

## CAPITOLO III

# UN DIRITTO FINANZIARIAMENTE CONDIZIONATO O UN DIRITTO DA BILANCIARE?

SOMMARIO: 1. Il costo dei diritti quale limite alla garanzia delle prestazioni. – 2. La giurisprudenza costituzionale e l'equivoco dei diritti finanziariamente condizionati. – 2.1. L'avvio del filone giurisprudenziale. – 2.2. L'evoluzione del criterio: il necessario bilanciamento con altri valori costituzionali. – 2.3. La specificazione del "nucleo irriducibile" del diritto quale limite alla discrezionalità legislativa. – 2.4. La più recente fase della giurisprudenza costituzionale e la variabile rappresentata dalla crisi economica. – 3. I condizionamenti costituzionali ed extra-giuridici nell'ordinamento spagnolo. – 4. Condizionamenti finanziari e allocazione delle risorse nel Regno Unito. – 4.1. Lo scrutinio giurisprudenziale sulle decisioni allocative assunte a livello locale. – 4.2. Gli *exceptional cases review* per l'accesso ai farmaci. – 5. L'emergere della dimensione "procedurale" nel diritto europeo. – 5.1. I diritti procedurali al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 5.2. I diritti procedurali a Lussemburgo e i limiti alla rimborsabilità delle spese sanitarie sostenute all'estero. – 6. Da un diritto finanziariamente condizionato a un diritto costituzionalmente orientato.

### 1. *Il costo dei diritti quale limite alla garanzia delle prestazioni*

Fra le possibili letture dicotomiche del diritto alla salute è possibile ravvisarne una ulteriore, che si lega strettamente a quelle analizzate in precedenza e che può essere sinteticamente individuata in un'apparentemente inconciliabile contrapposizione tra un «diritto finanziariamente condizionato»<sup>1</sup> e un diritto la cui realizza-

---

<sup>1</sup> L'espressione si deve a F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, 30. Più recentemente, ad esempio, giunge alla conclusione della necessità della definizione del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato anche chi – condivisibilmente – collega l'impegno pubblico nella garanzia dei diritti sociali ai doveri inderogabili di solidarietà *ex art. 2 Cost.* Cfr. F. CINTIOLI, *Diritto alla salute, interessi pubblici e ruolo delle Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA, *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011, 42: «Il diritto alla prestazione sanitaria, quindi, anziché essere inteso come assoluto e non suscettibile di alcuna forma di compressione, si struttura come diritto finanziariamente condizionato. Ne segue l'esigenza del bilanciamento tra il diritto alla prestazione sanitaria e la tutela degli equilibri economico-finanziari. E non si è mancato di notare che tale ultimo valore non appartiene solo alla collettività dei consociati in un dato momento storico [...], ma anche alle generazioni future [...]».

zione avviene alla luce di un bilanciamento, compiuto dal legislatore, con altri interessi e diritti di rango costituzionale.

Proseguendo sulla metafora del diritto alla salute come Giano Bifronte<sup>2</sup>, alla prima declinazione corrisponderebbe la definizione del diritto quale norma programmatica e diritto sociale; alla seconda “faccia” corrisponderebbero invece le categorie analizzate in precedenza, relative al contenuto precettivo del diritto alla salute e alla sua configurabilità quale diritto fondamentale della persona, pienamente azionabile dal singolo, a prescindere da uno specifico intervento del legislatore<sup>3</sup>.

Ancora una volta, l'analisi della giurisprudenza costituzionale, combinata con il raffronto con altri ordinamenti, permette di mettere in luce la tendenziale superabilità di una netta distinzione tra le due dimensioni e la preferibilità di una concezione unitaria del diritto alla salute, che dimostra la propria natura di diritto a fattispecie complessa e a tutela progressiva, o graduale<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Come si è già accennato nel capitolo precedente, il riferimento a Giano Bifronte, divinità romana raffigurata con due volti, quale immagine per descrivere il diritto alla salute è assai frequente in dottrina. Ad esempio, v. A. ANZON, *L'altra “faccia” del diritto alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1979, 656; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. IV, Milano, 2010, 21. La metafora è utilizzata in relazione alle molteplici dimensioni dicotomiche in cui si può articolare, a seconda dei contesti, il diritto *de quo*: quella in base alla quale si distingue tra norma programmatica e norma precettiva; tra diritto sociale e diritto fondamentale; tra diritto individuale e interesse della collettività; ancora, tra diritto soggettivo e interesse legittimo, ecc.

<sup>3</sup> Utile, al riguardo, è proprio la definizione di “diritto finanziariamente condizionato” elaborata in F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, cit., 30, secondo il quale: «Se invece si inquadra il fenomeno sotto il profilo soggettivo si deve constatare che i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi, e, come tali, non identificabili con i diritti fondamentali del cittadino. Il che non significa riscoprire Carl Schmitt e la programmaticità dei diritti sociali. Significa solo dire che i diritti sociali hanno un contenuto diverso dai diritti di libertà. Ciò porta anche ad escludere che l'utente coincida col cittadino e conseguentemente che l'organizzazione dei pubblici servizi debba necessariamente seguire il modulo politico-rappresentativo».

<sup>4</sup> La stessa definizione qui riportata conduce a ritenere che limitare la descrizione del diritto alla salute all'una o all'altra categoria, sia essa quella della norma programmatica o precettiva, oppure quella dei diritti fondamentali o sociali, non risulti completa e, in generale, non sia sufficiente a definire in modo adeguato la complessità del sistema di garanzie nei confronti del singolo e le corrispondenti obbligazioni dei poteri pubblici. A simili conclusioni pervengono anche, seppur attraverso percorsi argomentativi differenti e utilizzando riferimenti giurisprudenziali e normativi necessariamente diversi (anche a motivo del diverso approccio dal quale muovono), B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e Società*, 1, 1983, 31, secondo la quale «Emerge, dunque, dall'art. 32, una *posizione giuridica soggettiva complessa*, fondata essenzialmente sul riconoscimento della salute come valore sociale, che attribuisce al singolo la titolarità sia di un *diritto sociale* (pretesa alle prestazioni e all'attività pubblica in campo sanitario), sia di un *diritto di libertà* (prete-

Con riguardo ai condizionamenti di natura finanziaria che incidono sulla determinazione da parte del legislatore delle prestazioni sanitarie, esiste un corposo filone della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che rileva la necessità di tenere in considerazione i vincoli imposti dal fattore economico al momento della decisione sui trattamenti da garantire o sui requisiti cui subordinare l'accesso alle prestazioni sanitarie. In particolar modo, la strada è stata tracciata in modo significativo nel corso degli anni Novanta, periodo durante il quale una non irrilevante crisi economica aveva imposto una contrazione nella garanzia delle prestazioni sociali. Il sentiero intrapreso dal giudice delle leggi, tuttavia, pur ponendo in evidenza il peso che i vincoli finanziari impongono sulle scelte relative al settore sanitario, reca anche elementi che sottolineano come non sia il solo costo dei diritti a dover condizionare lo spazio decisionale del legislatore<sup>5</sup>.

La posizione raggiunta, a tale proposito, dalla giurisprudenza costituzionale è stata efficacemente riassunta in una pronuncia del 2016 avente ad oggetto le disposizioni adottate dal legislatore nazionale al fine di ridurre la spesa complessiva annua per colmare il disavanzo nel bilancio sanitario per quelle Regioni sottoposte ai c.d. piani di rientro.

Dichiarando non fondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio in riferimento all'art. 32 Cost., la Corte ha ricostruito il percorso interpretativo sviluppato nell'arco di oltre un ventennio e che individua nelle risorse finanziarie uno dei limiti (ma non l'unico) di cui il legislatore deve tener conto al momento dell'elaborazione delle decisioni relative al settore sanitario: «Questa Corte ha ripetutamente affermato che “la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie delle quali dispone”, con la precisazione che “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” [...]. In questi termini, “nell'ambito della tutela costituzionale accordata al ‘diritto alla salute’ dall'art. 32 Cost., il diritto a trattamenti sanitari è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse

---

sa di astensione da ogni interferenza illegittima nella sfera di autodeterminazione del singolo) e, correlativamente, gli impone un *dovere* (che è sostanzialmente quello di concorrere, anche attraverso limitazioni della sua libertà, a preservare la salute pubblica)»; e M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, *passim* e in particolare 137, che definisce il diritto alla salute come «fondamentale libertà sociale», al fine di ricondurre «ad una prospettiva unitaria i molteplici problemi posti dalla sua tutela».

<sup>5</sup> Il percorso interpretativo della nostra Corte costituzionale riferito ai condizionamenti di natura economica che incidono sulla garanzia del diritto alle prestazioni sanitarie verrà ricostruito nel par. seguente.

tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» [...]»<sup>6</sup>.

Sono molteplici gli elementi offerti da questa lettura del diritto alla salute ad opera della Corte costituzionale. Anzi tutto, è indubbio il fatto che stabilire il livello di garanzia delle prestazioni sanitarie e assicurare, in condizioni d'eguaglianza, l'accesso ai trattamenti medici che riempiono di contenuto il diritto alla salute comporti scelte complesse, che spettano al legislatore. Quest'ultimo, però, in aderenza al dettato costituzionale, non è libero, ma è vincolato al rispetto delle finalità imposte dalla Carta fondamentale e, in modo particolare, da alcuni fattori determinanti<sup>7</sup>. Fra questi, il limite finanziario rappresenta certamente un fattore di peso rilevante, ma – come più volte sottolineato dalla stessa Corte costituzionale – non può assumere un carattere predominante rispetto agli altri elementi che devono orientare la discrezionalità legislativa.

A quest'ultimo proposito, in particolare, rileva la posizione assunta dalla Corte costituzionale con riferimento al rapporto tra garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie – rideterminati, come è noto, dal recente D.P.C.M. del 12 gennaio 2017<sup>8</sup> – e finanziamento della spesa sanitaria. Nell'ambito di un ricorso in via principale sollevato dalle Regioni Veneto e Liguria e avente ad oggetto alcune disposizioni del d.l. 78/2015, convertito con modificazioni dalla l. 125/2015, i giudici delle leggi hanno avuto l'occasione di pronunciarsi, *inter alia*, sulla riduzione del finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale stabilita dal legislatore

---

<sup>6</sup>Corte cost., sent. 203/2016, punto 8 del considerato in diritto. Nella sentenza sono state dichiarate in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tar Lazio nei confronti dell'art. 15, d.l. 95/2012, convertito con modificazioni dalla l. 135/2012. La questione riguardava un decreto con il quale il Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanitario della Regione Lazio aveva, in attuazione della norma impugnata, disposto che le previsioni di spesa per le prestazioni ospedaliere per il 2012 fossero ridotte.

<sup>7</sup>Così anche B. PEZZINI, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003, 53.

<sup>8</sup>Si tratta del decreto sui c.d. "Nuovi Lea", rubricato recante «Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'art. 1, co. 7, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502» e pubblicato in *G.U. Serie Generale* n. 65 del 18 marzo 2017, Suppl. Ordinario n. 15. L'aggiornamento dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie è stato approvato dopo una lunga procedura e a seguito di alcuni tentativi precedenti non andati a buon fine. I LEA, sino al gennaio 2017, erano disciplinati dal D.P.C.M. 29 novembre 2001, recante «Definizione dei livelli essenziali di assistenza». In argomento v. M. BERGO, *Nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2, 2017, 1-25; M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017, 1 ss.

d'urgenza<sup>9</sup>. Proprio in riferimento alla necessità di garantire i livelli essenziali delle prestazioni, così come individuati dal legislatore, la Corte ha evidenziato che «ferma restando la discrezionalità politica del legislatore nella determinazione – secondo canoni di ragionevolezza – dei livelli essenziali, una volta che questi siano stati correttamente individuati, non è possibile limitarne concretamente l'erogazione attraverso indifferenziate riduzioni della spesa pubblica. In tale ipotesi verrebbero in essere situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto»<sup>10</sup>.

Se, da un lato, tale principio sconta – come rilevato dalla stessa Corte – alcune problematiche applicative, collegate in particolar modo alla perdurante inattuazione della legge sul federalismo fiscale e alla determinazione dei livelli essenziali per mezzo dell'individuazione del rapporto tra fabbisogni e costi standard<sup>11</sup>, dall'altro lato non si può non rilevare come il giudice delle leggi attribuisca prevalen-

---

<sup>9</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte cost., 169/2017, resa in un giudizio di legittimità costituzionale sollevato dalle Regioni Veneto e Liguria e avente ad oggetto alcune disposizioni d.l. 78/2015 (Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali), convertito, con modificazioni, dalla l. 125/2015. Principalmente, le norme impugnate riguardavano, da un lato, i tagli alla spesa sanitaria disposti dal legislatore statale senza tenere in debita considerazione, *inter alia*, la disciplina sui costi standard in sanità introdotta dal d.lgs. 68/2011 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario) e l'intervenuto aggiornamento dei livelli essenziali delle prestazioni (D.P.C.M. 12 gennaio 2017). Fra le disposizioni impugnate rientrava anche l'art. 9-*quater* del menzionato d.l., il quale prescriveva che, al fine di ridurre l'erogazione di prestazioni inappropriate, un decreto del Ministero della Salute, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, avrebbe individuato le condizioni di erogabilità e le indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale. La Corte risolve tali questioni con una sentenza interpretativa di rigetto, lasciando inalterato il testo delle disposizioni impugnate, ma cogliendo al contempo l'occasione per precisare alcuni profili della garanzia delle prestazioni sanitarie che, a partire dalla prima pronuncia del giudice delle leggi in seguito alla riforma del Titolo V Cost. (Corte cost., sent. 282/2002), hanno guidato il controllo di costituzionalità sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia sanitaria e hanno definito i rapporti tra ambito decisionale del legislatore e arte medica.

<sup>10</sup> Corte cost., sent. 169/2017, punto 9.3.2 del considerato in diritto.

<sup>11</sup> Nelle parole della Corte: «Da tale norma si evince, tra l'altro, che: a) le spese per i LEA devono essere quantificate attraverso l'«associazione» tra i costi standard e gli stessi livelli stabiliti dal legislatore statale in modo da determinare, su scala nazionale e regionale, i fabbisogni standard costituzionalmente vincolati ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m), Cost.; b) tali fabbisogni devono essere individuati dallo Stato attraverso la «piena collaborazione» con gli enti territoriali; c) l'erogazione delle prestazioni deve essere caratterizzata da efficienza ed appropriatezza su tutto il territorio nazionale», Cort cost., sent. 169/2017, punto 9.3.1 del considerato in diritto.

za alla garanzia effettiva delle prestazioni che riempiono di contenuto il diritto alla salute, rispetto ai condizionamenti derivanti dalla disponibilità di risorse finanziarie. In questa prospettiva, si può dunque affermare che la Corte tende a rafforzare la propria posizione, andata consolidandosi nel corso degli anni, in base alla quale la disponibilità di risorse finanziarie per la garanzia dei trattamenti medici rappresenta, senz'altro, un elemento da tenere in considerazione, ma non può assumere una prevalenza tale da comprimere il nucleo irriducibile di tutela del diritto alla salute.

L'approccio adottato dalla Corte costituzionale, come ora si vedrà, ha acquisito crescente importanza ed è stato minuziosamente precisato in relazione al contenzioso costituzionale generatosi intorno alle misure normative adottate per far fronte alla particolare congiuntura economica che ha caratterizzato l'ultimo decennio e in collegamento con le tensioni che, in termini più ampi, connotano la garanzia di diritti sociali a livello europeo<sup>12</sup>. Le forti spinte determinate dalla pesante crisi economica globale, dal pressante impegno richiesto soprattutto ad alcuni Stati europei per far fronte al non trascurabile incremento del fenomeno migratorio e, di conseguenza, dalle misure di austerità adottate dall'Unione Europea che hanno imposto agli Stati membri severi vincoli di spesa mirati al contenimento dei bilanci hanno condotto ad un generale ripensamento del livello di garanzia dei diritti sociali<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup>La letteratura giuridica in argomento è ormai amplissima. Senza pretese di completezza cfr. A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1 ss.; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 1 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4, 2013, 1 ss.; E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 1 ss.; per alcuni riferimenti relativi alle specificità del diritto euro-unitario v. T.K. HERVEY, *Reflecting on 'Supporting health systems in Europe: added value of EU actions?'*, in *Health Economics Policy and Law*, 2015, 485 ss.; S.L. GREER, H. JARMAN, *European Citizenship Rights and European Fiscal Politics After the Crisis*, in *Government and Opposition*, 2016, 1 ss.; F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2017, 1 ss.

<sup>13</sup>La tensione tra garanzia dei diritti sociali, esigenze di contenimento della spesa imposte dalla crisi economica globale e ruolo dell'Unione Europea è oggetto di diffusa trattazione in dottrina. Senza pretese di completezza, si vedano, in particolare. D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit.; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit.; I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2012, 1 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*,

In questa prospettiva, non si può certo negare che il “costo dei diritti” possa incidere sul *quantum* delle prestazioni garantite dai pubblici poteri; cionondimeno, bisogna sin d’ora rilevare che il vincolo finanziario non può essere considerato l’unico (né, sempre, il predominante) fattore che condiziona le decisioni legislative o amministrative relative alle prestazioni (sociali o sanitarie) da garantire<sup>14</sup>.

Vi sono, infatti, trattamenti – come si vedrà *infra* – la cui garanzia è costituzionalmente imposta o necessaria, per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, alcuni interventi sono quelli che contribuiscono a riempire di contenuto quel “nucleo irriducibile” del diritto alla salute che la stessa Corte costituzionale ha ricolligato alla tutela della dignità umana<sup>15</sup>. Dall’altro lato, dalla mancata garanzia di *determinate* prestazioni sanitarie potrebbe derivare la violazione di altri diritti e principi costituzionali<sup>16</sup>.

---

cit.; A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, II, 2015, 538-553; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, 137-154; A.M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell’Unione europea*, cit.; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; E. GROSSO, *I diritti sociali e la crisi economica. Linee di tendenza nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 38 ss.; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo stato nazionale*, in M. D’AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, cit., 58 ss. In prospettiva comparata e con un particolare *focus* sull’Unione Europea, v. M. GONZÁLEZ PASCUAL, *Austerity measures and welfare rights: the Spanish constitutional system under stress*, in *European Journal of Social Law*, 1-2, 2014, 116-127; M. FRISCHUT, R. LEVAGGI, *Patient mobility in the context of austerity and an enlarged EU: the European Court of Justice’s ruling in the Petru case*, in *Health Policy*, 119, 2015, 1293-1297.

<sup>14</sup> Su questa linea si pone anche la più recente giurisprudenza costituzionale, come sopra evidenziato. Cfr. Corte cost., sent. 169/2017, in particolare al punto 9.3 del considerato in diritto.

<sup>15</sup> Per tutte, Corte cost., sent. 252/2001, punto 2 del considerato in diritto; similmente cfr. anche Corte cost., sent. 432/2005, punto 5.1 del considerato in diritto, in materia di norme regionali relative all’accesso gratuito al trasporto pubblico per le persone invalide. Il giudizio, sollevato in via incidentale dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia, aveva ad oggetto l’esclusione dall’accesso gratuito al trasporto pubblico regionale per i cittadini stranieri residenti in Regione e totalmente invalidi. La Corte accoglie la questione, così come prospettata dal giudice *a quo*. In commento alla sentenza v. M. CUNIBERTI, *L’illegittimità costituzionale dell’esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2-3, 2006, 510 ss.; M. GNES, *Il diritto degli stranieri extracomunitari alla non irragionevole discriminazione in materia di agevolazioni sociali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2005, 4681 ss.; F. RIMOLI, *Cittadinanza, eguaglianza e diritti sociali: qui passa lo straniero. Sentenza (28 novembre 2005) 2 dicembre 2005 n. 432*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, 2005, 4657 ss.

<sup>16</sup> Nelle parti seguenti vi sarà occasione di tornare su tali aspetti e di approfondirli ulteriormente anche per mezzo di adeguati esempi e riferimenti giurisprudenziali.

## 2. *La giurisprudenza costituzionale e l'equivoco dei diritti finanziariamente condizionati*

Ai fini della ricostruzione dei fattori che guidano l'adozione delle scelte (soprattutto) legislative aventi contenuto prestazionale, è necessario prendere in considerazione l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, come si è già anticipato, nel corso degli anni ha progressivamente descritto il reciproco rapporto i fattori e i criteri che incidono sulla discrezionalità legislativa relativa alla determinazione del contenuto del diritto alla salute<sup>17</sup>.

### 2.1. *L'avvio del filone giurisprudenziale*

L'inizio del corso interpretativo cui si fatto cenno è stato segnato dalla sent. 455/1990, con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità di

---

<sup>17</sup> A tale proposito, bisogna sin d'ora porre in luce il fatto che, in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001, si è generato un denso contenzioso costituzionale relativo al riparto di competenze tra Stato e Regioni avente ad oggetto la materia sanitaria, la quale – come è noto – interessa sia la materia relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, riservata alla competenza esclusiva del legislatore statale *ex art. 117, co. 2, lett. m)*, sia la competenza concorrente relativa alla tutela della salute. In argomento, senza pretese di completezza, cfr. A. D'ALOIDA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1063 ss.; R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai «livelli essenziali delle prestazioni ...»*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2003, 629 ss.; A. ROVAGNATI, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett. m), art.117 Cost.*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1141 ss.; G. GUIGLIA, *I Livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e regioni*, Milano, 2008, in particolare 144 ss.; F. PIZZOLATO, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in Balboni E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, 310 ss.; V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella sanità*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, Vol. IV, Milano, 2010, 488; G. FALCON, *Dieci anni dopo. Un bilancio della riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 241 ss.; F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 251 ss.; F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, in in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 287 ss.; A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, 2-3, 2011, 557 ss.; 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, 9 ss.; C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6, 2013, 1001 ss.; M. BELLETTI, *Le materie di potestà legislativa concorrente*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2016, 1 ss. In questo Capitolo, così come nel prosieguo della trattazione, l'analisi dello svolgersi della definizione dei limiti relativi allo spazio di intervento del legislatore statale e di quello regionale saranno presi in considerazione con riferimento all'individuazione dei criteri per determinare, in concreto, il contenuto del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie.



una norma della Provincia Autonoma di Trento relativa alle prestazioni sanitarie fruibili da parte degli anziani non autosufficienti ricoverati presso le case di riposo. La disposizione impugnata, nel prevedere che i costi per tali prestazioni fossero a carico delle Unità Sanitarie Locali, stabiliva che la Giunta provinciale fissasse i limiti riferibili al numero di persone assistibili e al relativo costo pro-capite, in base ad appositi parametri. Secondo il giudice rimettente, la previsione *ex lege* di tetti di spesa per le prestazioni sanitarie destinate agli anziani non autosufficienti configurava una violazione del diritto fondamentale alla salute e una lesione del principio d'eguaglianza, andando a discriminare la categoria degli anziani non-autosufficienti ricoverati presso le case di riposo, rispetto ad altri anziani che, pur nella medesima situazione, beneficiavano di altre forme di assistenza (ad esempio, domiciliari o ambulatoriali).

Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità, la Corte ha colto l'occasione per chiarire il significato e la portata della norma costituzionale sul diritto alla salute, distinguendone la natura di diritto primario e fondamentale, azionabile *erga omnes* per ogni lesione dell'integrità della persona, dalla sua seconda dimensione. Se inteso, infatti, quale diritto *a trattamenti sanitari*, esso è «soggetto alla “determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione” della relativa tutela da parte del legislatore ordinario» e si configura quale diritto a «prestazioni positive», «basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere»<sup>18</sup>. La realizzazione del diritto alle prestazioni sanitarie, quale dimensione contenutistica del più ampio diritto alla salute, non può, dunque, essere considerata assoluta, ma è *condizionata* all'attuazione da parte del legislatore, alla luce di un bilanciamento con altri interessi costituzionali, «tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»<sup>19</sup>.

La sentenza del 1990 è diffusamente considerata il punto d'avvio della giurisprudenza costituzionale sui *diritti finanziariamente condizionati* che, anche per

---

<sup>18</sup> Corte cost., sent. 455/1990, par. 3 del considerato in diritto.

<sup>19</sup> Corte cost., sent. 455/1990, par. 3 del considerato in diritto. In riferimento all'emergere di una (decisamente non chiarissima) nozione di «diritti condizionati», osserva, ad esempio, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, cit., 9: «In questa precisazione si coglie l'intento della Consulta di continuare a mantenere il dato fattuale dell'esistenza di risorse limitate fuori dal vero e proprio bilanciamento eseguito in sede politica tra i vari “interessi o beni costituzionalmente protetti”. La sentenza sembra indicare che le risorse limitate sono distribuite *in base* agli esiti del bilanciamento finalizzato a individuare quali beni o interessi soddisfare per primi e/o in maggiore misura tra quelli coinvolti. In questa luce, la *gradualità* nell'attuazione del diritto non discende puramente e semplicemente dalla scarsità dei mezzi, ma dal *mix* tra esiti del bilanciamento, che individua quali diritti e in che misura vanno attuati in quel momento (risultato non predeterminabile *a priori*) e la quantità delle risorse disponibili (dato oggettivo non modificabile, che tuttavia resta “esterno” al bilanciamento vero e proprio)».

effetto della recente crisi economica, ha trovato una rinnovata eco. Si pensi, ad esempio alla sent. 248/2011, nella quale la Corte ha utilizzato per la prima volta in modo esplicito la locuzione diritto «finanziariamente condizionato» in riferimento alla garanzia delle prestazioni sanitarie<sup>20</sup>.

Bisogna, tuttavia, sottolineare che – già nella giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta – i giudici posero in evidenza come le decisioni legislative sulle prestazioni da garantire non possano essere solamente il frutto di valutazioni di natura economica. La realizzazione del diritto alla salute è da considerarsi, anche con riguardo alla garanzia di prestazioni sanitarie, «costituzionalmente obbligatoria» e trova attuazione per mezzo di una tutela graduale. Nelle parole della Corte: «l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute) [avviene] gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione: bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri all'uso della discrezionalità legislativa»<sup>21</sup>.

Sta nell'affermazione del principio di gradualità nella tutela del diritto alla salute il punto di snodo della giurisprudenza costituzionale sul diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie che, proprio a partire dalla sentenza del 1990, venne progressivamente specificata dal giudice delle leggi il quale, in tale occasione, definì il proprio ruolo all'interno del sindacato sulla discrezionalità legislativa<sup>22</sup>. Nonostante in questa pronuncia la Corte faccia cenno all'esistenza di altri fattori e criteri su cui fondare le decisioni relative alle prestazioni da garantire, il peso giocato dalla disponibilità di risorse finanziarie assume un carattere autonomo all'interno della valutazione delle scelte legislative<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Corte cost., sent. 248/2011 (in tema di riordino della disciplina in materia sanitaria), par. 6.1 del considerato in diritto, ove la Corte, citando la sent. 111/2005 (in tema di assegnazione di risorse economiche per l'acquisto, da parte del Servizio sanitario regionale, di prestazioni specialistiche ambulatoriali da privati) si esprime in questi termini: «Questa conclusione è conforme, del resto, alla configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come “finanziariamente condizionato”, giacché “l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario”. È importante, a questo proposito sottolineare, che si tratta della prima volta in cui la Corte costituzionale utilizza espressamente la locuzione “diritto finanziariamente condizionato”, largamente impiegata in dottrina nella trattazione sulla giurisprudenza costituzionale relativa ai diritti prestazionali. Sul punto cfr. D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Torino, 2015, 85; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, 11.

<sup>21</sup> Corte cost., sent. 455/1990, punto 3 del considerato in diritto.

<sup>22</sup> A tale proposito cfr. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, 86 ss.

<sup>23</sup> Ciò appare ancor più evidente rispetto al contesto della pronuncia e in considerazione del ri-

## 2.2. *L'evoluzione del criterio: il necessario bilanciamento con altri valori costituzionali*

A partire dal 1990, dunque, attraverso un percorso per progressive specificazioni e grazie anche alle questioni concrete di volta in volta sottoposte al vaglio del giudice costituzionale, la Corte ha individuato gli altri fattori e i limiti che incidono sullo spazio di discrezionalità spettante al legislatore nella decisione sulle prestazioni da garantire per la realizzazione del diritto costituzionale alla salute<sup>24</sup>.

Il successivo passaggio nell'interpretazione costituzionale è segnato dalla sent. 304/1994 che, pur richiamandosi in larga parte al precedente del 1990, introduce il tema della pluralità dei fattori che guidano la discrezionalità del legislatore nelle decisioni riguardanti il *quomodo* della tutela del diritto alla salute<sup>25</sup>.

Nel rigettare le questioni proposte dal giudice rimettente, la Corte costituzionale riconferma la configurabilità del diritto alla salute quale norma programmatica<sup>26</sup>, subordinata all'intervento legislativo e – citando letteralmente la sent. 455/1990 – condizionata «dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legisla-

---

sultato raggiunto, per mezzo di tale argomentazione dalla Corte costituzionale che rigettò le censure mosse dal giudice *a quo*, evidenziando, tra l'altro, il fatto che si trattava comunque di prestazioni ulteriori rispetto a quelle garantite dal Servizio sanitario nazionale, che costituivano trattamenti integrativi predisposti dalla Provincia Autonoma di Trento per gli anziani residenti nel proprio territorio.

<sup>24</sup> In particolare, è stato segnalato che la Corte, nelle pronunce successive alla sent. 455/1990 abbia abbandonato il principio di gradualità (che all'epoca fungeva da criterio di valutazione delle decisioni legislative relative ai diritti sociali, in relazione alle c.d. norme programmatiche), spostandosi progressivamente verso il giudizio di ragionevolezza. Cfr. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., 89.

<sup>25</sup> La sent. 304/1994 è stata resa nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale sollevato dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania ed avente ad oggetto l'art. 14, l.r. Campania 11/1984, relativa alla prevenzione, alla cura e alla riabilitazione delle persone affette da disabilità al fine del loro inserimento nella vita sociale, in relazione agli artt. 2, 3, 32, 97 e 117 Cost. La questione era sorta nell'ambito di un giudizio relativo alla rimborsabilità delle spese sostenute per la cura di una persona affetta da una grave patologia invalidante presso un centro di riabilitazione non convenzionato con il servizio sanitario; il giudice rimettente dubitava della legittimità della norma impugnata nella parte in cui, limitando il ricorso a strutture esterne al servizio sanitario solo per cure mediche e chirurgiche, escludevano tale possibilità per le prestazioni di riabilitazione. A tale riguardo v. A. ROVAGNATI, *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013, 178 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 87.

<sup>26</sup> Circa i limiti della configurazione del diritto costituzionale alla salute come norma meramente programmatica v. ampiamente *supra*, Capitolo I.

tore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento»<sup>27</sup>.

Proseguendo, tuttavia, nella disamina dei vizi prospettati, la Corte specifica che il vincolo imposto dal rispetto dell'equilibrio finanziario non può essere considerato né assoluto né preponderante, dal momento che, qualora le esigenze finanziarie spingessero il legislatore a comprimere «il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa»<sup>28</sup>. Nella sentenza, l'affermazione riveste il ruolo di un semplice *obiter dictum* che conduce la Corte a confermare, per mezzo di un giudizio di ragionevolezza, la legittimità della norma impugnata, ma il principio – in quell'occasione solo accennato – è destinato a incontrare ulteriori specificazioni nelle successive sentenze della Corte costituzionale<sup>29</sup>.

Circa il rapporto tra garanzia del diritto alla salute ed esercizio della discrezionalità legislativa ai fini dell'attuazione in concreto della norma costituzionale, la pronuncia del 1994, pur facendo ancora riferimento alla programmaticità della norma costituzionale sul diritto alla salute, introduce il giudizio di ragionevolezza quale strumento per il sindacato della Corte sullo spazio decisionale riconosciuto al legislatore. Si tratta di un passaggio importante, poiché nelle motivazioni viene posta in evidenza la necessità di legare alla garanzia di un diritto costituzionale (pur considerato nella sua matrice di diritto sociale necessariamente subordinato all'intervento legislativo) le esigenze concrete e soggettive di volta in volta emergenti, alla luce di un accurato bilanciamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti<sup>30</sup>.

Un contributo alla definizione di quello che potremmo definire il limite verso il basso della discrezionalità legislativa (ossia l'individuazione di un contenuto ineludibile di garanzia prestazionale che costituisce l'attuazione del contenuto del

---

<sup>27</sup> Corte cost., sent. 304/1994, punto 3 del considerato in diritto.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. 304/1994, punto 5 del considerato in diritto.

<sup>29</sup> In effetti, come si vedrà nelle pagine che seguono e come vi è già stato modo di mettere in luce richiamando la recente sent. della Corte cost. 169/2017, il giudice delle leggi, nel corso degli anni ha mantenuto – e, anzi, progressivamente specificato – tale approccio, quale criterio per valutare il rispetto della tutela del diritto costituzionale alla salute, anche a fronte dei tagli alla spesa pubblica determinante dalla crisi economica degli ultimissimi anni.

<sup>30</sup> Sul punto cfr. anche R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, 530. Sulla stessa linea si pongono altre le sentt. 218/1994 (in tema di accertamenti sanitari dell'assenza di sieropositività all'infezione da HIV in caso di attività professionali che comportano rischi per la salute dei terzi) e 267/1998 (in tema di assistenza indiretta e scelta del luogo di cura, nel caso in cui le strutture sanitarie che erogano assistenza diretta non siano in grado di assicurare la tempestiva prestazione delle cure necessarie). A tale riguardo cfr. anche M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 97 e 104 ss.

diritto alla salute) arrivò a qualche anno di distanza, con la sent. 309/1999, in tema di rimborsabilità delle spese sanitarie sostenute all'estero. A questo riguardo, va subito evidenziato il fatto che la facoltà di fruire di prestazioni mediche in un altro Stato, con i relativi costi a carico del Sistema sanitario di affiliazione, è una tematica che – come si vedrà più dettagliatamente nel prosieguo della trattazione – riveste una particolare importanza per la configurazione di una dimensione transnazionale del diritto alla salute<sup>31</sup>.

La questione posta all'attenzione della Corte verteva sull'esclusione dalla rimborsabilità delle spese mediche sostenute all'estero per i cittadini italiani che, trovandosi fuori dal territorio italiano per ragioni diverse da studio o lavoro, necessitano di trattamenti medici indifferibili e indispensabili. Nell'accogliere la questione, nella parte in cui la norma impugnata escludeva la copertura dell'assistenza sanitaria per coloro che versassero in disagiate condizioni economiche, il giudice delle leggi ebbe modo di sottolineare come il riconoscimento costituzionale di un diritto alle cure gratuite per gli indigenti rappresenti un diritto fondamentale del cittadino; esso, per tale ragione, non può subire limitazioni per il mero fatto che la persona si trovi all'estero<sup>32</sup>.

Emerge, qui, con chiarezza, il principio per cui i vincoli economici possano passare in secondo piano rispetto ad altri valori, qualora vengano in gioco diritti fondamentali della persona che possono essere ricondotti alla tutela offerta dall'art. 2 Cost.: nel caso di specie, la condizione di indigenza del titolare del diritto non può costituire un limite all'esercizio di altri diritti, qualora essa abbia quale conseguenza l'esclusione dalla copertura sanitaria. Secondo la Corte, dunque, in circostanze quali quella *de qua*, i vincoli finanziari che possono orientare le scelte discrezionali del legislatore non possono assumere «un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Co-

---

<sup>31</sup> Corte cost., sent. 309/1999. Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale relativo all'art. 37, l. 833/1978 e del d.P.R. 618/1980 (sull'assistenza sanitaria dei cittadini italiani all'estero), nella parte in cui non prevedono l'assistenza sanitaria per i cittadini che si trovano all'estero per motivi diversi da studio o lavoro. Il giudice *a quo* dubitava della costituzionalità delle norme che escludevano dall'assistenza i cittadini che si recano all'estero per motivi familiari o di svago, rispetto agli artt. 2, 3, 32 Cost. Circa gli ulteriori profili concernenti una dimensione transnazionale del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie si tornerà diffusamente *infra*, al Capitolo V.

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost., sent. 309/1999, par. 5 del considerato in diritto. In modo molto significativo, la Corte sottolinea come il fatto di recarsi all'estero possa essere qualificato quale uno dei mezzi di arricchimento e sviluppo della personalità e che esso non possa quindi subire limitazioni, nel caso di cittadini affetti da particolari patologie, per il semplice fatto di escludere l'assistenza sanitaria al di fuori del territorio nazionale. A tale conclusione la Corte giunge osservando che il quadro legislativo comunitario allora vigente e, in conformità ad esso, le fonti nazionali, già prevedevano il diritto alla copertura delle spese sanitarie sostenute all'estero nel caso in cui la persona ci si trovasse per motivi di studio o di lavoro.

stituzione come ambito inviolabile della dignità umana»<sup>33</sup>.

Una prima definizione del contenuto del nucleo irriducibile del diritto alla salute viene dunque fatta corrispondere, nelle parole dei giudici costituzionali, alla situazione economicamente disagiata del cittadino, per il quale la limitazione dell'accesso all'assistenza sanitaria rappresenterebbe, in assenza della garanzia di cure gratuite (in aderenza al dettato dell'art. 32 Cost.), la ragione di rinuncia ad esperienze o attività che la Corte riconduce al libero sviluppo della persona umana<sup>34</sup>.

Per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale è possibile rinvenire una definizione del contenuto del nucleo irriducibile del diritto alla salute, che la Corte, negli anni successivi, ha proceduto a specificare e declinare ulteriormente, anche in relazione alle fattispecie concrete di volta in volta sottoposte al sindacato di legittimità<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte cost., sent. 309/1999, punto 3 del considerato in diritto. In commento alla sentenza v. L. PRINCIPATO, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 1999, 2508 ss. A tale proposito vale la pena di ricordare come la condizione di indigenza fosse stata già tempo indicata, anche in dottrina, quale carattere indicativo della dimensione fondamentale del diritto alla salute e, in questi termini, quale fattore condizionante l'intervento legislativo. Cfr. L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Atti del Congresso Celebrativo del Centenario delle Leggi amministrative di Unificazione, Vicenza, 1967-1969, 116: «Dalla norma stessa [l'ultimo inciso dell'art. 32, co. 1, Cost.] secondo alcuni, discenderebbe un vero e proprio diritto soggettivo: il diritto cioè, per ogni individuo che provi la propria indigenza, di esigere cure, gratuitamente, dagli organi dell'amministrazione diretta o indiretta dello Stato». E ancora: «solo così si spiega l'inserzione dell'inciso relativo alla garanzia di cure gratuite agli indigenti, e, almeno questo deve ritenersi immediatamente operativo».

<sup>34</sup> La condizione di indigenza, peraltro, necessita essa stessa di una definizione. A tale proposito, è interessante sottolineare che, in questa sentenza, una volta individuato il principio che deve orientare l'attività legislativa, la Corte opera un esplicito *self-restraint*, affermando di non potersi occupare di indicare nel dettaglio i modi, i requisiti e le forme per dare attuazione ai diritti degli indigenti (cfr. il punto 6 del considerato in diritto). Si tratta di elementi cui deve parametrarsi la discrezionalità legislativa, anche se a distanza di alcuni anni (Corte cost., sent. 354/2008, in tema di assistenza sanitaria agli italiani all'estero e diritto a fruire di prestazioni sanitarie in forma indiretta in strutture estere diverse dai centri di altissima specializzazione), il giudice delle leggi ha avuto l'occasione per determinare – questa volta verso l'alto – il limite dell'indigenza, stabilendo che il diritto al rimborso di cure mediche fruite all'estero non può spingersi sino a coprire la posizione di coloro che si trovano in una condizione di «indigenza relativa». A tale proposito, vale forse la pena di evidenziare che proprio la vocazione tendenzialmente espansiva del diritto alla salute, la rapida evoluzione delle tecnologie mediche e il mutamento dei tradizionali paradigmi economici imposti dalla recente crisi economica sono elementi che richiedono di affrontare con particolare accortezza la definizione di indigenza (rispetto al diritto alla gratuità delle prestazioni sanitarie).

<sup>35</sup> Cfr. a tale proposito, Corte cost., sent. 509/2000 (in tema di assistenza sanitaria fruita in regime di ricovero in forma indiretta presso case di cura private non convenzionate); sent. 252/2001 (in tema di garanzia di prestazioni sanitarie allo straniero irregolarmente presente sul territorio na-

Il secondo elemento rilevante di tale pronuncia, che contribuisce a suffragare l'impostazione della presente trattazione, riguarda il fatto che i giudici costituzionali lasciano da parte la rigida distinzione tra la dimensione sociale e quella fondamentale del diritto alla salute, evitando (diversamente da quanto avvenuto nella precedente sent. 455/1990) di distinguere nettamente le due "facce di Giano", ma trattando del diritto in una prospettiva globale e olistica, ponendo al centro del sindacato la valorizzazione della persona destinataria delle garanzie costituzionali. Tale lettura contribuisce a caratterizzare il diritto alla salute quale diritto a fattispecie complessa e in sé unitaria, la cui realizzazione si compie per mezzo di una gradazione progressiva del livello di tutela, parametrata rispetto alla molteplicità di elementi e fattori che compongono l'articolato quadro del diritto alle prestazioni sanitarie.

### *2.3. La specificazione del "nucleo irriducibile" del diritto quale limite alla discrezionalità legislativa*

La Corte prosegue lungo il percorso della definizione dello zoccolo duro del diritto alla salute quale limite anche alla discrezionalità legislativa in una sentenza dell'anno successivo, la n. 509/2000, in tema di rimborsabilità delle spese sostenute per prestazioni mediche ricevute presso strutture non convenzionate. Nell'accogliere la questione, il giudice delle leggi amplia la nozione di nucleo irriducibile del diritto alla salute, la cui salvaguardia «impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»<sup>36</sup>.

In questo caso, la lesione del nucleo irriducibile del diritto alla salute viene individuata nella mancata previsione, da parte del legislatore, di una deroga o, comunque, di una clausola di elasticità che permetta, in presenza di particolari circostanze, di superare il requisito autorizzatorio per l'accesso alle forme di assistenza sanitaria indiretta<sup>37</sup>.

---

zionale); sent. 432/2005 (riguardante l'estensione anche agli stranieri del diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico prevista dalla legge regionale per gli invalidi); sent. 10/2010 (concernente le norme statali per l'assistenza e la solidarietà sociale, il c.d. caso della *social card*); sent. 61/2011 (in materia di norme regionali sull'accesso alle prestazioni sanitarie per gli stranieri irregolari).

<sup>36</sup> Corte cost., sent. 509/2000, par. 4 del considerato in diritto.

<sup>37</sup> Si tratta di una regola operativa, valida a orientare l'operato del legislatore, sia nazionale sia regionale, che era già stata individuata dalla Corte costituzionale nella precedente sent. 267/1998. Sull'opportunità della previsione di clausole di elasticità al fine di garantire una più uniforme tutela del diritto alla salute anche in situazioni che non possono oggettivamente essere previste dal legislatore sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *Diritto alla salute e principio d'eguaglianza: può un'eccezio-*

Oltre al contributo per la definizione del concetto di nucleo irriducibile del diritto alla salute, è interessante porre sin d'ora in evidenza il fatto che la sentenza insiste su un punto – il regime della previa autorizzazione per fruire di prestazioni sanitarie – che rappresenta uno dei punti focali su cui principalmente insiste la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea relativa al diritto dei pazienti di fruire di prestazioni sanitarie transfrontaliere<sup>38</sup>.

Similmente a quanto affermato in questa occasione dal giudice delle leggi, anche secondo la Corte di Lussemburgo, la previsione di un procedimento amministrativo volto a valutare la fondatezza della richiesta del paziente, ad accertare l'impossibilità di fornire le prestazioni necessarie all'interno del circuito sanitario "ordinario" e calcolare anticipatamente l'impatto economico di tali spese rappresenta un mezzo efficace per contemperare le esigenze di pianificazione e razionalizzazione dei costi relativi alle prestazioni sanitarie rispetto alla necessità di assicurare una piena ed effettiva tutela del diritto alla salute, in particolar modo qualora si tratti di trattamenti altamente specializzati o così poco consueti da non essere facilmente assicurabili al paziente all'interno del circuito sanitario nazionale. Tuttavia, nel caso in esame, proprio la rigidità del sistema viene considerata la causa della sua irragionevolezza.

#### *2.4. La più recente fase della giurisprudenza costituzionale e la variabile rappresentata dalla crisi economica*

Negli ultimi anni, anche a motivo della crisi economica che ha comportato drastiche misure di contenimento della spesa pubblica che hanno inciso pure in materia sanitaria<sup>39</sup>, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha ulteriormente arricchito il proprio approccio alla questione, senza però discostarsene troppo.

---

*ne fare la differenza?*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio dell'associazione Alumni SGCE*, Napoli, 2015, 169 ss.

<sup>38</sup> Tali profili saranno oggetto di specifico approfondimento *infra*, al Capitolo V.

<sup>39</sup> I dati resi disponibili dal Ministero della Salute e relativi al finanziamento a carico dello Stato del Fondo Sanitario Nazionale presentano un progressivo incremento del Fondo che nel 2001 si attestava a poco più di 71 miliardi di euro e che nel 2016 è arrivato a 111 miliardi di euro. Bisogna, tuttavia, considerare che con il d.lgs. 68/2011, attuativo della l. 42/2009 sul federalismo fiscale e recante "Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario" sono state introdotte significative misure di contrasto ai disavanzi sanitari, in particolar modo per quelle Regioni sottoposte ai c.d. Piani di rientro. Alcuni dati sono riportati in un dossier della Camera dei Deputati dedicato alla Spending Review sanitaria e disponibile all'indirizzo internet [http://www.camera.it/leg17/465?tema=controllo\\_spesa\\_sanitaria](http://www.camera.it/leg17/465?tema=controllo_spesa_sanitaria). Sul punto cfr. F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit., 11; M. BERGO, *Nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, cit., 14.



In aggiunta a ciò, emergono quali elementi non trascurabili anche i condizionamenti di natura organizzativa e procedurale che, in taluni casi, sembrano assumere preminenza – tanto nelle valutazioni di carattere legislativo o amministrativo, quanto al momento dello scrutinio giurisdizionale su di esse – anche sul fattore rappresentato dalla disponibilità di risorse finanziarie<sup>118</sup>.

Alla luce delle considerazioni sinora espresse, dunque, si può rilevare come descrivere il diritto alla salute quale diritto “finanziariamente condizionato” risulti essere quanto meno limitativo della portata e delle possibili declinazioni dello stesso. Da un lato, non si può certo negare che le decisioni di bilancio incidano in modo più o meno rilevante sulla garanzia delle prestazioni che riempiono di contenuto il diritto stesso. Dall’altro lato, tuttavia, bisogna rammentare che, in primo luogo, questa caratteristica è condivisa da *tutti* i diritti negli Stati costituzionali di diritto avanzati e che, in secondo luogo, il limite finanziario non è il solo a condizionare le scelte pubbliche sulla salute. Vi sono, infatti, altri interessi e valori costituzionali che debbono essere presi in considerazione da legislatore e amministrazione sanitaria al momento dell’elaborazione di decisioni relative al diritto *de quo*. Come è stato efficacemente rilevato: «[...] solo a proposito dei diritti sociali si parla di diritti finanziariamente condizionati, mentre sarebbe più corretto qualificare *tutti* i diritti come risorse *giuridicamente* scarse (nel senso che il loro godimento non è illimitato), condizionate alla disponibilità di risorse *economicamente* scarse (nel senso che sono le decisioni di bilancio che determinano le opportunità di godimento dei diritti)»<sup>119</sup>.

La naturale conseguenza di tale assunto porta ad osservare come il concetto di “diritto finanziariamente condizionato” risulti essere poco utile alla configurazione costituzionale del diritto alla salute, dal momento che tale caratteristica è largamente e variamente condivisa tra tutti i diritti e, dunque, non aggiunge nulla di rilevante alla caratterizzazione della salute in sé considerata.

Oltre a ciò, bisogna sin d’ora cominciare a rilevare che le ragioni poste a fon-

---

imposti dalla limitatezza delle risorse finanziarie e l’esigenza di garantire prestazioni sanitarie aggiornate rispetto al livello di sviluppo raggiunto dalla scienza medica il caso dell’efficace ma costosissimo farmaco per la cura dell’epatite C, il sofosbuvir. In realtà, come si è avuto modo di dimostrare trattando del sindacato giurisdizionale sulle decisioni allocative nel Regno Unito, il settore farmaceutico e le questioni sottese all’accesso ai medicinali, soprattutto negli ultimi anni, ha fatto emergere questioni di formidabile portata, che spaziano dalla garanzia del diritto alla salute alle eccezioni alle norme internazionali sulla tutela della proprietà intellettuale. A tale riguardo si veda, in riferimento al contesto d’Oltremania, E. JACKSON, *Law and the Regulation of Medicines*, Oxford, 2012.

<sup>118</sup> A questo proposito, sottolinea l’importanza del criterio organizzativo quale elemento atto a “dare forma” alle decisioni in materia di salute anche E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., 95 ss.

<sup>119</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 8.

damento dell'adozione di una determinata decisione in ambito sanitario (sia essa legislativa o amministrativa) devono corrispondere ad alcuni principi di carattere generale che sono stati, dapprima, elaborati a livello giurisprudenziale e che, spesso, hanno trovato conferma anche a livello legislativo.

Inizia, così, ad emergere il concetto di una proceduralizzazione dei diritti, quale strumento a tutela dell'individuo per la garanzia del diritto alla salute. Laddove le scelte allocative, in altre parole, siano tanto complesse da comportare un altissimo margine di discrezionalità tecnica, gli strumenti che l'ordinamento giuridico offre a favore della posizione dell'individuo, potenzialmente beneficiario delle prestazioni, insistono sulla "forma" piuttosto che direttamente sul "contenuto" dei diritti. Fare in modo che un articolato sistema di diritti procedurali accompagni non solo il momento deliberativo ma anche un eventuale spazio per il sindacato giurisdizionale (o quasi giurisdizionale) consente di assicurare contemporaneamente la giustizia del caso singolo, senza avere un impatto troppo destabilizzante sulla dimensione relazionale del diritto alla salute.

Come si vedrà nella continuazione della trattazione, inoltre, la dimensione procedurale dei diritti rileva non soltanto in riferimento ai vincoli di natura finanziaria che possono (e talvolta debbono) condizionare le scelte legislative, ma svolge un ruolo – spesso determinante – anche in quei casi nei quali la decisione sulle prestazioni da garantire (o da non garantire) dipende da uno specifico orientamento etico o politico del legislatore.

Piuttosto che trattare di un diritto alla salute come diritto (solo) finanziariamente condizionato, dunque, le riflessioni svolte in queste pagine ci hanno portato a porre in evidenza come la necessità di rispettare i vincoli imposti da una oggettiva limitatezza di risorse da destinare al settore sanitario sia esposta al gioco combinato di una pluralità di fattori che incidono in modo più o meno rilevante sulle decisioni di carattere sanitario.

Alla luce di queste considerazioni – e senza anticipare le conclusioni – si può allora evidenziare come la molteplicità degli elementi che condizionano ciascuna decisione in ambito sanitario conduca a ritenere preferibile definire il diritto alla salute come "costituzionalmente orientato", piuttosto che meramente sottoposto ai condizionamenti di natura finanziaria. In aggiunta, e proprio con riguardo all'individuazione di un equilibrato punto di bilanciamento tra i vari fattori che incidono sulla definizione delle prestazioni da garantire, comincia a delinearsi il concetto che, in modo più aderente, corrisponde alla contemporanea concezione "multi-fattoriale" del diritto alla salute, ossia l'esigenza di *sostenibilità*.