s.

⁶⁹ A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel "processo" costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. I, III tomo, Napoli 2002, 873. Peraltro, anche con riguardo alle dinamiche interne rispetto alle comunità politiche infrastatali (in Italia regioni e enti locali), come le vicende del settore sanitario sopra analizzate in qualche modo confermano, la crisi economica dell'ultimo decennio ha comportato un rafforzamento della preminenza del ruolo dello Stato nella adozione delle politiche sociali: cfr., tra gli altri, P. VIPIANA, *Le ripercussioni della crisi economica sull'assetto delle autonomie in Italia: un ritorno all'accentramento*, in ID. (a cura di), *Tendente centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell'Europa in crisi*, Torino 2014, 32 ss.

⁷⁰ Cfr. P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione Europea*, in *giurcost.org*, 2008. Sul rilievo decisivo che la disponibilità finanziaria gioca rispetto all'ancoramento agli Stati dei diritti sociali, v. anche A. D'ATENA, *Intervento* e F. SORRENTINO, *Intervento*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti*, cit., 418 s.

⁷¹ A titolo di esempio, si veda il diritto alle prestazioni di sicurezza e assistenza sociale di cui all'art. 25 («l'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali.// Ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno

comunque di offrire una garanzia di principio, formulata in termini assoluti, di livello europeo⁷²; pur senza che ciò riesca di per sé ad emancipare del tutto anche tali diritti dalla valutazione complessiva del ruolo degli Stati come «signori della solidarietà»⁷³, essendo comunque in massima parte rimessa ad essi, nel quadro delle competenze, l'attuazione di tali principi⁷⁴.

8. *I limiti del sistema competenziale dell'UE e la difficile affermazione di una tutela piena dei diritti sociali nell'ordinamento UE.*

Il diritto sociale alla salute, dunque, è definito nel suo concreto contenuto da ciascuno Stato membro, e potrà poi “vivere” nello spazio europeo, senza subire restrizioni, in un'ottica di libera circolazione, ma non riceve alcuna conformazione in senso egualitario; manca la pretesa di uniformità.

Resta da chiedersi se ciò sia dovuto al disinteresse dell'ordinamento europeo per tale aspetto, concentrando esso l'attenzione e i riferimenti valoriali esclusivamente sul libero mercato concorrenziale, sulla libera circolazione e sulla stabilità economica, in un'ottica liberista cui la

dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali *conformemente al diritto comunitario* e alle legislazioni e prassi nazionali.// Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo *le modalità stabilite dal diritto comunitario* e le legislazioni e prassi nazionali); oppure alcuni diritti connessi al mondo del lavoro, come quello dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa di cui all'art. 27 («Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni *previsti dal diritto comunitario* e dalle legislazioni e prassi nazionali); o alla tutela contro il licenziamento ingiustificato di cui all'art. 30 («Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, *conformemente al diritto comunitario* e alle legislazioni e prassi nazionali»).

⁷² Si vedano, sempre a titolo di esempio – e limitandoci ai soli diritti sociali in senso proprio, quelli a prestazione, senza considerare quelli relativi alla non discriminazione (secondo l'impostazione più attenta su cui richiama l'attenzione M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, 385) – l'art. 25 sui diritti degli anziani («L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale»), o l'art. 26 su quelli dei disabili («L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»); l'art. 29 sul diritto di accesso a servizi di collocamento gratuito («Ogni individuo ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito»); l'art. 31 sulle condizioni di lavoro («Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose.// Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite»).

⁷³ L'efficace espressione è di G. BRONZINI, *L'Europa dei diritti dopo la Convenzione*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2003, il quale rileva, in una prospettiva storica ampia, che dalla fine dell'Ottocento «gli stati sono non solo “signori” dei trattati internazionali, ma anche “signori” della solidarietà». V. anche ID., *Le politiche europee*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Bagno a Ripoli 2012, 346.

⁷⁴ Deve, comunque, rilevarsi che il loro inserimento nella Carta come veri e propri diritti, sia pure con i limiti ed i problemi indicati nel testo, sembra dare alle relative posizioni giuridiche una consistenza che le emancipa dalla condizione di meri “riflessi” degli obiettivi e degli interessi dell'Unione, secondo la nota ricostruzione di M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 379. Sul rilievo della «cultura» dei diritti espressa dalla Carta, anche sul problematico tema dell'attenzione alla rimozione degli squilibri economico-sociali, cfr. anche P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in P. COSTANZO (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova 2002, 23 ss.

tutela dei diritti sociali resta estranea; o se le ragioni di fondo siano più complesse e legate per lo più alla carenza degli strumenti.

Per quanto rileva in questa sede, nella quale non si possono approfondire i complessi sviluppi storici della questione, non si può fare a meno di notare che oggi, nel diritto primario dell'Unione, non mancano affatto, soprattutto all'interno degli artt. 2 e 3 del TUE, oltre che nella Carta dei Diritti fondamentali, e negli artt. da 8 a 12 del TFUE, le indicazioni di segno solidaristico, indirizzate al raggiungimento della giustizia sociale⁷⁵, le quali pongono come scopi dell'Unione una serie di finalità tipiche del modello di *welfare*: giustizia, solidarietà, progresso sociale, lotta contro l'esclusione sociale.

Il problema della mancanza di meccanismi uniformanti nella disciplina europea della mobilità sanitaria pare, dunque, da ricondurre non tanto al piano degli obiettivi, quanto piuttosto a quello degli strumenti per la loro realizzazione, a livello dei quali si riscontrano invece serie carenze, che spiegano la limitata prospettiva europea in materia di salute, ostacolando l'accesso a impostazioni più ambiziose.

In particolare, viene in primo piano l'insufficienza del quadro competenziale in capo all'UE.

Il TFUE le attribuisce, infatti, per la «tutela e il miglioramento della salute umana» una competenza soltanto complementare (o di sostegno), limitata, cioè, ad azioni volte a «sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri» (art. 2, par. 5, e art. 6, lett. a))⁷⁶, mentre una competenza concorrente esiste solo nel limitato e peculiare ambito – evidentemente non rilevante rispetto al tema qui in esame – dei «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica» per gli aspetti definiti dal Trattato (art. 4, lett. k))⁷⁷.

A tali previsioni fa riscontro, con carattere più specifico, l'art. 168 TFUE, dedicato alla «sanità pubblica», che si apre con l'ampio e trasversale principio secondo il quale «nella definizione

⁷⁵ Ricordando solo le più evidenti, si va dal riconoscimento della valenza fondativa di valori comuni quali la dignità e l'uguaglianza, in una società caratterizzata, tra l'altro, dalla «giustizia» e dalla «solidarietà» (art. 2), all'indicazione tra gli scopi dell'Unione della promozione del «benessere» dei suoi popoli (art. 3, n. 1), all'impegno per lo sviluppo «sostenibile» basato su «un'economia sociale di mercato» «che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», fino alla esplicita affermazione che l'Unione «combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore» (art. 3 n. 3). Anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE – come si è visto sopra alle note 71 e 72 – molte sono le norme volte a garantire diritti di natura sociale, soprattutto (ma non solo) nell'ambito del settore del lavoro. Cfr. G. BRONZINI, *Le politiche europee*, cit., 343 ss.; P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali*, cit.

⁷⁶ Nell'ambito di questo tipo di competenza possono essere adottati atti giuridicamente vincolanti dall'Unione, ma questi «non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art.2, par. 5, secondo periodo).

⁷⁷ A meno di non voler affermare una competenza concorrente in materia di protezione della salute umana a partire dall'impegno trasversale di cui al primo paragrafo dell'art. 168 TFUE (v. subito *infra*, nel testo), considerando l'ambito come una vera e propria materia (da qualificare come concorrente in virtù della generale previsione dell'art. 4, par. 1), facendo leva anche sulla voce espressa di cui alla lettera b) dell'art. 4 relativa alla «politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato» (così L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*, 379 e A. PITINO, *L.E.A. e tutela della salute nel diritto comunitario originario*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza*, cit., 298). Si tratta, però, di una interpretazione non del tutto convincente sul piano sistematico, in ragione della presenza nell'art. 4 di una voce *ad hoc* di competenza concorrente relativa a singoli e puntuali aspetti in materia di sanità pubblica (la lett. k) citata nel testo) e, soprattutto, del successivo art. 6, che prevede una competenza complementare (richiamata anch'esso nel testo); oltre che delle specificazioni contenute nel successivo art. 168, che esplicita le particolari voci di competenza concorrente su problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica (punto 4), chiarendo che tali casi si collocano «in deroga all'articolo 2 paragrafo 5 e all'articolo 6 lettera a), e in conformità dell'articolo 4, paragrafo 2, lettera k)».

e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana» (par. 1; la norma è testualmente ripresa anche dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE); prevede che l'azione dell'UE che completa le politiche nazionali si indirizza, tra l'altro, al «miglioramento della sanità pubblica» (par. 1, secondo periodo) e che «l'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri nei settori di cui al presente articolo e, ove necessario, appoggia la loro azione» (par. 2).

Ma poi puntualizza che l'azione dell'Unione «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», precisando che le «responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate» (par. 7), con esplicita e puntuale esclusione dal proprio raggio di azione dei due fondamentali aspetti della gestione e delle risorse. Rispetto a tali ambiti, in sostanza, il Trattato pone una sorta di riserva di competenza statale che limita fortemente i margini di intervento dell'Unione.

Tale ridotto spettro di competenze euro-unitarie è a sua volta giustificato da diverse ragioni, tra le quali si ritiene di poter individuare almeno due gruppi di fattori.

In primo luogo, vi sono gli specifici ed elevati costi che l'organizzazione del sistema sanitario (comunque lo si voglia costruire) comporta, per sostenere i quali occorrono gli strumenti della leva fiscale e contributiva, nella esclusiva disponibilità degli Stati⁷⁸. Il potere di imporre prestazioni patrimoniali ai cittadini e di organizzare con le relative risorse servizi di valenza sociale come il sistema sanitario resta saldamente nelle mani degli Stati, che si mostrano particolarmente restii ad accettare limitazioni della sovranità in questo campo. Del resto, nell'ordinamento europeo sono questi ultimi a detenere tuttora, come è noto, la *kompetenz-kompetenz*, attraverso il monopolio del potere di modifica dei Trattati⁷⁹. È assai arduo, quindi, ipotizzare un'inversione di rotta, con la rinuncia da parte degli Stati alla intestazione esclusiva o comunque largamente prevalente delle politiche redistributive, potendo per essi sorgere il timore sia di essere costretti a impegni economici troppo elevati, sia di perdere il consenso politico assicurato dalla gestione dei servizi di valenza sociale e di protezione⁸⁰, connesso all'esercizio del potere di esprimere le scelte allocative e redistributive delle risorse.

In secondo luogo, con più specifico riguardo al tema dell'accesso alle prestazioni sanitarie, un ulteriore fattore di spinta al mantenimento in capo agli Stati membri delle competenze sulla gestione dei servizi sanitari e sull'assegnazione delle risorse è dato dalla profonda eterogeneità delle soluzioni organizzative adottate su tali questioni nei diversi Stati appartenenti all'Unione, a partire dalla macroscopica differenziazione tra le soluzioni improntate al modello *Beveridge* e quelle ispirate al modello *Bismarck*, entrambi presenti nel contesto europeo, fino al diverso modo di declinare l'uno e l'altro nei vari Stati⁸¹. Una differenziazione così marcata da rendere irrealizzabile

⁷⁸ Cfr. P. COSTANZO, *op. ult. cit.*

⁷⁹ Tra i molti, v. G. GUZZETTA, *La contaminazione costituzionale del diritto europeo. Interrogativi su un ordinamento in divenire*, Torino 2015, 56 s. e 69.

⁸⁰ Per questi rilievi v. A. LA SPINA, *Conflitti, diritti e Stato regolatore*, in V. FERRARI-P. RONFANI-S. STABILE, *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Milano 2001, 111 s.; M. MASSA, *Modelli e strumenti del governo delle politiche sociali*, cit., 26.

⁸¹ Per una panoramica delle principali differenze tra i due modelli e del modo in cui essi trovano applicazione in diversi Stati dell'Unione, si deve fare rinvio, al contributo di S. MABELLINI-V. TAMBURRINI, *La migrazione sanitaria*, cit. Riconduce alla profonda differenziazione tra i vari modelli sanitari europei la principale ragione della limitatezza delle competenze euro-unitarie in ambito sanitario, ritenendo che la scelta derivi «più da considerazioni storiche e culturali che non da fattori concreti», L. CUOCOLO, *La tutela della salute*, cit., 377.

un intervento uniformante, che dunque la norma del citato art. 168 TFUE mira ad escludere con chiarezza dalle competenze dell'Unione.

Invero, potrebbe anche sostenersi che l'oggetto della esplicita riserva in capo agli Stati (per «la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica») non sia testualmente tale da escludere interventi di determinazione di livelli uniformi essenziali (o addirittura «elevati»⁸²) delle prestazioni sanitarie da assicurare in ambito euro-unitario⁸³; ma tale prospettazione passerebbe necessariamente per l'individuazione di una competenza concorrente generale in materia di protezione della salute umana⁸⁴ che appare, nel quadro normativo complessivo sopra richiamato, difficilmente ricostruibile⁸⁵.

Peraltro, rispetto a tale prospettiva, appare dirimente il rilievo della inevitabile debolezza delle indicazioni che l'Unione potrebbe eventualmente fornire, in mancanza di un quadro di riferimento solidamente unitario quale quello ricostruito nella prima parte del presente lavoro con riferimento al sistema italiano, in cui operano una serie di meccanismi volti a garantire l'effettività dei livelli essenziali, sia sul piano giuridico (quali la possibilità di indicare *standard* che tocchino anche aspetti organizzativi, o di esercitare i poteri sostitutivi) sia su quello finanziario, comprese le misure di finanziamento perequativo (che, peraltro, pur indispensabili, non sono comunque realizzate in modo tale, nel nostro Paese, da riuscire a sortire l'esito di una reale omogeneità)⁸⁶.

Resta, piuttosto, la possibilità di una funzione di coordinamento svolta in sede europea, alla quale si guarda con interesse crescente rispetto al più generale tema della tutela dei diritti sociali, mediante l'utilizzazione dei meccanismi di *soft law*, anche attraverso il modello del metodo aperto di coordinamento⁸⁷, cui fa implicito riferimento – per la sfera della salute – l'art. 168, par. 2 (primo e secondo periodo), TFUE: si tratta di uno strumento di *governance* ritenuto meno invasivo e più efficace dei tradizionali mezzi di *soft law* in quanto fondato sulla partecipazione degli Stati (insieme ad altri soggetti), sullo scambio di esperienze e sulla connessione delle politiche nazionali con

⁸² Secondo l'espressione utilizzata nel citato art. 168 TFUE, che parla di garanzia di un livello «elevato» di protezione della salute umana.

⁸³ Così L. CUOCOLO, *La tutela della salute*, cit., 379 s., pur riconoscendo che la necessità di escludere ogni ingerenza nella organizzazione del servizio sanitario, comporterebbe, comunque, il necessario ricorso a formulazioni e prescrizioni eccessivamente vaghe. Ritiene, invece, che la disposizione citata nel testo sia di per sé preclusiva della possibilità per l'UE di fissare dei livelli essenziali. F. MAURANO, *La tutela della salute tra regionalismo italiano e diritto comunitario*, in M. RICCA-L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute*, cit., 86.

⁸⁴ *Ivi*, 378 s.

⁸⁵ V. quanto si è argomentato sopra, *sub nota* 77.

⁸⁶ Il limite dei problemi di cassa che una eventuale iniziativa assunta dall'UE in questo senso incontrerebbe è individuato dallo stesso L. CUOCOLO, *La tutela della salute*, cit., 380.

⁸⁷ *Ex multis*, su questi temi, cfr. M. MASSA, *Modelli e strumenti del governo delle politiche sociali*, cit., 30 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008 92 ss.; D.M. TRUBEK-L.G. TRUBEK, *Hard and Soft law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination*, in *European Law Review*, 3/2005, 343 ss.; S. BORRAS-K. JACOBSSON, *The open method of co-ordination and the new governance patterns in the EU*, in *Journal of European Public Policy*, 2004, 185 ss.; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *Quad. Cost.* 2004, 285 ss.; C. DE LA PORTE, *Quale governance attraverso il MAC? I casi dell'occupazione e dell'inclusione sociale*, in *ejls.eu*; M. FERRERA-S. SACCHI, *Il metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana*, in *Giorn. Dir. Lav. e Rel. Ind.*, 2005, 1 ss.; S. BARONCELLI-O. FARAKS, *Il Metodo di Coordinamento Aperto e le sue applicazioni al governo economico e occupazionale dell'Unione europea: il contesto comunitario e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1/2008. Sulla adozione del metodo in questione al settore dell'assistenza sanitaria, v. A. DI CARLO, *L'Unione europea e il settore dei servizi sanitari*, cit., 380 ss.

quelle europee secondo un processo “dal basso”⁸⁸, considerato particolarmente utile nei settori in cui l’UE è priva di competenze, per consentire l’incontro tra le esperienze degli Stati membri e un graduale e spontaneo processo di uniformazione, nel rispetto della perdurante sovranità nazionale, soprattutto in materie implicanti spese pubbliche e, quindi, scelte di politica economica⁸⁹. Si tratta, naturalmente, di sistemi che presentano alcune peculiari criticità⁹⁰ e il cui grado di riuscita deve essere ancora adeguatamente verificato. Qualche risultato, però, su alcune tematiche, si è già avuto: oltre al proficuo utilizzo del metodo nel settore delle politiche dell’occupazione, merita di essere ricordato, con riferimento alla materia sanitaria, che l’incisiva politica europea sulle malattie rare si è sviluppata inizialmente proprio attraverso tale strumento⁹¹.

Un altro terreno possibile di azione è quello dell’elaborazione di programmi da attuare con meccanismi di sostegno finanziario agli Stati. È il caso del recente Terzo programma d’azione dell’UE in materia di salute (per gli anni 2014-2020), con obiettivi generali che comprendono la riduzione delle disuguaglianze in materia di salute, lo sviluppo della sostenibilità dei sistemi sanitari, l’incoraggiamento all’innovazione. Anche per questa via o attraverso altri analoghi strumenti promozionali si può perseguire, in mancanza di specifiche competenze, l’obiettivo di una maggiore uniformità dell’accesso alle cure negli Stati membri, quale presupposto di eguaglianza della mobilità sanitaria.

9. La via giurisprudenziale e il parziale recupero di una portata perequativa della mobilità sanitaria.

Nella carenza di strumenti (o almeno di quelli tradizionali) per il perseguimento diretto da parte dell’UE degli obiettivi sociali, che pure non le sono estranei, e per l’attuazione dei diritti previsti nella Carta, un ruolo di primo piano è svolto dalla funzione interpretativa – rispetto a casi concreti – svolta dalla Corte di Giustizia, spesso vero motore, nel bene o nel male, del processo di integrazione europea.

Da essa provengono, infatti, le indicazioni più significative sul funzionamento del sistema di mobilità sanitaria nell’Unione, con soluzioni che, in qualche caso, tentano di dare una risposta alle istanze di uniformità, perequazione ed effettività del diritto alle cure che il sistema reca implicitamente con sé.

Non a caso, la Corte è stata chiamata in diverse occasioni⁹² a misurarsi con il problema di quali prestazioni ricadano nel diritto alla mobilità e, pur dovendo fare i conti con la mancanza di livelli minimi di prestazioni uniformi in tutti gli Stati UE, è riuscita talora a farsi carico di definire in senso ampliativo la libertà di scelta, al fine di una più estesa fruizione del diritto alle cure, finendo per offrire indirettamente una minima copertura all’esigenza di omogeneità tra gli Stati membri.

⁸⁸ S. BORRAS-K. JACOBSSON, *The open method of co-ordination*, cit., 188 s.

⁸⁹ S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell’Europa sociale*, cit., 291.

⁹⁰ V., per esempio, quelle indicate da S. BARONCELLI-O. FARAKS, *Il Metodo di Coordinamento Aperto*, cit.

⁹¹ Su cui v. C. PETRILLO, *Le malattie rare tra Unione europea e ordinamento italiano*, in D. MORANA (a cura di), *L’assistenza sanitaria transfrontaliera nell’UE*, cit.

⁹² Per una rassegna più completa della giurisprudenza della CGUE in materia di mobilità sanitaria, su tutti i vari aspetti della sua disciplina, v. M. TRESCA, *L’evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla mobilità sanitaria: dal caso Grogan al caso Petru*, in D. MORANA (a cura di), *L’assistenza sanitaria transfrontaliera nell’UE*, cit. Sul ruolo della giurisprudenza della CGUE in tema di autorizzazione preventiva per il rimborso di cure transfrontaliere, v. anche L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *federalismi.it*, 2014, 9 ss.

Nel caso *Smits e Peerbooms*, ad esempio, già nel 2001⁹³, la Corte – pur dando atto che «spetta alla normativa di ciascuno Stato membro organizzare il sistema nazionale di previdenza sociale e in particolare fissare le condizioni che danno diritto alle prestazioni»⁹⁴ e che «il diritto comunitario non può in linea di principio avere l'effetto di costringere uno Stato membro ad estendere l'elenco delle prestazioni mediche prese a carico dal suo sistema di protezione sociale»⁹⁵ – giunge, però, a ritenere che se lo Stato membro (nel caso, l'Olanda), anziché un elenco puntuale di prestazioni, pone, ai fini della presa in carico di trattamenti medici, una regola generale che fa riferimento a ciò che è «usuale negli ambiti professionali interessati», le regole di scienza medica considerate per tale valutazione ai fini del rimborso della mobilità devono essere quelle accettate su scala internazionale, assumendo rilievo anche «il fatto che il trattamento considerato sia o meno coperto dal sistema di assicurazione malattia dello Stato membro nel quale il trattamento è prestato»⁹⁶.

E, nel più recente caso *Elchinov*, del 2010⁹⁷, ha considerato incompatibile con il diritto dell'UE il diniego di autorizzazione se la tipologia di prestazione è rimborsata dallo Stato di residenza (Bulgaria) senza predefinita espressa e precisa dei vari metodi di trattamento, anche quando il richiedente si sia recato in altro Stato membro per ottenere la prestazione secondo un metodo di trattamento diverso – più efficace e dalle conseguenze meno radicali – rispetto a quello usato nel proprio Paese: si tratta, cioè, per la CGUE, di un caso in cui il trattamento alternativo che può essere erogato in tempo utile nello Stato membro di residenza non presenta lo stesso grado di efficacia. In questo modo, il diritto alla mobilità amplia le possibilità di cura che il singolo paziente ha nel suo Paese, consentendo l'accesso a modalità di trattamenti meno invasive e più efficaci.

Si tratta, naturalmente, di decisioni nelle quali le peculiarità della singola fattispecie giocano un ruolo determinante e dalle quali non è possibile ricavare principi sistematici o clausole di omogeneità con un qualche grado di generalità. Anzi, sul piano delle affermazioni di principio, la Corte di Giustizia ribadisce in esse come il sistema di mobilità non possa compromettere gli obiettivi della pianificazione ospedaliera o il mantenimento di un servizio ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti, né l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale. Nonostante ciò, nelle sentenze richiamate risulta evidente il ruolo ampliativo che la mobilità sanitaria riesce a giocare in quei casi per le possibilità di cura del soggetto ricorrente, proprio nel rapporto con i trattamenti offerti negli altri Stati dell'Unione.

Emerge, poi, in altre decisioni un ruolo indirettamente perequativo della mobilità sanitaria rispetto alle modalità e alla qualità dell'erogazione delle prestazioni ottenibili – con una sorta di effetto compensativo delle disuguaglianze – analogo a quello che si è visto svolgere dall'istituto anche all'interno di un sistema, come il nostro, connotato da una forte omogeneità “sulla carta” ma da concrete rilevanti differenze territoriali⁹⁸.

Così, assume rilevanza il tempo di attesa che si dovrebbe subire nel luogo di residenza, poiché una sua eccessiva lunghezza – da valutare obiettivamente e in concreto, anche in rapporto con la situazione clinica del paziente e la sofferenza o il disagio da questo sopportato – integra un caso in cui l'autorizzazione non può essere negata⁹⁹, delineandosi in questo modo un vero e proprio diritto alla ricerca di un servizio più tempestivo di quello che il proprio sistema sanitario può offrire.

⁹³ CGUE, *Smits e Peerbooms*, 12.7.2001, in C-157/99.

⁹⁴ Punto 85.

⁹⁵ Punto 87.

⁹⁶ Punto 98.

⁹⁷ CGUE, *Elchinov*, 5.10.2012, in C-173/09.

⁹⁸ V. sopra, par. 6.

⁹⁹ Cfr. sent. CGUE, *Watts*, 16.5.2006, in C-372/04, sulla quale v. ancora M. TRESCA, *L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit. La pronuncia va segnalata anche per i rilievi di possibile illegittimità dello stesso Reg. n. 1408/71 fatti dal giudice remittente con riferimento al tema delle

Con la recente sentenza *Petru*¹⁰⁰, poi, la Corte ha aggiunto al mosaico un ulteriore importante tessera, affermando che l'autorità nazionale non può impedire il rimborso, sostenendo che sono disponibili cure identiche o con lo stesso grado di efficacia nello Stato membro di residenza, laddove esista una condizione di carenza del sistema sanitario del Paese, sotto il profilo della insufficienza delle attrezzature specifiche o delle competenze specialistiche, di farmaci e materiali medici. L'impossibilità va valutata, anche in questo caso, in concreto, rispetto sia «al complesso degli istituti ospedalieri dello Stato membro di residenza idonei a prestare le cure di cui trattasi» sia «al lasso di tempo entro il quale queste ultime possono essere ottenute tempestivamente»¹⁰¹.

Certamente, il sistema autorizzatorio – come costruito dalle norme europee sulla mobilità¹⁰² – non è di per sé in grado di realizzare una vera e propria libertà di scelta, analoga a quella riconosciuta – pur con le difficoltà sopra ricordate – nel nostro sistema nazionale, nel quale la preferenza accordata ad una struttura collocata in altra regione rispetto a quella di residenza può anche essere meramente soggettiva, ma le acquisizioni giurisprudenziali manifestano comunque importanti aperture verso un utilizzo della mobilità sanitaria anche in funzione di attenuazione di alcune differenze qualitative tra i sistemi.

Nel complesso, comunque, la giurisprudenza europea sul tema consente di individuare note positive nel controverso percorso di affermazione della Corte di Giustizia come giudice dei diritti¹⁰³; un cammino non agevole né lineare – e tratteggiato talora da orientamenti «regressivi»¹⁰⁴ – ma che quantomeno mostra di non essere sempre destinato agli «esiti schiettamente antisociali» denunciati in talune occasioni¹⁰⁵ e di potersi dirigere anche nel senso della valorizzazione di alcune istanze perequative nell'ordinamento euro-unitario.

Ciò, però, non può bastare, non potendo la via pretoria supplire alle carenze dell'azione dell'Unione sul piano degli strumenti giuridici, organizzativi ed economici. I contributi necessariamente limitati e frammentari della giurisprudenza arrivano a costituire, dunque, soltanto piccoli tasselli che richiederebbero di essere collocati nel quadro di un più ampio processo di completamento e rafforzamento delle competenze europee nell'ambito dei diritti sociali, voluto e portato avanti dagli Stati membri. Uno scenario che oggi appare difficilmente rappresentabile, nelle condizioni di estrema fragilità in cui versano il processo di integrazione e gli stessi sistemi politici degli Stati aderenti.

competenze, che la Corte di Giustizia respinge, affermando che il rispetto delle competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura dei servizi sanitari e assistenza medica non esclude che, a tenore di altre disposizioni europee (come il diritto di libera circolazione), gli Stati possano essere chiamati ad apportare «adattamenti» al loro sistema di previdenza nazionale, senza che ne venga compromessa la competenza sovrana in materia (punto 147).

¹⁰⁰ CGUE, *Petru*, 9.10.2014, in C-268/13. Sulla decisione, v. L. BUSATTA, *Nota alla sentenza C-268/13, Petru, Corte di Giustizia dell'Unione Europea (terza sezione), 9 ottobre 2014. Carenze sanitarie e mobilità transfrontaliera: si allarga il diritto "europeo" alla salute*, in *DPCE Online*, 1/2015; M. CAPPELLETTI, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di Giustizia*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2015.

¹⁰¹ Punto 34.

¹⁰² Per la sua ricostruzione, si rinvia ancora a C. GIUNTA, *La direttiva*, cit.

¹⁰³ Sul tema la letteratura è amplissima e non può essere qui richiamata con la dovuta ampiezza; ci si limita a fare rinvio per un'approfondita impostazione del tema a S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 3 ss.

¹⁰⁴ A. CANTARO, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in ID. (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino 2011, 18.

¹⁰⁵ M. BENVENUTI, *Tecniche argomentative costituzionali ed esiti decisionali antisociali alla Corte di Lussemburgo*, in A. CANTARO (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Torino 2010, 219.